



UNIFEOB
CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO DE ENSINO
OCTÁVIO BASTOS
CURSO DE DIREITO

PROJETO INTEGRADO 2018-2
PARECER JURÍDICO

SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP

NOVEMBRO 2018

UNIFEOB
CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO DE ENSINO
OCTÁVIO BASTOS
CURSO DE DIREITO
PROJETO INTEGRADO 2018-2
PARECER JURÍDICO

SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP

NOVEMBRO 2018

SUMÁRIO

1 3ºS MÓDULOS – 2018-2

1.1 PROFESSORES ORIENTADORES

1.2 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 1º BIMESTRE

1.3 MELHORES PARECERES – 1º BIMESTRE

1.4 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 2º BIMESTRE

1.5 MELHORES PARECERES – 2º BIMESTRE

2 4º MÓDULO – 2018-2

2.1 PROFESSORES ORIENTADORES

2.2 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 1º BIMESTRE

2.3 MELHORES PARECERES – 1º BIMESTRE

2.4 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 2º BIMESTRE

2.5 MELHORES PARECERES – 2º BIMESTRE

3 6ºS MÓDULOS – 2018-2

3.1 PROFESSORES ORIENTADORES

3.2 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 1º BIMESTRE

3.3 MELHORES PARECERES – 1º BIMESTRE

3.4 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 2º BIMESTRE

3.5 MELHORES PARECERES – 2º BIMESTRE

4 7ºS MÓDULOS – 2018-2

4.1 PROFESSORES ORIENTADORES

4.2 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 1º BIMESTRE

4.3 MELHORES PARECERES – 1º BIMESTRE

4.4 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 2º BIMESTRE

4.5 MELHORES PARECERES – 2º BIMESTRE

1 3ºS MÓDULOS – 2018-2

1.1 PROFESSORES ORIENTADORES

Cyro Gilberto Sanseverino - Coordenador Direito

Ildelisa Cabral

Juliana Marques Borsari

Juliano Vieira Zappia

Rafael Bragagnole Cambaúva

Rosana Ribeiro da Silva

1.2 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 1º BIMESTRE

Após um ano de crise, em que algumas cidades chegaram a cancelar a folia em 2017, o carnaval de 2018 deve injetar R\$ 11,14 bilhões na economia brasileira. Os dados são do Ministério do Turismo, que fala ainda no aumento da movimentação de turistas e na alta taxa de ocupação da rede hoteleira (<https://g1.globo.com/carnaval/2018/noticia/carnaval-2018-deve-injetar-r-11-bilhoes-na-economia-diz-ministerio-do-turismo.ghtml>) Acesso em 01 de agosto de 2018).

A capital baiana recebe milhares de turistas vindos de todas as partes, do Brasil e do mundo, na época em que ocorre seu maior evento anual, que é o carnaval.

Florencia foi uma dessas visitantes estrangeiras no carnaval de 2018. Argentina, nascida e residente em Buenos Aires, há muitos anos desejava participar da festa em Salvador, onde vive sua tia Yanina, também argentina. Desde pequena ouvia com muita curiosidade suas primas mais velhas falarem da “pegação” que lá acontece naqueles dias, e agora, aos 18 anos de idade, decidiu vivenciar essa experiência da forma mais intensa possível.

Apesar das inúmeras recomendações de seus pais nas semanas que antecederam a viagem, principalmente sobre os perigos relacionados a violências patrimonial e sexual, Florencia não estava disposta a se preservar, mas sim a se expor, e tão logo chegou a Salvador instalou em seu *smartphone* um aplicativo para localizar pessoas em busca de um encontro casual.

Tendo cuidadosamente montado o seu perfil na rede social, selecionando fotos bastante sensuais para serem exibidas aos candidatos a amante, em poucas horas Florencia já havia conseguido muitos *matches*, e então começou a buscar maiores informações a respeito de seus novos contatos, tendo se interessado por um rapaz chamado Matheus.

Matheus, baiano natural de Feira de Santana, todos os anos vai a Salvador na época do carnaval para se relacionar com o maior número de mulheres possível nesse período. Aliás, essa vida dedicada à libertinagem já havia rendido a Matheus as mais variadas doenças venéreas, sendo certo que no último ano ele contraiu o vírus HIV.

Não foi necessário trocar mais do que 5 mensagens para Florencia ajustar um encontro com Matheus, que aconteceria no mesmo dia, nas proximidades do Farol da Barra, por volta das 19h.

Matheus já podia prever os acontecimentos daquela noite. Acostumado a encontros casuais, agiria como em 90% das vezes: sugerir o consumo de uma bebida bastante alcoólica para a parceira “se soltar”, e, na sequência, a levar para o carro estrategicamente estacionado em um beco mal iluminado, onde aconteceria a relação sexual.

Ainda que habituado às doenças venéreas, Matheus tinha muito receio de provocar uma gravidez indesejada. Como no último ano viu alguns parentes e amigos próximos tendo problemas com pagamento de pensão, ele vinha se acostumando ao uso de preservativos, mesmo sabendo que o método não é eficaz para 100% dos casos, seja para impedir uma gravidez, seja para evitar a transmissão de doenças. De todo modo, buscando minimizar os riscos, decidiu passar em uma farmácia e comprar algumas camisinhas nos momentos que precederam o encontro com Florencia.

Alguns dias antes, o sr. Antônio, farmacêutico e proprietário da “DrogaBarra”, distante apenas três quarteirões do turístico Farol, decidiu viajar para a Alemanha em férias, justamente para se distanciar do carnaval baiano. Então deixou o estabelecimento sob os cuidados de Josiclei, seu funcionário mais antigo. Josiclei sabia que o período do carnaval era bastante atípico, com acentuado aumento nas vendas de dois produtos em especial: medicamentos para tratar enfermidades do fígado e preservativos. Nesses dias, costuma-se vender tanta camisinha que o funcionário decidiu montar expositores adicionais, repletos de preservativos de diversas marcas, e colocá-los na vitrine da farmácia, onde poderiam ser melhor visualizados pelas pessoas na rua e ficariam bem posicionados para a escolha dos seus clientes.

Quase na hora do encontro, Matheus entrou na “DrogaBarra” e apanhou algumas camisinhas da vitrine, sem saber que elas estavam ali há alguns dias expostas ao calor e à luz solar. Efetuou o pagamento dos preservativos, guardou o cupom fiscal, e começou a procurar por Florencia.

Ao se aproximar da jovem, logo identificou as belas formas da argentina que viu naquela tarde pela tela do seu *smartphone*, agora reveladas através da camiseta branca justa e já úmida de suor. Sem perder tempo, Matheus iniciou uma conversa que se desenrolou com alguma dificuldade em razão do sotaque portenho de Florencia, mas isso só elevou o estado de excitação do rapaz, que tanto gosta de transar com as “gringas” no carnaval.

Sem qualquer resistência, Matheus colocou logo seu plano em ação, contando com a total colaboração da desinibida Florencia. Foi com a argentina até uma barraca improvisada, montada aos pés do Farol da Barra, onde escolheram dois itens do cardápio e acompanharam a confecção dos drinks, feitos com a mistura de duas ou três bebidas de origem e qualidade bastante duvidosas.

Florencia sequer precisou tomar o último terço do drink que estava no copo para sentir o calor subindo-lhe pelas pernas. Jogou-se nos braços de Matheus, que a agarrou com força usando a mão esquerda e deslizou sua mão direita pela parte interna das coxas de Florencia, em um movimento que parecia natural e não se destacava na paisagem, tomada por pessoas com atitudes libidinosas.

O encaixe do corpo de Matheus bastou para que Florencia se sentisse estimulada a um contato mais íntimo. O rapaz, então, sentiu que aquele era o momento para dar o próximo passo.

Como já havia previsto, Matheus se dirigiu a seu carro em companhia de Florencia. O veículo estava estacionado em um local não muito longe dali, num beco escuro e com pequena circulação de pessoas, apesar da multidão aglomerada nas ruas ao redor.

Assim que chegaram ao veículo, Matheus reposicionou os assentos, deixando o banco de traseiro como se fosse um sofá, e nele atirou Florencia, deixando-a com as pernas para cima. Após despir a argentina, pegou um dos preservativos que comprou minutos antes e, colocando-o, iniciou o ato sexual.

O recém formado casal transou intensamente, e só após alguns minutos eles notaram o rompimento da camisinha que estava sendo usada. Nenhum dos dois pareceu se importar muito com aquilo na hora, trocaram carícias por mais alguns minutos e depois seguiram cada um para o seu lado.

Dois dias depois, Matheus sentiu um certo remorso por não ter mencionado a Florencia que é soropositivo, mesmo depois de atestar o contato sexual desprotegido em razão do rompimento do preservativo. Lutando contra seus sentimentos, decidiu enviar uma mensagem para a jovem, informando que é portador do vírus HIV.

Ao receber a notícia, Florencia entrou em pânico, e passou a insultar Matheus, dizendo que ele desejou destruir a sua vida na noite anterior. Ele se defendeu, alegando que não tinha culpa pelo rompimento do preservativo.

Desesperada, Florencia contou a sua tia Yanina todo o ocorrido, que decidiu levá-la para a unidade de saúde mais próxima, na esperança de que um coquetel retroviral fosse ministrado na sobrinha o mais rápido possível.

Ao chegarem na unidade de saúde, elas foram informadas que nada poderia ser feito por Florencia, pois os tratamentos eram restritos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, devendo ela se tratar quando retornasse à Argentina.

A negativa de atendimento lançou por terra qualquer tentativa de evitar o contágio de forma eficaz. Já tendo se passado cerca de 48 horas desde a relação sexual desprotegida, Florencia não conseguiria retornar à Argentina para receber a medicação antes de se completarem 72 horas de exposição ao vírus, prazo máximo para a realização do PEP - Profilaxia Pós-Exposição (<http://www.giv.org.br/HIV-e-AIDS/PEP-Profilaxia-P%C3%B3s-Exposi%C3%A7%C3%A3o/index.html> Acesso em 01 de agosto de 2018).

Inconformada com a frieza de Matheus, que a expôs a um risco enorme sem que ela soubesse, Florencia foi em companhia da tia até uma Delegacia de Polícia para registrar a ocorrência. Aos prantos, a jovem contou todo o ocorrido ao delegado, que determinou a instauração de um Inquérito Policial para apurar a prática do crime tipificado no art. 130, §1º, do Código Penal supostamente praticado por Matheus.

Intimado pelo delegado, Matheus compareceu para prestar depoimento, oportunidade em que deu sua versão dos fatos, informando que adquiriu algumas camisinhas na "DrogaBarra" antes de encontrar Florencia, mas que o preservativo teria se rompido por razão desconhecida. Após o depoimento, deixou com o delegado o cupom fiscal da farmácia e duas das camisinhas que foram compradas naquele dia.

O delegado atestou que os preservativos estavam dentro do prazo de validade, mas decidiu enviá-los para a perícia, sabendo que se tratava de um produto perecível (<http://www.inmetro.gov.br/imprensa/releases/camisinha.asp?iacao=imprimir> Acesso em 01 de agosto de 2018).

Duas semanas depois, foi juntado ao Inquérito Policial o laudo que periciou os preservativos, apontando que eles apresentavam características distintas das verificadas usualmente, e que as alterações eram decorrentes da exposição do látex ao calor e à luz solar.

Ao ver o resultado da perícia, o delegado intimou o sr. Antônio, proprietário da “DrogaBarra”, que disse não saber o que poderia ter acontecido com os preservativos, pois estava de férias e a farmácia ficou sob os cuidados do funcionário Josiclei, tendo apresentado seu passaporte com os carimbos de entrada e saída da União Europeia.

Passados dois meses, Florencia entrou em contato com Matheus, e disse que os exames feitos na Argentina apontaram a não infecção pelo HIV. Se disse, contudo, moralmente afetada com o fato, e que por isso começou a fazer acompanhamento psiquiátrico, tendo enviado para Matheus um e-mail com alguns documentos referentes a seu tratamento, redigidos em espanhol.

Matheus, então, decide procurar um escritório de advocacia para formular os seguintes questionamentos:

- 1) O que poderá ser alegado em sua defesa caso ele seja denunciado pela prática do crime previsto no art. 130, §1º, do Código Penal? Ele poderá ser responsabilizado por esse delito ou por algum outro?
- 2) Houve falha da unidade de saúde em negar atendimento a Florencia, ou os tratamentos devem mesmo ficar restritos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país?
- 3) A “DrogaBarra” pode ser, de algum modo, responsabilizada pela venda do preservativo que se rompeu?
- 4) Caso seja viável a responsabilização civil da “DrogaBarra”, quem deverá arcar com as consequências da reparação dos danos, e em qual medida (a empresa, o funcionário, ou ambos)?
- 5) Tal como estão, os documentos enviados por Florencia podem ser utilizados em futura ação contra a “DrogaBarra” nas varas cíveis de Salvador?

Na condição de advogados de Matheus, formulem um parecer jurídico que responda aos questionamentos apresentados de maneira fundamentada.

Comentários do elaborador:

- 1) Direito penal: é possível alegar que Matheus não tinha a intenção de transmitir o vírus HIV para Florencia. O crime pelo qual ele está sendo investigado, tipificado no art. 130, §1º, do Código Penal, consiste na intencional transmissão de moléstia venérea por meio de relação sexual ou outro ato libidinoso. Deve haver o dolo de transmissão da doença, sem o qual se esvazia o tipo penal. No caso, está claro que Matheus jamais desejou transmitir o vírus, e por isso não houve a prática do delito pelo qual está sendo investigado. Apesar disso, Matheus poderá ser responsabilizado pela prática do crime tipificado no art. 130, *caput*, do Código Penal. A doutrina qualificada (Nucci) ensina que o tipo em análise é um crime de perigo, que dispensa a efetiva lesão, contentando-se com a efetiva exposição ao bem juridicamente tutelado, e por isso é irrelevante o fato do vírus não ter sido transmitido. Além disso, sabe-se que o crime de perigo de contágio venéreo é um delito cujo elemento subjetivo é o dolo de perigo, quando basta um juízo de probabilidade. No caso apresentado, Matheus conhecia a sua condição de soropositivo, e mesmo assim manteve relação sexual com Florencia, ciente de que o uso do preservativo não confere efetiva proteção em 100% dos casos, a expondo a perigo de contágio.

Obs.: Nucci diz que a utilização de preservativo não configura o delito, pois inexistente a conduta, que é colocar em perigo o sujeito passivo, e só haveria exposição caso o agente atuasse sem qualquer proteção. No caso, houve a utilização de preservativo, mas ele acabou se rompendo, e por isso houve a exposição, circunstância que não é analisada pelo autor. De todo modo, consta do texto que Matheus era ciente de possível ineficácia do método para a transmissão da doença, o que talvez baste para configuração do dolo de exposição. É uma questão polêmica, que pode, inclusive servir para os alunos refletirem, e, a depender do raciocínio apresentado, não haverá resposta pronta, em sendo caso sujeito a variadas interpretações.

- 2) Direito constitucional: houve falha da unidade de saúde em negar atendimento a Florencia. Sabe-se que saúde é um direito fundamental (art. 6º da CF), e, em que pese a Constituição Federal diga, na sua literalidade, que esses direitos se destinam apenas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país (art. 5º, *caput*, da CF), a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se posicionam no sentido de que a abrangência deve ser mais ampla, aplicando-se os direitos fundamentais a todos os seres humanos, ainda que sejam indivíduos estrangeiros não residentes no país ou mesmo pessoas apátridas. Assim, tendo Florencia solicitado atendimento médico, deveria ter recebido a medicação antiretroviral, mesmo sendo natural da Argentina e estando em breve passagem pelo Brasil.

- 3) Direito do consumidor: a “DrogaBarra” pode ser responsabilizada pela venda do preservativo defeituoso. Em primeiro lugar, observa-se que houve um fato do produto, nos termos do art. 12 do CDC, pois, embora não tenha havido a transmissão do vírus HIV, Florência foi moralmente atingida, o que configura uma espécie de dano passível de reparação. Nessas situações, o comerciante pode ser responsabilizado pelo fato do produto, já que não houve a conservação adequada dos produtos perecíveis comercializados (art. 13, inciso III, do CDC), como é o caso do preservativo (segundo informações do Inmetro). Assim, tendo os preservativos sido armazenados em local com exposição ao calor e à luz solar, houve a sua deterioração, devidamente comprovada pela perícia criminal, que autoriza a responsabilidade do fornecedor.

- 4) Direito civil: sem sendo viável a responsabilização civil da “DrogaBarra”, ambos, empresa e funcionário, deverão arcar com as consequências da reparação dos danos. Em relação ao funcionário Josiclei, foi ele quem efetivamente colocou os preservativos em exposição à luz e ao calor, provocando as alterações que levaram seu rompimento, e por essa razão pode ser responsabilizado (art. 927 do CC). De outro lado, a “DrogaBarra” não pode se afastar da responsabilidade alegando que o problema não foi causado por ela, mas por seu empregado, pois o Código Civil determina que é também responsável pela reparação civil o empregador pelos atos praticados por seus empregados (art. 932, inciso III). Além disso, tanto a empresa quanto o funcionário poderão responder pela totalidade do dano, já que são devedores solidários. Embora a solidariedade não se presuma,

sempre se resultando da lei ou da vontade das partes (art. 265 do CC), o Código Civil prevê a responsabilidade solidária do empregador pelos atos praticados por seu empregado (art. 942, parágrafo único, cumulado com o art. 932, inciso III, do CC).

- 5) Processo civil: os documentos enviados por Florencia não podem, da forma como estão, ser utilizados em futura ação nas varas cíveis de Salvador, já que foram redigidos em espanhol. O CPC é claro no sentido de que em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa (art. 192, *caput*), sendo certo que o documento redigido em língua estrangeira só pode ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado (art. 192, parágrafo único)

Érica

Apesar do esforço, não consegui encaixar no texto qualquer situação envolvendo a prática de atos por meio eletrônico.

Então tomei a liberdade de escolher um assunto que está entre os temas que serão trabalhados logo no início do bimestre.

Caso queira, estudamos uma forma de fazer alteração ou adaptação.

Atenciosamente

Rafael

1.3 MELHORES PARECERES – 1º BIMESTRE

PARECER JURÍDICO

Assunto: consequências civis e penais do rompimento de preservativo em ato sexual no qual uma das partes é soropositiva.

Consultante: Matheus

EMENTA: I – DIREITO PENAL. INQUÉRITO POLICIAL. PERIGO DE CONTÁGIO VENÉREO. AIDS. USO DE PRESERVATIVO. IMPOSSIBILIDADE. LESÃO CORPORAL. AUSÊNCIA DE DANO FÍSICO À VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. ATO OBSCENO. INTERIOR DE VEÍCULO EM LOCAL ERMO. IMPOSSIBILIDADE.
II – DIREITO CONSTITUCIONAL. ILEGALIDADE NA RECUSA DE ATENDIMENTO MÉDICO A ESTRANGEIRO NÃO RESIDENTE.
III – DIREITO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ROMPIMENTO DE PRESERVATIVO. DANO MORAL POR EXPOSIÇÃO AO RISCO DE CONTÁGIO DE DOENÇA GRAVE. POSSIBILIDADE. FABRICANTE E COMERCIANTE PARTES LEGÍTIMAS DO POLO PASSIVO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA. ART 12 E 13, CDC. AÇÃO DE REGRESSO CONTRA FUNCIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO DANO. POSSIBILIDADE.
IV – DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. USO DE DOCUMENTO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA NO PROCESSO. NECESSIDADE DE TRADUÇÃO JURAMENTADA.

Trata-se de consulta formulada por Matheus sobre os possíveis desdobramentos de um fato de consumo, caracterizado pelo rompimento de um preservativo durante ato sexual consentido com uma estrangeira, maior de idade e capaz, que a expôs a possível contágio, por ser o consultante soropositivo.

O interessado, natural de Feira de Santana - BA, relata que foi a Salvador, capital do estado, à época do carnaval. Através de um aplicativo cuja finalidade é colocar em contato pessoas interessadas em relações casuais, entrou em contato com Florencia, argentina, nascida e residente em Buenos Aires, com quem marcou um encontro.

Minutos antes do compromisso, dirigiu-se Matheus à farmácia “Drogabarra”, localizada a três quarteirões do Farol da Barra, local este onde haviam combinado de se encontrar. Adquiriu alguns preservativos, alocados junto à vitrine do estabelecimento.

Conta o rapaz que após conversarem e beberem um drink, dirigiram-se ao seu veículo, onde o ato sexual entre os dois consumou-se. Apenas após alguns minutos, notaram que o preservativo que tinha sido utilizado havia rompido. Em um primeiro momento, o consulente omitiu o fato de ser portador do HIV, fato que, por sentir remorso, revelou a Florencia apenas dois dias após os fatos.

É narrado ainda que a moça, em desespero, buscou pela unidade de saúde mais próxima, acompanhada de sua tia. Lá chegando, teve o atendimento negado, sob a justificativa de que os tratamentos eram restritos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Foi instruída a buscar auxílio quando retornasse à Argentina.

Incapaz, então, de receber a profilaxia pós exposição no prazo necessário - 72 duas horas após o contato desprotegido com portador do HIV -, Florencia encaminhou-se à Delegacia de Polícia para registrar um boletim de ocorrência contra Matheus, por estar indignada com sua frieza.

O delegado então instaurou um Inquérito Policial, visando apurar a prática do crime tipificado no art. 130, §1º, do Código Penal, ou seja, expor alguém, por meio de relações sexuais, a contágio venéreo, com a intenção de transmitir a moléstia.

Intimado a prestar depoimento, o consulente transmitiu ao delegado sua versão dos fatos, informando que adquirira na "Drogabarra" o preservativo, que teria se rompido por razão desconhecida. Entregou à autoridade o cupom fiscal da farmácia, juntamente com duas das camisinhas que havia adquirido juntamente com aquela que apresentou a falha.

O delegado verificou que os preservativos ainda encontravam-se dentro do prazo de validade, e então os enviou para perícia. O respectivo laudo confirmou que o látex do qual o produto é fabricado possuía características distintas das esperadas, e atestou que tais alterações eram consequência da exposição do material ao calor e à luz solar.

Tendo em vista tal resultado, a autoridade policial intimou o proprietário da "Drogabarra", sr. Antônio, para prestar esclarecimentos. Alegou então o homem não saber o que poderia ter ocorrido, por estar de férias na Alemanha, conforme

comprovado pelos carimbos em seu passaporte, tendo deixado a farmácia sob responsabilidade de Josiclei, um de seus funcionários.

Foi narrado também que Josiclei, funcionário mais antigo do sr. Antônio, havia colocado os preservativos na vitrine da loja. Por se tratar do carnaval, época na qual a venda de camisinhas é alta, o empregado decidiu dar maior exposição ao produto, sem se atentar ao fato de que na vitrine ele ficou por alguns dias exposto ao calor e à luz solar.

Dois meses após o ocorrido, Florencia entrou em contato com Matheus, confirmando não ter sido infectada pelo HIV, porém afirmando ter sido moralmente afetada pelo fato, dano que ensejou acompanhamento psiquiátrico. Enviou para o jovem documentação referente ao tratamento, redigida em espanhol.

Tendo em vista os fatos narrados, o consultante apresentou os seguintes questionamentos:

1 - O que poderá ser alegado em sua defesa caso seja denunciado pela prática do crime previsto no art. 130, §1º, do Código Penal? Ele poderá ser responsabilizado por esse delito ou por algum outro?

2 - Houve falha da unidade de saúde em negar atendimento a Florencia, ou os tratamentos devem mesmo ficar restritos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país?

3 - A "DrogaBarra" pode ser, de algum modo, responsabilizada pela venda do preservativo que se rompeu?

4 - Caso seja viável a responsabilização civil da "DrogaBarra", quem deverá arcar com as consequências da reparação dos danos, e em qual medida (a empresa, o funcionário, ou ambos)?

5 - Tal como estão, os documentos enviados por Florencia podem ser utilizados em futura ação contra a "DrogaBarra" nas varas cíveis de Salvador?

É o relatório.

Passamos a opinar.

A redação do art. 130 do Código Penal é a seguinte:

Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

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

§ 2º - Somente se procede mediante representação.

Restará infrutífera qualquer acusação contra o consulente embasada no art. 130, §1º, pelos motivos a seguir elencados, que poderão ser arguidos em uma possível defesa.

Ensina Damásio Evangelista de Jesus que o tipo simples, previsto no caput do art. 130, exige dolo de perigo direto ou eventual. O primeiro devido à expressão "sabe que está contaminado", e o segundo a "deve saber que está contaminado". Por sua vez, a hipótese trazida no §1º exige dolo de dano direto. Não há modalidade culposa, como consideram alguns doutrinadores como Heleno Fragoso, uma vez que esta não está expressa na lei, conforme exige o parágrafo único do art. 18 do Código Penal.

É completamente incongruente a acusação da prática de um crime doloso combinada com o uso de método que busca evitar a violação do bem jurídico tutelado. O entendimento de Cezar Roberto Bitencourt é o seguinte:

Se o agente contaminado procura evitar a transmissão da moléstia, usando preservativos, por exemplo, estará, com certeza, afastando o dolo. Com esse comportamento, se sobrevier eventual contaminação, em tese, não deverá responder sequer por lesão corporal culposa, pois tomou os cuidados objetivos requeridos nas circunstâncias.

(BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, v. 2, 17ª edição., 17ª edição. Editora Saraiva, 2017. p. 248. [Minha Biblioteca].)

Na mesma linha doutrinária segue a obra coordenada por Jalil e Greco Filho:

Importante ressaltar que o uso de preservativo afasta o crime, pois a exposição a contágio de moléstia venérea só ocorre quando não há qualquer proteção.

(JALIL, Mauricio Schaun, GRECO FILHO, Vicente (coords.). *Código Penal Comentado: Doutrina e Jurisprudência*. Manole, 01/2016. [Minha Biblioteca])

Pode ser alegado em prejuízo do interessado que seu desejo com o uso de preservativos não era evitar a transmissão de doença, mas sim prevenir uma gravidez indesejada. De qualquer maneira, não se configura o dolo.

O preservativo é um método notório de prevenção de transmissão de doenças, e o consulente possuía conhecimento de tal fato, o que afasta o dolo de perigo e o dolo de dano necessários à adequação ao tipo penal.

Reafirma-se: é um contrassenso afirmar que havia a vontade consciente de produzir contágio venéreo quando o autor faz uso de meio que sabia ser capaz de impedir tal resultado. Como poderia o consulente ter dolo de expor Florencia a risco de contágio ou efetivamente contaminá-la, se os atos que precederam o contato sexual entre os dois - compra e uso do preservativo - indicam exatamente o contrário?

Analisa-se também a expressão "moléstia venérea", trazida no caput do artigo, que não é tema pacífico em sede doutrinária.

Cezar Roberto Bitencourt e Edgard Magalhães Noronha, entre outros, entendem que moléstia venérea é aquela que foi catalogada como tal pelo Ministério da Saúde, a exemplo do que ocorre com "substância entorpecente".

Por sua vez, Damásio E. de Jesus e Fernando Capez são exemplos de juristas que defendem que a discriminação deve ser feita caso a caso, através de médico perito. Eduardo Santos Cabette afirma que este segundo entendimento seria o mais adequado, por possibilitar uma "interpretação progressiva" da norma penal, que pode alterar-se com os avanços da medicina.

Não obstante a discordância sobre a natureza da expressão, são maioria doutrinária aqueles que acreditam que o perigo de transmissão do vírus HIV, causador da AIDS, não configura o delito previsto no art. 130 do Código Penal, se enquadrando inclusive em infrações mais graves:

A AIDS, que não é moléstia venérea e que não se transmite somente por atos sexuais, poderá tipificar o crime do art. 131, lesão corporal seguida de morte ou até mesmo homicídio, dependendo da intenção do agente, mas nunca o crime de perigo de contágio venéreo.
(BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, v. 2, 17ª edição, 17ª edição. Editora Saraiva, 2017. p. 248. [Minha Biblioteca].)

A transmissão da AIDS não configura infração ao art. 130, CP, pois que tal moléstia não é uma espécie de doença venérea.
(CABETTE, Eduardo Santos. Saberes do Direito 6 - Direito Penal - Parte Especial I - Arts. 121 A 212, 1ª edição. Saraiva, 02/2012. p. 54. [Minha Biblioteca].)

Dessa maneira, a acusação de cometimento do delito previsto no art. 130 do Código Penal, com ou sem o agravante do §1º, lastreada no risco de transmissão do HIV, seria imprópria.

Suponha-se que a acusação fosse baseada nas demais doenças venéreas que o consulente sabia ou deveria saber possuir. Caberia ao Ministério Público provar a existência dessas, enquanto ao acusado caberia apenas apresentar exames que contrariassem a tese, comprovando não haver outras moléstias. Fosse outro o caso - de efetivamente estar contaminado por alguma delas - persiste ainda a necessidade de dolo para que se configure o crime, o que não ocorre, conforme tratado anteriormente.

Outra possível ação, baseada no crime do art. 131 do Código Penal, conforme o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt sobre a AIDS, esbarraria, assim como a anterior, na ausência de dolo.

Está expresso no Código Penal:

Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

A prática deste ato ilícito exige, portanto, além do dolo de dano, o fim especial de causar a transmissão da moléstia, caso ainda menos condizente com o evento apresentado.

Tampouco configuram-se os crimes de lesão corporal ou homicídio, em qualquer modalidade. Bitencourt, em citação anterior, afirma que poderiam ser tipificados tais crimes, de acordo com a intenção do autor. Porém, só ocorreria essa situação caso sobreviesse a transmissão do vírus HIV, o que não ocorreu. Fosse outro o caso - o de Florencia adoecer - o uso do preservativo poderia ser alegado na defesa de Matheus, embasado no entendimento do próprio Bitencourt, que diz configurar-se apenas lesão corporal culposa.

Por fim, cabe analisar um último tipo penal:

Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Trata-se de crime formal, ou seja, para se consumir, não é necessário que efetivamente ocorra a ofensa ao pudor de alguém ou que tenha sido realmente

presenciado. Basta que o ato obsceno em local público tenha sido realizado. Diz Damásio de Jesus:

Para a caracterização da publicidade do local é necessário verificar-se, no caso concreto, o ato podia ser visto por outras pessoas. Basta à caracterização do crime que haja possibilidade de o ato obsceno ser presenciado por número indefinido de pessoas, sendo irrelevante se, no caso concreto, ninguém o assistiu.

(JESUS, Damásio de. Direito penal, 3º volume : parte especial : crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública, 23ª edição. Saraiva, 10/2014. p. 214. [Minha Biblioteca].)

Entre os fatos que foram narrados pelo consulente, consta a informação de que o ato sexual foi praticado em um local público - um beco - por onde circulava pequena quantidade de pessoas. Havia, portanto, a possibilidade que alguém presenciasse o ato.

A princípio, configura-se o ato ilícito, pelo qual poderiam ser acusados Matheus e Florencia.

A ação penal é pública incondicionada, ou seja, ao tomar conhecimento dos fatos, o Delegado de Polícia deveria, no inquérito policial, averiguá-los. Ausente qualquer tipo de prova - material ou testemunhal - além das alegações dos próprios amantes, restaria infrutífera eventual denúncia oferecida pelo Ministério Público. Este, muito provavelmente, iria requerer o arquivamento do inquérito policial.

Outros fatos também deveriam ser levados em conta. Escreve Bitencourt:

Para definir pudor público é necessário considerar os hábitos sociais, os costumes locais, que variam com muita rapidez no tempo e no espaço.

(BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, 11ª edição. Editora Saraiva, 2017. p. 214 [Minha Biblioteca].)

Tratava-se do carnaval, festa marcada pela libertinagem. O pudor público vigente nessa época do ano é menos restritivo que o normal. A liberalidade do evento afastaria, portanto, a tipicidade do ato.

Finalmente, há jurisprudência trazendo o entendimento de que atos sexuais praticados em locais ermos, no interior de veículos, configuram ato atípico. Nesse sentido:

Não configura, o ato praticado no interior de automóvel, à noite e em lugar ermo. (TACrSP, RT 553/357)

Não é lugar exposto ao público o interior de veículo estacionado em lugar ermo. (TACrSP, Julgados 72/393)

“(...) o apelante e sua namorada estavam em local público, tido como mirante, porém dentro de veículo, não podendo caracterizar estarem expostos ao público, assim, não se pode imputar ao apelante a ofensa ao bem jurídico tutelado no artigo 233 do Código Penal.”
(TJ-RJ, Apelação: 00033026820088190061, Relator: Siro Darlan de Oliveira, Sétima Câmara Criminal, DJ: 31/08/2010)

Ante o exposto, é extremamente improvável que o casal seja responsabilizado por este crime, e no caso de Matheus por qualquer outro.

Quanto à questão da negativa de atendimento à Florencia, adianta-se desde já que a unidade de saúde equivocou-se.

O caput do art. 5º da Constituição Federal tem a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros **e aos estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
(grifo nosso)

Uma interpretação literal da norma produz o resultado observado na inação do serviço médico brasileiro presente caso. Entre os estrangeiros, apenas aqueles que possuem residência no País poderiam gozar dos direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Constitucional.

Faz-se necessário, porém, interpretar o texto à luz da intenção do constituinte. Trata-se do princípio da isonomia, um dos pilares de um Estado Democrático de Direito, no rol dos quais o Brasil se insere. Dentro dos limites da soberania do país, qualquer distinção legal entre indivíduos, independentemente de raça, credo, sexo e nacionalidade, deve inexistir.

O trecho seguinte é retirado da obra do jurista Alexandre de Moraes, ministro do Supremo Tribunal Federal:

“(...) a expressão residentes no Brasil deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal assegura ao estrangeiro todos os direitos e garantias mesmo que não possua domicílio no País, só podendo, porém, assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais.”
(MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 33ª edição. Atlas, 02/2017. [Minha Biblioteca].)

O mesmo entendimento apresentou o próprio STF desde 1957, quando, em acórdão, o tribunal comentou norma análoga ao caput artigo 5º da atual Constituição. A Corte citou Pontes de Miranda:

"(...) se reconhecessemos que no País ficam extintos os direitos dos estrangeiros não residentes, cometeríamos uma violência."
(RE 33.919, RTJ, 3/566, Rel. Min. Cândido Mota Filho)

Antes mesmo disso, em 1928, a Convenção sobre condição dos estrangeiros, promulgada pelo Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929, trazia o seguinte artigo, em tradução livre, por estar em espanhol no diário oficial:

Artigo 5º. Os Estados devem reconhecer aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que reconhecem a seus próprios nacionais e o gozo dos direitos civis essenciais, sem prejuízo, no que concerne aos estrangeiros, das prescrições legais relativas à extensão e modalidades de exercício dos ditos direitos e garantias.

Outra fonte inequívoca da inafastabilidade do atendimento ao estrangeiro é o pacto de San José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu. Consta em seu primeiro artigo:

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

De análogo teor são decisões mais recentes, que dão rigidez ao acima exposto: STF, HC 103311/PR, Rel. Min. Luiz Fux; STF, 2ª T., HC 102042 ED/SP, Rel. Min. Celso de Mello; STF, 2ª T., HC 94477/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes.

O próprio Ministério da Saúde demonstrou acatar esse entendimento desde 2002, pois em sua portaria nº 1.560 de 29 de agosto desse ano, consta:

Art. 5º A ausência do CARTÃO SUS não poderá impedir o atendimento à pessoa brasileira ou estrangeira, com qualquer tipo de visto de entrada no país, em qualquer unidade de saúde integrante do Sistema Único de Saúde, sob pena do cometimento de crime de omissão de socorro.

Na portaria nº 940, de 28 de abril de 2011, que revogou a anteriormente citada, é tratado o cadastramento de estrangeiros não residentes no país, deixando claro que estes devem, sem dúvida, ser atendidos:

Art. 23. Durante o processo de cadastramento, o atendente solicitará o endereço do domicílio permanente do usuário, independentemente do Município em que esteja no momento do cadastramento ou do atendimento.
(...)
§2º No caso de brasileiros residentes no exterior e de estrangeiros não residentes no país, será registrado como endereço de domicílio permanente apenas o país e a cidade de residência.

Agiu erroneamente, portanto, o funcionário que negou atendimento a Florencia. Seria seu dever observar as normas legais e regulamentares, o que não

fez ao ignorar as próprias portarias que regem como deve ser realizada sua atividade.

Sobre um possível ressarcimento devido ao preservativo defeituoso, é necessário analisar a questão sob a luz do Código de Defesa do Consumidor.

Questão preliminar essencial é solidificar que se trata de uma relação jurídica de consumo, com sujeito ativo, passivo e objeto - consumidor, fornecedor e produto/serviço. A existência de tal tríade é indispensável:

Somente será "relação jurídica de consumo", regida pelo Código de Defesa do Consumidor, a relação jurídica que contenha todos os elementos necessários.
(SILVA NETO, Orlando da. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Forense, 08/2013. p. 29. [Minha Biblioteca].)

O consulente e sua amante se enquadram, indubitavelmente, na definição de consumidor do CDC. Aquele, diretamente nos dizeres do caput do art. 2º; esta, como consumidora por equiparação, parágrafo único do mesmo artigo, pois, não tendo adquirido diretamente o produto, usufruiu deste e sofreu os efeitos do fato ocorrido. Explica Orlando da Silva Neto:

Serão também consumidores aqueles que "haja intervindo nas relações de consumo", conforme redação do parágrafo único do art. 2º do Código. As pessoas ou coletividades que intervêm na relação são aqueles que, apesar de não terem adquirido o produto ou serviço, usufruem deste ou sofrem efeitos decorrentes da relação.
(idem. p. 43.)

É a seguinte a redação do art. 3º do Código Consumerista:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
(...)

Inicialmente, tome-se o parágrafo primeiro que define o que é um produto. Qualquer bem móvel material o é, de modo que o preservativo que foi adquirido na "DrogaBarra" se encaixa nessa definição. Trata-se inclusive, de produto perecível, conforme classificação do Inmetro:

"É importante lembrar que o preservativo é feito de látex de borracha natural, o que significa que é perecível e não deve ser exposto ao calor e ao sol."
(Disponível em <http://www.inmetro.gov.br/imprensa/releases/camisinha>.)

No caput do artigo são citados como fornecedores tanto aqueles que produzem o produto, quanto aqueles que praticam a distribuição e a comercialização. A “DrogaBarra” e a fabricante dos preservativos são as duas pessoas jurídicas de fácil identificação envolvidas na situação apresentada.

Havendo, então, sujeitos ativo, passivo e objeto consonantes com uma relação jurídica de consumo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Portanto, a responsabilidade dos fornecedores é objetiva. Resta ao consumidor a demonstração do fato, do dano e do nexa causal.

Para demonstrar o fato, cuja definição formal será tratada mais adiante, o autor deve fornecer indícios de que a relação sexual ocorreu, com o uso do preservativo em questão, e que existiu o rompimento. No relato utilizado para a elaboração deste parecer, são citados: a existência de mensagens trocadas entre Matheus e Florencia, demonstrando que ocorreu o encontro naquela noite; a nota fiscal de aquisição das camisinhas minutos antes da relação; o relato ao feito ao delegado; possível registro da ida de Florencia à unidade de saúde; e o laudo pericial feito sobre os outros preservativos adquiridos no mesmo dia.

Cabe aqui a apresentação de um possível obstáculo para a demonstração do fato. Nos eventos narrados, não há notícia sobre o preservativo rompido, prova material do ocorrido. A não existência deste pode obstar o convencimento, por parte do juiz, da existência do fato.

O dano e o nexa causal serão demonstrados pela apresentação de laudos médicos, por parte de Florencia. Estes devem indicar que o estresse ao qual ela foi exposta devido ao defeito do produto ensejou tratamento psicológico, o que caracterizaria o dano moral e seu nexa com o fato.

Analise-se agora o que formalmente é fato do produto. Na Lei 8.078/90, ele é tratado nos arts. 12 e 13:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

(...)

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

(...)

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

(...)

Fato do produto, portanto, é quando o defeito ultrapassa o próprio produto, causando danos - sejam físicos ou psicológicos - ao consumidor. É muitas vezes também chamado de acidente de consumo.

A classificação do preservativo como produto defeituoso - parágrafo primeiro do artigo 12 - pode ser uma questão levantada em debate. Efetivamente, é notório que um preservativo pode se romper durante ato sexual, podendo a fabricante alegar que se trata de um risco razoavelmente esperado do produto, hipótese a ser observada conforme o inciso II do parágrafo citado.

No entanto, há jurisprudência no sentido que, embora não seja fato incomum, cabe à fabricante demonstrar que o rompimento se deu por uso incorreto do produto pelo consumidor:

Ocorre que, no caso concreto, a fabricante não logrou comprovar que seria impossível ocorrer a ruptura. Sabe-se, porque notório, que isto pode ocorrer. Tampouco comprovou que a ruptura deu-se pelo uso incorreto do produto pelo consumidor. Lembro que em se tratando de relação de consumo, apenas um fato exclusivo da vítima excluiria a responsabilidade. (TJ-RJ, Apelação: 0006002-28.2003.8.19.0211, rel. des. Ricardo Rodrigues Cardozo, 15ª Câmara Cível, DJ: 26/07/2011)

De suma importância também é o conteúdo do laudo pericial feito nas outras camisinhas adquiridas no mesmo dia. A impropriedade atestada na perícia afastaria a alegação de ausência de defeito por parte dos fornecedores.

Outro ponto importante é a análise do §3º do art. 12, que cita a exceção de "culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro", lembrada pelo desembargador na citação acima. A melhor doutrina entende que no caso de culpa exclusiva de terceiro não se enquadra o comerciante. Não pode, portanto, o fabricante se eximir da culpa alegando que esta é exclusiva da farmácia. Escreve Rizzato Nunes:

(...) o comerciante está lá na condição de responsável solidário (o caput do art. 13 diz "igualmente responsável"). Logo, acionado o produtor, este não

pode querer deixar de responder à demanda, alegando que a responsabilidade é do comerciante, pelo simples fato de que ambos respondem solidariamente, ainda que se apure que o comerciante seja o responsável.

(NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor, 11ª edição., 11th edição.* Editora Saraiva, 2017. p. 337. [Minha Biblioteca].)

Pelos fatos acima apresentados, deverão figurar no polo passivo de possível ação de reparação a “DrogaBarra” e o fabricante. Ambos são, no caso apresentado, responsáveis pelo produto. Este, diretamente pelo exposto no caput do art. 12. Aquela, devido ao inc. III do art. 13.

O parágrafo único do art. 13 diz ainda que “aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis(...)”.

Em outras palavras, suponha-se que ação seja proposta apenas contra o fabricante. Este, com base no parágrafo único do art. 13, poderá entrar com ação de regresso contra o comerciante, demonstrando ser ele também responsável, e apresentando sua participação na causação do evento danoso. Sobre o tema, escreve Rizzatto Nunes:

Escolhido pelo consumidor o responsável e no processo judicial apurado o verdadeiro responsável, o consumidor será ressarcido de qualquer forma, ainda que não tenha escolhido para colocar no polo passivo da ação o verdadeiro responsável. Depois que o consumidor receber sua indenização, aquele que pagou poderá ressarcir-se pelo outro responsável ou repartir com ele o quantum pago, uma vez que são, no mínimo, solidários. (ibid. p. 234)

É claro que — e isso é evidente — qualquer dos participantes do ciclo de produção que indenizar o consumidor poderá, posteriormente, acionar o outro, quer para dividir com ele o ônus de sua solidariedade, quer para obter dele a integral devolução do que tiver pago, caso entenda — e prove — que foi só dele a falha. (ibid. p. 236)

Em resumo ao exposto acima, havendo a demonstração do fato, do dano e do nexo causal pelos consumidores, restará aos fornecedores como única saída demonstrarem que o fato ocorreu devido a erro exclusivo de Matheus e Florencia ou de terceiro.

Cabe ressaltar que aplicar-se-á o disposto no art.6º, inc VIII do CDC, inversão do ônus da prova, pela verossimilhança da situação narrada e pela

hipossuficiência de Matheus e Florencia frente aos fornecedores. Deverão estes, portanto, ser responsáveis pelas eventuais produções de provas.

Lembra-se, novamente, que o resultado de laudo pericial, realizado por ocasião de Inquérito Policial, demonstrou que o látex constituinte de camisinhas compradas no mesmo dia apresentava características distintas daquelas usualmente verificadas. Apontou como causas para a divergência a exposição ao calor e à luz solar. O embate sobre a verdadeira responsabilidade do fato do produto se dará sobre tal perícia.

A “DrogaBarra” tentará eximir-se da culpa alegando acondicionar corretamente o produto, e que as alterações se deram por ações de Matheus. Afinal, a entrega das camisinhas para perícia se deu dois dias após os fatos. Ele poderia ter deixado os preservativos sobre o banco de seu veículo, sob o escaldante sol de Salvador, nesse interregno.

Em outra situação, caso alegasse que o produto entregue pelo fabricante não apresentava a qualidade esperada, a farmácia, de acordo com o entendimento de Rizzato Nunes, continuaria sendo parte legítima do polo passivo da ação de indenização. Veja:

Este [o comerciante] é responsável, sempre, por todos os produtos adquiridos, com ou sem identificação do fabricante, conserve ou não adequadamente os produtos perecíveis.
(*ibid.* p. 337)

Outro entendimento apresenta o TJSP, por exemplo. Fosse o caso do defeito ser devido exclusivamente ao fabricante, a farmácia poderia se eximir de pagar indenizações por não se configurar em nenhum dos incisos do art. 13 do CDC, conforme (TJSP, Apelação 4002099-63.2013.8.26.0568, rel. des. Gilson Delgado Miranda, 28ª Câmara de Direito Privado, DJ: 13/03/2018) e (TJSP, Apelação n. 0002175-87.2014.8.26.0450, rel. Des. Mario A. Silveira, 33ª Câmara de Direito Privado, DJ: 25/05/2015).

O fabricante, por sua vez, ensejará demonstrar que o preservativo não apresentava vício devido ao processo de manufatura, tomando e analisando outros do mesmo lote, que potencialmente estarão dentro do padrão esperado. Tentará provar, enfim, que o comerciante armazenou de maneira incorreta o produto perecível. Trata-se da previsão do inciso III do referido artigo: “não conservar adequadamente os produtos perecíveis”. Sendo capaz de demonstrar tal fato, o fornecedor faz do comerciante responsável solidário.

Na narrativa trazida pelo consultante, foi relatado que os preservativos haviam sido deixados em local exposto ao calor e à luz solar, notadamente a vitrine do estabelecimento comercial. Fotografias ou filmagens mostrando o expositor de preservativos na vitrine da farmácia poderiam ser apresentados no processo. Outros preservativos alocados incorretamente pela farmácia poderiam ser também analisados em laboratório e, caso apresentassem as mesmas alterações daqueles adquiridos por Matheus, seria forte prova da responsabilidade do comerciante. Destaca-se que, ao demonstrar a responsabilidade da farmácia, o fabricante afasta a tese de fato exclusivo da vítima.

Por fim, é resguardado, também, o direito do comerciante de ajuizar ação de regresso contra o funcionário que causou o dano. Tal direito está presente no Código Civil, e é confirmado pelos tribunais, conforme a jurisprudência a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL, DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA REJEITADA. MÉRITO. ATO ILÍCITO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DO BANCO RÉU NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO EFETUADO SEM A AUTORIZAÇÃO DO CORRENTISTA. INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 14, § 3º, DO CDC). INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE RESPONDE PELO EVENTO DANOSO, **SENDO RESGUARDADO, NO ENTANTO, O SEU DIREITO DE REGRESSO CONTRA O CAUSADOR DO ATO ILÍCITO**. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO. (grifo nosso) (TJBA, Apelação, Nº processo: 0001503-70.2008.8.05.0225, Relator: Gesivaldo Nascimento Britto, Segunda Câmara Cível, DJ: 11/09/2015)

A responsabilidade da farmácia pelos atos de Josiclei, seu funcionário, está expressa no art. 932 do Código Civil. Caput e inciso III tem a seguinte redação:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
(...)
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Dois artigos à frente está o direito de regresso:

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

Demonstrando a farmácia que o dano foi causado por culpa de Josiclei, poderá exigir deste os valores pagos à título de indenização.

Cabe ressaltar que tal exigência ocorrerá em posterior ação de regresso, uma vez que o art. 88 do CDC veda a denunciação da lide nos casos do parágrafo único de seu art. 13, para evitar que a celeridade do processo seja ferida.

Em conclusão à tudo que foi exposto sobre a responsabilização civil no caso, tem-se o seguinte: em ação de indenização de autoria dos consumidores, os sujeitos passivos seriam o fabricante do preservativo e a “DrogaBarra”, responsáveis solidariamente pela reparação dos danos. Por fim, a farmácia poderia exercer o direito de regresso contra Josiclei em ação posterior, comprovando que o dano foi exclusivamente por ele causado.

Por fim, analisa-se a possibilidade do uso dos documentos enviados por Florencia, tal como estão, em ação civil contra a “DrogaBarra”.

O Código de Processo Civil de 2015 traz, assim como seu antecessor (art. 157, CPC/73), previsão expressa sobre a necessidade do uso da língua portuguesa:

Art. 192. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa.
Parágrafo único. O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado.

De tal maneira, só poderiam ser juntados ao processo os documentos enviados em espanhol por Florencia acompanhados de versão em língua portuguesa, firmada por tradutor juramentado.

Confirma esse entendimento a doutrina:

As petições, manifestações das partes, dos intervenientes e as decisões judiciais devem ser redigidas em língua portuguesa. Eventuais documentos escritos em língua estrangeira só poderão ser juntados aos autos se acompanhados de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado. (GONÇALVES, Marcus Rios. *Novo curso de direito processual civil*, v. 1, 14ª edição, Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca].)

Caso, a despeito da norma, for juntado um documento em língua estrangeira sem a respectiva versão no vernáculo, o juiz determinará que tal providência seja atendida:

Ademais, o documento referente ao contrato no qual se apoia a autora para sustentar sua qualidade de sucessora dos direitos e obrigações oriundos do contrato de seguro, ao que parece, não se encontra acompanhado de sua versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado, em violação ao que determina o art. 157 da Lei Processual de 1973, cujo espírito se mantém no art. 192, p. u., do CPC/2015, o que impõe determinação para que a demandante atenda a tal providência. (TJRJ, Apelação, Nº processo: 0005623-46.2014.8.19.0003, rel. des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes, Quinta Câmara Cível, DJ: 18/09/2016)

Embora a norma do art. 192 do CPC (ou 157 do CPC/73) seja clara quanto à necessidade da versão em língua portuguesa, não necessariamente sua ausência levará a uma nulidade. Há decisão do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

Caso não seja indispensável a tradução para a compreensão do documento, sua inexistência não nega a eficiência deste como prova:

(...)

Em se tratando de documento redigido em língua estrangeira, cuja validade não se contesta e cuja tradução não é indispensável para a sua compreensão, não é razoável negar-lhe eficácia de prova. O art. 157 do CPC, como toda regra instrumental, deve ser interpretado sistematicamente, levando em consideração, inclusive, os princípios que regem as nulidades, nomeadamente o de que nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para acusação ou para a defesa (pas de nullité sans grief). Não havendo prejuízo, não se pode dizer que a falta de tradução, no caso, tenha importado violação ao art. 157 do CPC.

(...)

(STJ - REsp: 616103 SC 2003/0219916-1, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 14/09/2004, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/09/2004 p. 255)

Em face de todo o exposto, a partir das informações fornecidas pelo consulente e da análise legal realizada, responde-se aos questionamentos formulados na consulta.

Em matéria Penal, tema da primeira pergunta formulada pelo consulente, entendemos que a ausência de dolo, demonstrada cabalmente pelo uso de preservativo na relação sexual, impede que o consulente seja responsabilizado pelo crime previsto no art. 130, §1º do Código Penal. Pelo mesmo motivo não há que se falar em adequação aos arts. 130, caput, e 131 da mesma lei.

Compreendemos também que são ausentes os delitos de lesão corporal e homicídio, configuráveis em razão da gravidade da doença (AIDS), pois a vítima não sofreu contágio.

Em último caso, ambos Matheus e Florencia não serão responsabilizados pelo crime de ato obsceno - art. 233, CP - haja vista a interpretação jurisprudencial de que interior de veículo estacionado em local ermo não é local público.

Passamos à análise da negativa de atendimento à Florencia, o segundo questionamento formulado. Conforme adiantado na própria fundamentação, entendemos que houve falha da unidade de saúde. Ficou demonstrado que o entendimento do próprio Ministério da Saúde, da doutrina e do Supremo Tribunal Federal é de que estrangeiros, mesmo que não residentes no país, têm assegurados seus direitos e garantias fundamentais, entre eles o acesso aos atendimentos no SUS.

No âmbito civil, conforme o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, concluímos que, em resposta à terceira indagação do consulente, a "DrogaBarra" pode ser responsabilizada pelo preservativo que se rompeu. O acondicionamento do produto junto à vitrine, onde ficou exposto ao calor e à luz solar, configura o previsto inc. III do art. 13 do CDC, tornando a farmácia solidariamente responsável ao fabricante em eventual ação indenizatória.

Acreditamos, a partir dos fatos narrados, que o consulente consegue demonstrar fato, dano e nexos causal. Tal tríade é suficiente para a propositura da ação, uma vez que a responsabilidade dos fornecedores no CDC é objetiva, independente de dolo ou culpa.

Reafirma-se a solidariedade de fabricante e comerciante, em consonância com os artigos 12 e 13 da Lei Consumerista. Ambos serão igualmente responsáveis pela reparação dos danos sofridos pelos consumidores, em eventual condenação judicial.

Quanto à responsabilidade de Josiclei, funcionário da "DrogaBarra" que expôs o produto à venda, a farmácia não poderá alegar culpa exclusiva do funcionário para se eximir da obrigação de indenizar os consumidores, conforme o entendimento doutrinário de Rizzatto Nunes, com o qual concordamos, e o artigo 932 do Código Civil.

Nada impede, porém, que embasada no direito de regresso dos arts. 13 da Lei Consumerista e 934 do CC, a drogaria exija do empregado o ressarcimento da quantia paga, em ação posterior.

Ou seja, respondendo ao quarto questionamento formulado: a reparação dos danos será feita pela farmácia, em solidariedade com o fabricante, em toda sua extensão. Em ação posterior, Josiclei poderia eventualmente ser condenado a ressarcir a "DrogaBarra", devido à sua responsabilidade nos fatos apurados.

Finalmente, em resposta à última questão formulada, os documentos enviados por Florencia só poderão ser utilizados em ação contra a "DrogaBarra" se acompanhados de verção em língua portuguesa, firmada por tradutor juramentado. É esse o entendimento que é extraído da lei e da doutrina. Na ausência da tradução, o juiz determinará que esta seja providenciada.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 15 de setembro de 2018.

Igor Santos Oliveira
17001640

Sara Izabela Pereira Gião
17001384

PARECER JURÍDICO

Assunto: Fato do produto, decorrido de dano à vida de outrem.

Consulente: Matheus

EMENTA: CÓDIGO CIVIL, RESPONSABILIDADE, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, DANOS, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DIREITOS E GARANTIAS DA PESSOA HUMANA, CÓDIGO PENAL, CULPABILIDADE, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, COMUNICAÇÃO.

Trata-se de consulta formulada por Matheus sobre a exposição à saúde de Florencia, por meio de relações sexuais, com possibilidade de transmissão de doenças venéreas.

O consulente, baiano, natural de Feira de Santana, informa que todos os anos tem a tradição de prestigiar a época carnavalesca em Salvador e costuma se relacionar com diversas mulheres, tendo como consequência a contração do vírus HIV. Conheceu Florencia por meio de um aplicativo, o qual possibilitou um encontro mais rapidamente.

No dia do ocorrido, Matheus se dirigiu à farmácia “DrogaBarra” a fim de efetuar a compra de preservativos. Contudo encontrou o objeto na vitrine, sem ter consciência de que o mesmo estava exposto ao calor e à luz solar. Seguido disso, efetuou o pagamento e guardou o cupom fiscal.

Após encontrar e conversar com a argentina, ambos consumiram bebidas alcoólicas, contribuindo para que se dirigissem rapidamente ao o automóvel do rapaz. Chegando no destino, tiveram relações sexuais usando o preservativo que fora comprado no mesmo dia, e, posteriormente foi notado o rompimento do mesmo. Entretanto continuaram trocando carícias sem dar importância ao fato que havia ocorrido.

Em decorrência de seu arrependimento, passados dois dias, o consulente informa à estrangeira que é soro positivo; diante disso, a vítima, desesperada, se dirigiu o quanto antes para a unidade de saúde mais próxima, pois lhe restavam apenas 24 horas para o tratamento do PEP. Quando

atendida foi informada que nada poderia ser feito em seu caso, tendo em vista que os tratamentos eram restritos apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Em consequência disso, Florencia procurou a Delegacia de Polícia, resultando em um Inquérito Policial, o qual tipificou o suposto crime previsto no Artigo 130, §1º, do Código Penal. Sendo, Matheus, intimado para prestar depoimento, contando os fatos ocorridos no dia do ato. Em seguida, foram deixados o cupom fiscal e duas camisinhas; após confirmar a validade do preservativo, foi decidido o envio para a perícia por se tratar de um produto perecível.

No próprio laudo foram constatados que a alteração teria acontecido devido a má conservação do objeto.

Após ser intimado pelo Delegado, Sr. Antônio, proprietário da “DrogaBarra”, apresentou seu passaporte com os carimbos necessário da União Europeia, alegando não saber dos fatos e que a responsabilidade de venda era de seu funcionário, o qual assumiu a farmácia em sua ausência.

Florencia, no entanto, entrou em contato com o baiano por um e-mail, redigido em espanhol, no intuito de apontar que a infecção não havia sido transmitida e que fora moralmente afetada com tudo que havia acontecido.

É o relatório.

Passamos a opinar.

Vale ressaltar que Matheus não poderá ser denunciado pela prática prevista no art. 130, §1º, do Código Penal, pois se trata de um crime culposo, como visto no inc. II, do art. 18, do CP, ou seja, resultado de um fato ilícito não intencionado pelo agente, mesmo que seja feito de forma previsível.

Código Penal

Art. 18 - Diz-se o crime:

[...]

II – culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Continua sendo crime, pois há conduta, nexos de causalidade, resultado e tipicidade. Ainda em sua defesa, houve o arrependimento eficaz, como é previsto no art.15, do CP, no qual o agente comunica a tempo da vítima não contrair a doença. A partir do momento que foi efetuada a compra dos preservativos, o mesmo agiu de boa fé, conseqüentemente, sua intenção foi de protegê-la e não de contaminá-la.

Código Penal:

Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

Além disso, a corresponsabilidade também foi da drogaria “DrogaBarra” ao expor a vida e saúde de outrem (art.132, CP) mesmo que não intencionalmente, ferindo o direito básico do consumidor art. 6º, inc. I, do CDC. Também previsto no art. 20, §2º, do CP, responde pelo crime, o terceiro que determina o erro.

Código Penal:

Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei:

[...]

§ 2º. Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Art. 132. Expor a vida ou saúde de outrem a perigo direto e iminente.

Código de defesa do Consumidor:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

I – a proteção de vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

Sobre o âmbito constitucional, a unidade de saúde falhou ao negar atendimento à estrangeira, pois feriu diretamente os direitos e garantias da

pessoa humana, prevista no inc. III, art. 1º, da Constituição Federal; Ademais, não seguiu corretamente as normas expressas no seu art. 5º, as quais garantem que todos, brasileiros e estrangeiros, são iguais perante a lei e possuem inviolabilidade dos direitos à vida.

Constituição Federal:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Sendo assim foram imprudentes ao informar que não teriam o que fazer, haja vista que era um caso emergente, já que haviam se passado 48 (quarenta e oito) horas e Florencia não conseguiria se destinar ao seu país no prazo das 72 (setenta e duas) horas - quanto mais tarde for a medicação, menor sua eficácia - para a realização da PEP – Profilaxia Pós-Exposição - afim de evitar a contaminação.

Perante o Código do Consumidor, houve responsabilidade objetiva de fato por parte da drogaria “DrogaBarra”, respondendo subsidiariamente ao comercializar o produto após expô-lo ao calor e luz solar, acarretando dano ao consumidor, como é previsto no art. 13, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor. Considerando que o material deveria estar armazenado e local seco, escuro e em temperatura ambiente. Em consequência da má conservação do produto, o mesmo estourou colocando em risco a saúde e causando traumatização à estrangeira, a qual teve que dar início a tratamentos psiquiátricos.

Código de Defesa do Consumidor:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

[...]

III. não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Já de acordo com o Código Civil, em seus artigos 43 e 932, inc. III, a pessoa jurídica é responsável civilmente pelos atos os quais seus agentes causam danos a terceiros. Como a farmácia possui responsabilidade de dar coisa certa pelo dano causado à Florencia e Matheus, apenas ela se incumbirá da reparação danosa. A indenização que a “DrogaBarra” pagará será dada pela gravidade de sua culpa e de acordo com o trauma que a vítima passou, assim como prevê o art. 945 e 944, parágrafo único, respectivamente.

Código Civil:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Contudo, os documentos que foram enviados por Florencia, precisam ser traduzidos para a língua portuguesa por via diplomática, ou autoridade

central, ou firmado por tradutor juramentado (art. 192, parágrafo único). Seguido a sua tradução, será necessário que se mande uma carta rogatória, para a citação da drogaria na ação, bem como assegura o art. 237, inc. II, do Código de Processo Civil.

Código de Processo Civil:

Art. 192. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa.

Parágrafo único. O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado.

Art. 237. Será expedida carta:

[...]

II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro.

Em face do exposto, tomando por base as informações trazidas pelo consulente, opina-se que o mesmo, perante a legislação vigente, não possui culpa no que tange o artigo 130, §1º, do Código Penal.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Mococa, 15 de setembro de 2018.

Larissa Campos e Lucas Caixeta

17000379

17000959

1.4 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 2º BIMESTRE

PROJETO INTEGRADO 2018.2

3º Módulo - Direito

DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE

Os alunos, individualmente ou em duplas ou trios (mantidas as formações do bimestre anterior), devem elaborar um Parecer Jurídico Interdisciplinar (cujos modelos, à sua escolha, estão à disposição no *Google Classroom*) que aborde todas as unidades de estudo do módulo a partir do caso hipotético apresentado abaixo.

OBJETIVOS

Auxiliar o aluno a preparar-se para que ele seja:

- competente do ponto de vista técnico, político e ético, plenamente cômico de sua responsabilidade na tomada de decisões;
- preparado para problematizar o processo de trabalho no campo do Direito, explorando suas contradições em favor das demandas legítimas da sociedade brasileira;
- capaz de analisar, interpretar e aplicar os conhecimentos adquiridos no curso, buscando novas respostas aos problemas apresentados, exercitando sua autonomia técnico-intelectual;
- comprometido com a formação permanente, com o diálogo e com a convivência guiada pela ética da solidariedade, preocupado com os problemas de seu tempo e de seu espaço;
- apto a constituir-se referência de qualidade nos serviços por ele prestados, individual, associada ou coletivamente, ensinando e desenvolvendo a cidadania pelo exemplo ativo e atuante;
- competente para identificar necessidades individuais e coletivas, interferindo na alteração do perfil social, econômico e político do

país, desenvolvendo formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos;

- dotado de sólida formação humanística, técnica e prática, compreendendo a complexidade do fenômeno jurídico e as transformações sociais, bem como a gênese, fundamentos, evolução e conteúdo do ordenamento jurídico vigente.

INSTRUÇÕES

- O Parecer Jurídico será elaborado tendo como base o caso hipotético anexo, em que deverão ser respondidos questionamentos formulados no formato de consulta.
- Não haverá orientação **específica** dos docentes para a solução dos questionamentos formulados, todavia, eles **deverão abordar os conteúdos, ainda que superficialmente, em suas aulas**. Espera-se que os estudantes busquem as informações necessárias e complementares em todos os meios disponíveis (material de aula, biblioteca, *sites* jurídicos, entrevistas com profissionais da área, pesquisa de campo, etc), uma vez que o caso não é fácil e a solução não é óbvia.
- Cada grupo deverá entregar um único Parecer Jurídico em formato digital (**arquivo.pdf**), enviando o arquivo na pasta do *Google Classroom* dedicada à sua entrega.
- **Prazo de entrega: 12/11/2018**
- O padrão de resposta esperado será divulgado no dia 13/11/2018

PONTUAÇÃO:

O valor máximo a ser acrescido na nota P1 de cada um dos professores das unidades presenciais do módulo será o de dois pontos. O valor a ser atribuído será o resultado da média obtida pela soma das notas individuais dos professores, dividida por cinco, admitindo-se apenas um décimo após a vírgula e sem aproximação. As notas dos professores serão atribuídas da seguinte forma:

- 0,0 (zero), caso não seja entregue o parecer no prazo

- 0,5 (meio), caso o parecer seja considerado ruim
- 1,0 (um) caso o parecer seja considerado regular
- 1,5 (um e meio) caso o parecer seja considerado bom
- 2,0 (dois), nota destinada apenas aos pareceres passíveis de publicação oficial, na opinião do professor.

CASO HIPOTÉTICO

O quadro com foto da arraia jamanta decorando a parede do quarto revelava a grande paixão de Júlia. A menina, prestes a completar 12 anos de idade, era fascinada pelo fundo do mar, e muito desse interesse veio do pai, Renato, um mergulhador amador com vasta experiência.

Mesmo após o pai sair de casa para viver com uma moça 15 anos mais jovem que sua mãe, Júlia mantinha forte contato com Renato, e não perdia as postagens dele no Instagram, que registravam as viagens por vários pontos da costa brasileira, sempre para a prática do mergulho.

Certa vez, Renato até levou a filha para fazer uma flutuação no arquipélago de Abrolhos, no litoral sul do estado da Bahia, mas a menina queria mais. Dizia ao pai que gostaria de acompanhá-lo em um mergulho de verdade, em que pudesse chegar perto dos peixes coloridos quase ao ponto de tocá-los, mas Renato, julgando-a muito jovem para mergulhar, disse que não levaria a filha até que ela ficasse mais velha.

Naquela semana, a menina assistiu a um vídeo no YouTube, enviado por seu amigo, sobre algumas particularidades do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente. Soube, assim, que a partir dos 12 anos já seria considerada uma adolescente.

Júlia não teve dúvidas: não sendo mais uma criança, pediu ao pai para fazer um mergulho como presente de aniversário. Renato foi surpreendido pelo argumento da filha, e chegou até mesmo a perguntar a

um amigo, advogado, se aquilo era mesmo verdade. De fato, sua filha não seria mais considerada uma criança, e o inevitável parecia prestes a acontecer: chegara a hora de cumprir sua promessa e proporcionar a desejada experiência à filha.

Aquele não era o momento mais oportuno, é verdade. Renato enfrentava grandes dificuldades financeiras. Estava com o limite do seu cartão de crédito estourado e, pela primeira vez, com o nome inscrito em um cadastro de devedores. Sabia que gastaria um bom dinheiro para realizar o sonho de Júlia, mas nem por isso poupou esforços ou deixou de tomar todas as providências necessárias para realizar o sonho da filha. Buscando uma boa preparação para Júlia, decidiu que a matricularia na Dream Dive, a melhor escola de mergulho da sua cidade.

Renato mantinha bom relacionamento com os donos da Dream Dive. Além de ser bastante conhecido entre os mergulhadores da região, seu filho mais velho já havia feito um curso completo anos atrás, época em que compareceu a alguns eventos na companhia de Roberta, sua ex-esposa. Bianca, uma das proprietárias da escola, rapidamente o reconheceu quando chegou na recepção.

Após uma rápida consulta ao catálogo fixado na vitrine, Renato disse que gostaria de matricular a filha, de aproximadamente 12 anos, no curso para iniciantes, mas só poderia fazer os pagamentos de forma parcelada. Bianca, então, disse que faria o que fosse preciso, e, após o ajuste do preço, aceitou receber três cheques pré-datados como forma de pagamento do curso.

Júlia estava feliz da vida. Era, indiscutivelmente, a melhor aluna do curso de mergulho para iniciantes. Chegava adiantada às aulas na Dream Dive, e ali ficava conversando com seus instrutores, que contavam histórias e mostravam em detalhes os equipamentos de mergulho. Era extremamente empenhada, dedicada em assimilar cada uma das lições recebidas. No caminho de volta para casa, se sentava no banco de trás para parecer não ignorar sua mãe enquanto fazia pesquisas sobre

mergulho com seu smartphone. Ao término das aulas, Júlia atingiu a pontuação máxima em todos os testes, sendo considerada apta a realizar mergulhos com o auxílio de pessoas mais graduadas.

No mesmo dia em que soube das notas, Júlia ligou para o pai e deu a notícia da sua aprovação. Renato ficou muito orgulhoso, e disse que marcaria uma viagem para Júlia fazer o seu “batismo”.

Nas semanas anteriores, Renato já vinha pesquisando alternativas mais baratas para o primeiro mergulho da filha, e acabou encontrando a empresa Sala dos Golfinhos, que formava grupos para mergulho em Ilhabela, no litoral paulista. Se interessou pela proposta, pois, além de disponibilizar a embarcação que leva os participantes até o ponto de mergulho, contava com apoio de salva-vidas com jet ski e fornecia todo o equipamento necessário, como roupas de neoprene, máscaras de mergulho, cilindros de oxigênio e pés de pato. A empresa prestava seus serviços a preços bastante competitivos, já que não possuía instrutores para acompanhamento dos mergulhos, exigindo que cada participante apresentasse previamente um certificado de habilitação.

Entendendo que o trabalho da Sala dos Golfinhos atenderia bem às suas necessidades, Renato entrou em contato com a empresa e reservou duas vagas para o mergulho do fim de semana seguinte, dizendo que efetuariam um depósito para pagamento do serviço na próxima semana.

Nas vésperas do tão esperado dia, Renato recebeu a ligação de um cliente, que solicitou seus serviços para todo o fim de semana. O trabalho renderia um bom dinheiro – principalmente a alguém que se encontrava bastante endividado – mas o impediria de acompanhar a filha na viagem. Entendendo que não faltariam outras oportunidades para o mergulho, Renato decidiu entrar em contato com Roberta para comunicar o adiamento da viagem, e eles iniciaram uma discussão. A ex-esposa disse que não aceitaria mudança nos planos àquela altura, pois Júlia já estava muito ansiosa para fazer o mergulho. Renato, então, entrou em contato com Antônio, um velho amigo, companheiro de viagens e mergulhador

muito experiente. Explicada a situação, Antônio não exitou em ajudar Renato, e se colocou à disposição para acompanhar Júlia e auxiliá-la no mergulho, com o que o pai da menina ficou muito agradecido.

No dia seguinte, Antônio e Júlia partiram para Ilhabela ainda de madrugada, e, lá chegando, encontraram o grupo de mergulhadores reunido pela Sala dos Golfinhos, majoritariamente composto por pais em companhia de seus filhos menores. Feita a contagem dos participantes, todos entraram no barco e seguiram para a área destinada ao mergulho, nas proximidades do naufrágio de diversas embarcações.

Pouco antes de chegarem no local, o funcionário da Sala dos Golfinhos pegou as caixas com os equipamentos e as colocou no convés, para que cada um pegasse o que fosse utilizar durante o mergulho. Rapidamente, Júlia foi até a caixa em que estavam as máscaras de mergulho, cada uma delas de uma cor diferente, tendo escolhido uma bem chamativa, com as bordas vermelhas. Antônio se atentou a esse detalhe, que facilitaria a identificação de Júlia durante o mergulho em meio a outras meninas da sua idade. Todos vestiram as roupas pretas de neoprene por cima dos trajes de banho, e ficaram como que uniformizados. Na sequência, à medida que colocavam os demais equipamentos, formavam filas para, um a um, caírem na água.

Já na fila, aguardando a sua vez de mergulhar, Júlia decidiu experimentar a máscara que havia pego, mas percebeu que ela não se encaixava adequadamente em seu rosto, e por isso decidiu trocá-la pela que estava com outra menina ao seu lado, com o mesmo modelo, porém um pouco menor e com as bordas verdes.

Iniciado o mergulho, Antônio começou a acompanhar a menina com a máscara de bordas vermelhas. Com ela, desceu até áreas mais profundas onde foi possível a melhor visualização do recife de corais e a passagem de um cardume de peixes.

Enquanto isso, Júlia fez um mergulho solo. Tendo aprendido a operar todo o equipamento, a menina conseguiu descer a uma grande

profundidade, atraída por uma moreia que havia se escondido atrás de pedras no assoalho marinho. Verificou o local, porém não encontrou a serpente marinha, e, ao tentar subir, percebeu que seu pé esquerdo ficou enroscado na junção de duas rochas, quando entrou em desespero. Sem ninguém para ajudar, começou a puxar sua perna com todas as forças, respirando de forma ofegante, o que provocou acelerado consumo do seu oxigênio.

Antônio foi capaz de observar a cena em que a menina com máscara de bordas verdes se debatendo na tentativa de soltar o pé que estava preso nas pedras, mas optou por não agir, justamente para não perder o foco do objetivo pelo qual estava ali, qual seja, a proteção da filha de seu amigo, quem ele acreditava acompanhar durante o mergulho.

Henrique, que também mergulhava com o grupo, fazia imagens de de uma garoupa quando avistou Júlia, praticamente sem forças, com o pé preso nas pedras, e imediatamente foi auxiliar a menina. Torcendo levemente o tornozelo de Júlia, conseguiu liberar a garota, mas não deixou de notar que o nível de oxigênio exibido no mostrador do cilindro já estava zerado. Sem alternativas, retirou o lastro preso na cintura de Júlia, inflou seu colete, e a menina subiu, sem qualquer parada, até a superfície.

Do barco, o funcionário da Sala dos Golfinhos conseguiu avistar a repentina chegada de um dos mergulhadores, que parecia pouco se movimentar. Ao focar melhor sua atenção, viu que se tratava de uma menina desacompanhada, e fez um sinal para Rodrigo, o salva-vidas do grupo, que em poucos segundos retirou Júlia da água. A menina mal conseguia respirar, tendo Rodrigo a colocado na garupa do jet ski e seguido em direção à praia para buscar atendimento. Júlia foi levada para a Santa Casa de Ilhabela, distante apenas duas quadras da orla.

No – até então tranquilo – acolhimento dos atendimentos emergenciais, Renata lixava suas unhas quando um homem de regata vermelha entrou na sala com uma menina desacordada nos braços,

gritando que se tratava de uma emergência. Assustada, Renata apenas indicou a entrada do pronto socorro, se esquecendo por um minuto dos protocolos de atendimento dos pacientes.

No final do corredor, Rodrigo encontrou o Dr. Guilherme, responsável pelo plantão naquele dia. Surpreendido pela presença do salva-vidas com a garota, o médico pediu para que ele se acalmasse, e perguntou o que havia acontecido. Rodrigo, então, se identificou como sendo o salva-vidas que acompanhava um grupo de mergulhadores, e que minutos atrás havia socorrido aquela menina, com evidentes sinais de barotrauma pulmonar.

Conhecedor da gravidade da situação, o médico realizou um exame de imagem, que atestou a diminuição do volume de ambos os pulmões da garota. O diagnóstico era claro: a brusca diferença de pressão externa e interna nos pulmões da menina provocou uma lesão que culminou com o acúmulo de ar entre as pleuras parietal e visceral, conhecida como pneumotórax.

Enquanto isso, o grupo de mergulhadores voltava para o barco. Antonio estava feliz e orgulhoso com o primeiro mergulho de Júlia, quando a menina que ele acompanhava retirou a máscara de bordas vermelhas e o agradeceu por toda a ajuda prestada. Antonio olhou com espanto para a menina, de aparência muito diferente da filha de seu amigo, e então começou a procurar por Júlia no meio de todas aquelas garotas. Perguntava a todos se haviam visto a menina de 12 anos perdida, quando o funcionário da Sala dos Golfinhos disse que uma garota com as características descritas por ele havia sido levada pelo salva-vidas.

A angústia tomou conta de Antônio, que não se conformava em ter perdido a menina durante o mergulho. Ao chegarem na praia, o funcionário da empresa entrou em contato com o salva-vidas Rodrigo, que disse estar na Santa Casa local, para onde eles foram. Lá chegando, Antônio prontamente identificou a filha de seu amigo. A menina estava

desacordada, sobre uma maca da UTI, ligada a aparelhos de respiração artificial. Em breve conversa, o Dr. Guilherme disse apenas que seu estado de saúde era bastante grave.

Como não conseguiria falar com Renato, por estar com a voz embargada, Antônio enviou a ele uma mensagem pelo Whatsapp, relatando o ocorrido, e dizendo que a situação era ruim. A mensagem foi lida em menos de um minuto, e tudo o que Renato pediu foi a localização de onde eles estavam.

Em menos de duas horas, Renato e Roberta estavam na Santa Casa de Ilhabela para verificarem o estado da filha. Nenhuma esperança restou após a conversa com o médico. De acordo com o Dr. Guilherme, o pneumotórax gerou uma complicação conhecida como embolia gasosa com sequelas cerebrais. Bolhas de ar percorreram as carótidas da menina, passando pelo polígono de Willis – ponto de partida das artérias que irrigam o cérebro –, e provocando múltiplos focos de isquemia cerebral, com acometimento irreversível, entre outras, da região cortical responsável pela consciência, o que eliminou a função cognitiva de Júlia, deixando-a em estado vegetativo.

Renato e Roberta estavam desolados. Ao deixarem a Santa Casa, se hospedaram em um hotel nas proximidades, onde aguardariam os horários de visita marcadas previamente. Às 18h50, pouco antes da abertura da UTI para a entrada dos parentes dos internos, Roberta, que havia chorado a tarde toda, disse que não gostaria de ver a filha naquele estado, e Renato decidiu ir para o hospital sozinho.

Havia uma pequena fila de pessoas se avolumando na porta da Santa Casa, e elas eram individualmente identificadas para acesso à curta visita de 20 minutos. Feita a conferência de sua carteira de motorista, uma pulseira vermelha foi colocada no pulso de Renato, que entrou na sala e seguiu para a maca ocupada por sua filha.

Júlia estava com a expressão serena. Imediatamente veio à mente de Renato imagens dos tempos em que ele ainda vivia junto de Roberta,

quando passava longas horas observando os filhos enquanto dormiam. Sentia-se responsável por aquela tragédia, acreditando que nada teria acontecido se ele estivesse junto da filha na hora do mergulho, embora não conseguisse culpar seu amigo Antônio, que também estava abalado com o ocorrido. Pensava na vida que Júlia poderia ter, mas não teria, nas experiências que ela poderia viver, mas não viveria. Não mais suportando toda aquela dor, decidiu que abreviaria o sono mais profundo da amada filha.

Renato observou os aparelhos ligados ao corpo de Júlia, todos conectados a um mesmo filtro de linha posicionado abaixo da bancada em que estava o prontuário da paciente. Sem que a enfermeira mais próxima pudesse perceber, ocupada que estava com a dosagem da medicação de outro paciente, ele puxou o fio que mantinha ligados os aparelhos e deixou o local.

Assim que acabou de ministrar a medicação no outro paciente, cerca de cinco minutos depois, a enfermeira foi verificar o estado de Júlia, e encontrou os painéis de diagnóstico apagados. Ficou sem reação por alguns segundos, tentando entender o que poderia ter acontecido, mas não demorou a ver a ponta da tomada desconectada da rede elétrica. Em choque, religou os aparelhos, mas já era tarde. Buscou sinais pelo corpo sem vida de Júlia, e estendeu o lençol branco sobre a cabeça da menina.

A enfermeira tentou tomar as providências cabíveis de forma discreta, mas a notícia da morte de Júlia se espalhou pelo hospital de maneira explosiva. “Como pode alguém morrer na UTI porque o aparelho foi desligado?”, era a pergunta que todos se faziam. Em menos de 10 minutos, os seguranças da Santa Casa encontraram as imagens do homem, ao lado do leito da paciente, tirando o cabo da tomada. A polícia foi acionada, e iniciadas as investigações.

Ao tomar conhecimento do ocorrido, o Delegado de Polícia estranhou não apenas as circunstâncias na morte na UTI da Santa Casa, mas a própria chegada da menina à repartição hospitalar. Pelas

informações até então existentes, ela, com apenas, 12 anos de idade, estaria mergulhando desacompanhada com um grupo organizado por uma empresa local, o que era muito incomum, para dizer o mínimo.

O proprietário da Sala dos Golfinhos, instado a prestar depoimento no Inquérito Policial, garantiu não permitir o mergulho de menores desacompanhados, embora não disponibilizasse instrutores. Disse, ainda, que não conhecia as particularidades do caso, mas que um de seus funcionários havia acompanhado o resgate da menina.

O funcionário da empresa, chamado para esclarecimentos, disse que avistou a menina no mar, a indicou ao salva-vidas para resgate, e que, ao término do mergulho, um homem se mostrou particularmente preocupado com a ausência da garota.

As investigações apontaram Antônio como sendo o homem que acompanhava a vítima durante o mergulho, e Renato como o autor do homicídio.

A vida de Renato parecia ter acabado com a morte da filha. Ele passou meses recluso em sua casa, mantendo contato com pouquíssimas pessoas nesse período. Não se preocupou com seu trabalho, nem com sua saúde, nem com suas contas, nem com mais nada.

Antônio via com tristeza a condição do amigo, e também sentia muita culpa pelo ocorrido. Tinha motivos de sobra para ajudar Renato a se reerguer, e estava disposto a isso. Pouco a pouco, auxiliou Renato a retomar suas atividades e a “colocar ordem na casa”. Apesar dos pesares, a vida tinha que seguir.

Dentre as pendências existentes, Renato verificou que os cheques passados à escola de mergulho haviam sido devolvidos pela instituição financeira por falta de pagamento, e que ele não havia feito o depósito prometido à Sala dos Golfinhos.

Essas dívidas o machucavam muito, por estarem diretamente relacionados às últimas lembranças que ele tinha da filha, mas ele próprio

não achava justo que as empresas tivessem prejuízos financeiros em razão da sua tragédia pessoal.

Em relação ao débito referente ao curso para iniciantes, com um dinheiro emprestado – na verdade, doado – por Antônio, Renato foi à escola de mergulho e efetuou o pagamento do débito, obtendo recibo da transação.

Marcos, outro sócio da Dream Dive, mais ligado às finanças, não soube do pagamento feito por Renato. Pegou a lista dos clientes devedores, os inscreveu em cadastro de inadimplentes, e enviou cópias dos cheques e dos contratos ao advogado da empresa para fazer a cobrança. No mês seguinte, Renato recebeu a citação de uma ação monitória ajuizada pela Dream Dive em seu desfavor, em que era pleiteado o pagamento do curso realizado por Júlia.

Dias depois, Renato foi citado em um processo criminal, acusado de praticar o homicídio de sua filha.

Renato, então, decide procurar um escritório de advocacia para formular os seguintes questionamentos:

1. Pretendendo pedir reparação por danos morais em razão da indevida inscrição do seu nome em cadastro de inadimplentes, sob a perspectiva exclusiva do procedimento, Renato deve ajuizar uma ação específica, ou pode formular o pedido na ação monitória ajuizada pela Dream Dive?
2. Renato tem direito a ver reparados os seus danos morais em razão da indevida inscrição no cadastro de inadimplentes?
3. Mesmo sem dinheiro para a satisfação do débito que tem com a Sala dos Golfinhos, Renato pode adimplir a obrigação de outra maneira, por exemplo, mediante entrega de parte do seu equipamento de mergulho como forma de pagamento?

4. Antônio pode ter problemas na esfera criminal em razão do evento ocorrido com Júlia?
5. Renato pode ser penalmente responsabilizado pela morte da filha, uma vez provado que ela ficaria com sequelas em caso de recuperação, tendo o pai agido unicamente para impedir o seu sofrimento?

Na condição de advogados de Renato, formulem um parecer jurídico que responda aos questionamentos apresentados de maneira fundamentada.

Comentários do elaborador

- 1) Processo Civil: Renato não precisa ajuizar uma ação específica para pleitear a indenização, podendo formular pedido condenatório em face da Dream Dive na própria ação monitória. Ao elaborar a contestação, é facultado ao réu a propositura da chamada “reconvenção” para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa, nos termos do art. 343, *caput*, do CPC. Nesse sentido, é importante destacar a lição de Fredie Didier Jr, no sentido de que “o procedimento para a demanda reconvenicional tem de ser compatível com o procedimento da causa principal”, sendo certo que “cabe reconvenção em ação monitória”, na medida em que o procedimento se converte em ordinário, segundo a súmula 292 do STJ (*Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2017. 19. ed. p. 745), de modo que não há óbice técnico

algum à elaboração do requerimento condenatório no que diz respeito a aspectos do Processo Civil.

2) Direito do Consumidor: Renato não tem direito a ver reparados os seus danos morais, a despeito da indevida inscrição no cadastro de inadimplentes. O texto revela que ele já se encontrava endividado e com seu nome negativado (“estava com o limite do seu cartão de crédito estourado e, pela primeira vez, com o nome inscrito em um cadastro de devedores”), o que afasta o direito à indenização, na forma da súmula 385 do STJ, segundo a qual “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”. Nos dizeres de Flávio Tartuce, citando Cláudia Lima Marques, “a Súmula 385 acabou por criar excludente para o fornecedor que efetivamente erra e ainda uma escusa de antemão de todos os erros dos fornecedores e da abertura de cadastros irregulares (que ficam sem qualquer punição), caso o consumidor tenha um – e somente um – problema anterior, em que se considerou ‘legítima’ a inscrição ‘preexistente’” (*Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. São Paulo: Método, 2016). Assim, em que pese a indevida negativação, Renato não deverá ser indenizado, restando a ele a possibilidade de solicitar a retirada da restrição indevida, comprovado o pagamento do curso de mergulho mediante a apresentação do competente recibo.

3) Direito Civil: o ordenamento jurídico brasileiro permite que Renato satisfaça seu débito com a Sala dos Golfinhos mediante a entrega de parte do seu equipamento de

mergulho, modalidade de adimplemento das obrigações que se amolda ao conceito de dação em pagamento, caracterizada pelo “acordo liberatório, feito entre credor e devedor, em que o credor consente com a entrega de uma coisa diversa da avençada (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2008. 23. ed. p. 279/280). É importante ressaltar que, para tanto, deve existir a concordância do credor, conforme estatuído pelo próprio art. 356 do CC. Assim, caso exista a anuência da empresa Sala dos Golfinhos com essa forma de pagamento, haverá a extinção da obrigação com a entrega dos equipamentos de mergulho, sendo a prestação considerada plenamente adimplida.

- 4) Direito Penal: A resposta deverá abordar o instituto jurídico-penal do erro, previsto no art. 20 do CP (seja escusável ou inescusável), conceituando-o corretamente e analisando suas implicações sobre a conduta dolosa do agente. A seguir, deixar claro que o amigo de Renato, ao aceitar o encargo de cuidar da menina durante o mergulho, assumiu a posição de “garante”, caso em que a sua omissão é considerada penalmente relevante por ter ele o dever de evitar o resultado ao assumir tal responsabilidade (art. 13, §2º, II, do CP). No caso, Antônio, por um engano, não direcionou seus cuidados a Júlia. Houve o chamado “erro de tipo”, quando o agente tem falsa percepção da realidade, que pode perfeitamente ocorrer nos crimes omissivos impróprios, a exemplo da omissão de socorro, como no caso em que “o agente não presta socorro, podendo fazê-lo, ignorando que se trata de seu filho, que morre afogado” (Bitencourt, CEZAR ROBERTO. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. 16. ed. p. 448). Quando Antônio passou a

exercer vigilância sobre outra menina, incorreu em um equívoco, ignorando sua posição de garante em relação à pessoa que deveria dirigir seus cuidados, Júlia, a filha de seu amigo Renato. Caso o equívoco de Antônio seja considerado escusável (invencível, inevitável, desculpável), haverá exclusão do dolo e da culpa, não sofrendo sanção criminal em razão da morte de Júlia. No entanto, caso o equívoco de Antônio seja considerado inescusável (vencível, evitável, indesculpável), haverá exclusão do dolo, mas não da culpa, sendo ele criminalmente responsabilizado pelo homicídio culposo de Júlia. Vale ressaltar que o parecer deve concluir por uma ou outra solução.

- 5) Direito Constitucional: é bastante questionável a possibilidade de responsabilização penal de Renato em casos como o apresentado. Há conflito do direito à vida com o direito à dignidade, que, como todos os direitos fundamentais, devem ser harmonizados. Não houve a prática de eutanásia (ação intencional para apressar ou provocar a morte, considerada homicídio, ainda que na modalidade privilegiada), mas de ortotanásia (não combate da morte com métodos extraordinários), admitida até mesmo em uma Resolução do Conselho Federal de Medicina no caso de doentes em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal. Ingo Sarlet, citado por Pedro Lenza, entende que o assunto é polêmico e está em discussão, mas a ideia de bom senso, prudência e razoabilidade deve ser considerada, sendo que não há vedação ao direito de morrer com dignidade (Direito Constitucional Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2017. 21. ed. p. 1122).

1.5 MELHORES PARECERES – 2º BIMESTRE

PARECER JURÍDICO

Assunto: Redução de pena por homicídio doloso.

Consultante: Renato

EMENTA: CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, RECONVEÇÃO, REVELIA, CÓDIGO DO CONSUMIDOR, IMEDIATA CORREÇÃO INEXATA DOS DADOS DE CADASTROS, CÓDIGO CIVIL, DAÇÃO EM PAGAMENTO, DIREITO PENAL, ERRO DE TIPO, CRIME DOLOSO, CONSTITUCIONAL, DIREITO À VIDA.

Trata-se de uma consulta formulada por Renato sobre o acidente que resultou em tragédia, transformando-o em autor do homicídio de sua filha.

O consultante, pai de Julia, experiente em mergulho prometeu a sua filha que a levaria a uma aventura envolvendo sua maior paixão: mar e peixes. Contudo, Renato não poderia levá-la sem antes passar por uma preparação, sendo assim a matriculou na escola de mergulho “Dream Dive”, a qual já havia matriculado seu filho mais velho, mantendo bons relacionamentos com os proprietários da instituição. Por conta disso, negociou os valores fazendo o pagamento com três cheques pré-datados, pois estava passando por dificuldades financeiras.

Após seu bom rendimento ao que era passado em aula, foi avisado que a menina já estava apta a realizar o tipo de viagem programada pelo pai, com a condição de um acompanhante mais graduado. Ao fazer a procuração de empresas de mergulho, encontrou “Sala dos Golfinhos”, cuja forma de pagamento era mais viável às condições em que ele se encontrava. A empresa disponibilizava embarcações, apoio de salva vidas e todo equipamento necessário para mergulho; entretanto, os instrutores acompanhantes durante o

percurso não era incluso ao pacote contratado, sendo necessária a apresentação de um certificado de habilitação. Como ambos já tinham o documento de aptidão em mãos, o consulente reservou duas vagas para que conseguisse acompanhar sua filha.

Nas vésperas do passeio, foram feitas propostas para que o genitor trabalhasse todo o final de semana. Devido às más condições financeiras, o mesmo não pôde negar a proposta e também não queria frustrar sua filha, que estava empolgada para o grande dia. Sendo assim, Renato entra em contato com Antônio, um velho amigo de mergulho, que por sua vez, também possuía muita experiência na área, pedindo para que ele acompanhasse Julia que aceitou de prontidão seu pedido.

No dia seguinte, ambos saíram de viagem em destino a Ilhabela, chegando lá encontraram o grupo de mergulhadores reunidos e partiram para a área em que fariam o mergulho. Pouco antes de chegar ao local, um funcionário da empresa contratada, deu os equipamentos para que os mergulhadores fizessem o passeio seguros. Todos escolheram seus equipamentos e Julia ficou com a máscara de bordas vermelhas, que se destacava das demais, para a felicidade de Antônio, pois seria fácil de identificar sua acompanhante. Todavia, o mesmo não se atentou que a filha de seu amigo havia trocado de equipamento com a garota ao seu lado, passando a ficar com a de bordas verdes.

Durante todo o mergulho, Antônio acompanhou a menina de máscaras vermelhas, fazendo que Julia seguisse o mergulho solo, descendo a uma grande profundidade, que acabou enroscando seu pé esquerdo na junção de duas rochas. Como estava sozinha, fazia o máximo de forças que conseguia para se salvar, provocando exagerado consumo de oxigênio, conseqüentemente zerando o oxigênio de seu cilindro.

Antônio observou a cena optando por não agir, pois temia que algo acontecesse com a filha de seu amigo, a qual possivelmente estava mergulhando a sua frente.

Ao ser notada por Henrique, outro mergulhador, que estava gravando o passeio, imediatamente foi auxiliada e liberada das rochas. Sem oxigênio, e com coletes, Julia subiu até a superfície.

Um funcionário da Sala de Golfinhos percebeu a chegada quase inerte de um dos mergulhadores e viu que se tratava de uma menina desacompanhada, alertando o salva-vidas que em pouco tempo fez a retirada da garota de dentro do mar. Logo em seguida a vítima foi deslocada para a Santa Casa de Ilhabela.

Ao chegar ao destino Rodrigo (Salva Vidas) encontrou Dr. Guilherme narrando o que havia acabado de acontecer evidenciando sinais de barotrauma pulmonar. Após a realização de um exame de imagem foi notado uma diminuição do volume de ambos os pulmões de Julia, com esse diagnóstico foi constatado que houve uma lesão a qual culminou em um acúmulo de ar entre as pleuras parietal e visceral, denominado pneumotórax.

No final do percurso, com a retirada dos equipamentos, Antônio percebeu que havia acompanhado a menina errada, espantado, começou procurar a filha de seu amigo e foi informado que a garota se encontrava no hospital. Chegando lá, encontrou-a desacordada, sobre uma maca da UTI, com auxílio de aparelho respiratório artificial.

Em seguida, Renato foi avisado do estado de sua filha e recebeu a localização de onde estava. Em menos de duas horas o pai chegou acompanhado com a mãe de Julia e receberam a notícia que o pneumotórax havia se complicado gerando embolia gasosa com sequelas cerebrais, provocando múltiplos focos de isquemia cerebral o que afetava a função cognitiva de Julia a deixando em estado vegetativo.

Com o horário de visitas liberado, Roberta se recusou a visitar Julia, pois não queria se deparar com aquela cena infeliz, fazendo com que Renato a visitasse sozinho. Chegando perto de sua filha, a avistou com uma expressão serena, trazendo com ele todas as lembranças que já haviam vivido antes da tragédia, - acreditando que a culpa de todo o ocorrido era dele, por não ter acompanhado o mergulho da menina - logo em seguida, não suportando mais o fato de saber que sua filha não sairia bem desta situação, resolveu desligar

os aparelhos que até então, davam vida para a garota, provocando uma morte menos dolorosa.

Em poucos minutos, o desligamento das máquinas foi notado por uma enfermeira. Sem mais o que fazer e com o assunto predominando os corredores do hospital, os seguranças da Santa Casa acompanharam toda a movimentação de Renato pouco antes do fato pela câmera, e o visualizaram efetuando a parada dos aparelhos. Todo essa história fez com que o Delegado estranhasse o caso em questão, não apenas com a morte, mas também com a chegada de Julia na unidade de saúde, pois com apenas 12 anos estava realizando o mergulho sozinha, passeio esse, organizado por uma empresa local.

Porém, no depoimento prestado pelo proprietário da Sala de Golfinhos no Inquérito Policial, foi informado que não era permitido o mergulho de menores desacompanhados, embora não disponibilizasse instrutores. Assim, um funcionário da empresa alegou também, ter visto uma menina no mar e indicado ao salva-vidas para o resgate.

Foi concluído, após os depoimentos, que Antônio seria o responsável acompanhante da vítima durante o mergulho, e Renato o autor do homicídio.

Como se não bastasse toda a frustração do pai da vítima, as dívidas permaneceram, tendo o autor do homicídio, que arcar com o pagamento. Como tinha consciência de que os credores de nada tinham a ver com a tragédia que envolvia sua filha, pegou dinheiro emprestado(doado) com Antônio, para efetuar o pagamento à escola de mergulho, obtendo recibo da transação.

Outro sócio da empresa, que acabara de receber o débito, não soube do pagamento, fazendo a inscrição de Renato no cadastro de inadimplentes, enviando junto os cheques dos contratos ao advogado da empresa para fazer a cobrança. No mês seguinte, chegou ao seu endereço uma citação de ação monitória, pleiteando o pagamento do curso realizado por Julia.

É o relatório.

Passamos a opinar.

Renato terá que formular o pedido na ação monitória ajuizada pela Dream Dive, solicitando o reparo dos danos morais que foram feridos. Sendo assim, logo que citado na petição inicial, o réu pode contestar o pedido feito pela instituição e deve, em seguida, reconvir o processo. Tendo em vista que, se não fizer a contestação, ocorrerá a revelia, pois se darão como verdadeiros os fatos narrado pelo autor.

Código de Processo Civil:

Art. 343 - Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

Art. 344 - Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Renato tem direito a ver reparados em seus danos morais por ter sido indevidamente cadastrado no banco de dados, tendo em vista que não é devedor contumaz (aquele que sempre deve). Pois ao ser cobrado de uma conta já paga, ele é exposto a constrangimento moral, podendo no entanto, reparar esse dano por informação falsa, incorreta e enganosa, prevista no artigo 71 do CDC. Além disso, vale ressaltar que o consulente deverá exigir que seja feita a imediata correção no banco de dados, devida a inexatidão de inscrição de seu nome na lista de inadimplentes, tendo o arquivista a obrigação de efetuar a retirada no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, como é previsto no artigo 43, §3º, do CDC.

Código de Defesa do Consumidor:

Art. 43 - O consumidor, [...] terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre suas respectivas fontes.
[...]

§ 3º. O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastro, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

Art. 71 - Utilizar, na cobrança de dívida, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Como Renato estava passando por dificuldades financeiras, se fosse solicitado e acordado com a empresa Sala dos Golfinhos, poderia o devedor, adimplir sua obrigação entregando parte do seu equipamento de mergulho como forma de pagamento (dação em pagamento), como é assegurado no artigo 356, Código Civil.

Código Civil:

Art. 356 - O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

Na esfera penal, Antônio também terá responsabilidade sobre o caso: por omissão, pois o terceiro estava em posição de garante, ou seja, tinha o

dever de agir, haja vista que o mesmo prometeu/afirmou em palavras a garantia de segurança alheia (da filha de seu amigo), artigo 13, §2º, al. a,b,c. Todavia, haverá exclusão de dolo, permanecendo a culpa e permitindo a punição por crime culposo, pois nota-se que houve erro de tipo no caso ocorrido, artigo 20, do Código Penal.

Código Penal:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Renato será penalmente responsabilizado pois feriu gravemente o direito à vida de Julia, considerando que a vítima, mesmo com sequelas, poderia viver, ainda assim optou por praticar Eutanásia em sua filha ao desligar os aparelhos. Diante disso, o mesmo responde por crime doloso, o qual há intenção de matar - artigo 18, inc. I CP - tendo consciência do crime que estava cometendo. Todavia, deverá haver redução de pena devido ao relevante valor moral, - artigo 121, §1º, CP - pois o feito praticado pelo pai foi apenas para poupar a dor e o sofrimento de sua filha.

Constituição Federal:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à propriedade.

Direito Penal:

Art. 18 - Diz-se o crime:

[...]

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

Art.121 - Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena:

§1º - Se o agente comete crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, u sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Em face do exposto, tomando por base as informações trazidas pelo consulente, opina-se que o mesmo, perante a legislação vigente, apesar de culpado pelo homicídio, deverá ter sua pena reduzida. Além de ter seu direito ao reparo dos danos morais causados pela Dream Dive devido a inexatidão na inscrição de seu nome no cadastro de inadimplentes, devendo reconvir o pedido.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Mococa, 12 de novembro, de 2018

Larissa Campos e Lucas Caixeta

17000379/ 17000959

PARECER JURÍDICO

Assuntos: Indenização por indevida inscrição no cadastro de inadimplentes, ação monitória, obrigação de pagamento, responsabilidade de prestar socorro, crime contra a vida.

Consultante: Renato

EMENTA: DIREITO PENAL. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL. ENQUADRAMENTO NO ART. 121. CADASTRO INADEQUADO DE INADIMPLÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. MODO QUE OCORRE O PROCESSO PARA AJUIZAR UMA AÇÃO REFERENTE AO CADASTRO INADEQUADO.

Renato submete à nossa apreciação problema do tipo penal concernente à sua possível responsabilização por Homicídio de sua filha dentre outros quesitos processuais, cíveis, constitucionais e a respeito do Código de Defesa do Consumidor.

O consultante esclarece ser mergulhador profissional tendo em sua carreira uma vasta carga de experiência nos mares da costa brasileira. O mergulhador tem uma filha pequena chamada Julia, que se encantava com as fotos tiradas nos mergulhos e sempre foi apaixonada pelo mar. Quando estava para completar seus 12 anos, pediu ao pai para que providenciasse seu primeiro mergulho.

O mesmo informa que, mesmo com algumas contas atrasadas e a crise que enfrentava naquela época, tendo até mesmo, seu nome cadastrado no SERASA/SPC pela primeira vez, providenciou uma escola preparatória para mergulhos a qual matriculou sua filha. Após dias de treinamento e com todo empenho de Julia para conclusão do curso, recebeu sua tão esperada licença para mergulhar com o acompanhamento de um responsável.

Consultante aborda que após a conclusão do curso, marcou uma viagem para Ilha Bela, local onde iria fazer o batismo de sua filha. Entretanto, no dia datado para o mergulho, foi ofertado a Renato um serviço que lhe renderia um bom dinheiro e como havia contas para serem pagas, pediu para um amigo, também mergulhador profissional, para acompanhar sua filha. Antonio então seria responsável pelo primeiro mergulho de Julia.

No passeio, tudo ocorria bem, Antônio e Julia estavam preparando pra o mergulho. Antônio colocava sua roupa de mergulho e reparou bem na cor da mascara de Julia, era vermelha e bem chamativa, o que facilitava sua marcação. Quando estava todos mergulhando, a filha de Renato, sem que Antônio estivesse olhando, trocou a mascara com uma menina, pois a sua estava muito grande para seu rosto.

Na hora que todos estavam dentro debaixo d'água o amigo de Renato começou a acompanhar a menina de máscara vermelha, pensando que era a Júlia, enquanto a mesma mergulhava sozinha pelos corais. Júlia, ao se aproximar muito das pedras, agarrou seu pé e não conseguiu tirar, se debatendo e consumindo mais oxigênio do que poderia.

Antônio viu a cena, mas decidiu não ajudar e acompanhar a menina em seu mergulho. Outro mergulhador avistou a menina presa nas pedras e foi socorrer. Assim que chegou, tirou o pé que estava preso nas pedras e puxou o colete pois ela estava sem oxigênio e poderia não aguentar ficar mais alguns instantes ali.

A subida sem nenhuma pausa gerou graves danos a menina, a pressão sobre os pulmões haviam gerado sequelas no cérebro da menina que após a situação ficou em coma. Posteriormente, Antônio ficou sabendo do paradeiro da filha de seu amigo, foi ao hospital, informou a situação aos pais e esperou os resultados dos médicos.

Os médicos informaram que o estado da menina era grave. O consultante, sozinho na sala junto à filha, revivendo os momentos bons em suas lembranças e querendo acabar com todo aquele sofrimento, desligou os aparelhos que mantinham Júlia viva
Após os acontecimentos, o consultante

Diante de tais fatos, o consultante indaga-nos a respeito de como se enquadra seu ato dentro do Código Penal juntamente sobre outras situações, posteriores ao fato. Para dar rendimento ao parecer e com intuito de isolar em tópicos para melhor discernimento às questões retratadas, formulamos 5 quesitos para os quais solicita-nos nossa manifestação de forma clara e objetiva. Quesitos:

1 – Pretendendo pedir reparação por danos morais em razão da indevida inscrição do seu nome em cadastro de inadimplentes, sob a perspectiva exclusiva do procedimento, Renato deve ajuizar uma ação específica, ou pode formular o pedido na ação monitória ajuizada pela Dream Dive?

2 – Renato tem direito a ver reparados os seus danos morais em razão da indevida inscrição no cadastro de inadimplentes?

3 – Mesmo sem dinheiro para a satisfação do débito que tem com a Sala dos Golfinhos, Renato pode adimplir a obrigação de outra maneira, por exemplo, mediante entrega de parte do seu equipamento de mergulho como forma de pagamento?

4 – Antônio pode ter problemas na esfera criminal em razão do evento ocorrido com Júlia?

5 – Renato pode ser penalmente responsabilizado pela morte da filha, uma vez provado que ela ficaria com sequelas em caso de recuperação, tendo o pai agido unicamente para impedir o seu sofrimento?

É o relatório.

Passamos a opinar.

I. Do Parecer

1 – MEIOS E O PROCEDIMENTOS DE AJUIZAR UMA AÇÃO – INADEQUATO CADASTRO DE INADIMPLENTO

A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias. O procedimento monitório encontra-se previsto nos artigos 700 a 702, do novo Código de Processo Civil, no Título III, referente aos procedimentos especiais, no Capítulo XI, intitulado: “Da ação monitória”.

Como melhor técnica aponta-se a nomenclatura “procedimento monitório”, porquanto a expressão “ação” representaria o direito público subjetivo de invocar a tutela jurisdicional, independentemente da pretensão manifestada pela parte autora. No entanto, não é incomum a utilização do termo “ação” significando “procedimento”.

Segundo prescreve o artigo 700, do NCPC, a ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz: I - o pagamento de quantia em dinheiro; II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel; III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.

De início, é possível ver que o NCPC trouxe o aumento do objeto da demanda monitória, uma vez que o Código de 1973, previa apenas a possibilidade de cabimento nas obrigações de pagar quantia certa ou de entrega de coisa móvel fungível ou infungível. Não compreendia, portanto, as obrigações de fazer ou não fazer e de entrega de bem imóvel.

Respondendo ao quesito na ação de monitória, é possível ajuizar o pedido de danos morais com base no princípio da reconvenção. Um instituto de direito processual, pelo qual o réu formula uma pretensão contra o autor da ação. No procedimento comum o réu pode, simultaneamente com a contestação, formular uma pretensão contra o autor da ação, referente ao caso do consulente, a contestação a qual alega o realização do pagamento do debito é acompanhada da pretensão de danos morais.

Entendimento dos tribunais superiores:

Ementa: RESPONSABILIDADE

CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. QUITAÇÃO DA DÍVIDA APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO MONITÓRIA NA VIA ADMINISTRATIVA. OMISSÃO NA CONDUTA DA CAIXA ECONOMICA FEDERAL EM INSISTIR NA ESFERA JUDICIAL NA COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ QUITADA. REDUÇÃO DO MONTANTE ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. O autor pretende reparação de danos morais e materiais por cobrança indevida, decorrente de ação monitória, enquanto a dívida já se encontrava quitada, o que teria lhe causado constrangimento e dano material.

TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 1624 BA 0001624-37.2005.4.01.3301 (TRF-1)

2 – CADASTRO NO SPC/SERASA – DIREITOS DO INADIMPLENTE/ REPARAÇÃO DE DANOS

A Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) é o mais importante instrumento para a defesa da parte mais fraca em qualquer tipo de relação de consumo. Tal instrumento, na seção VI e voltado ao caso presente, expressa sobre o banco de dados e o cadastro do consumidor:

SEÇÃO VI

Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, 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.

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

Essa cobrança indevida é caracterizada pelo código como um tipo de cobrança abusiva, a qual Sabe-se que há responsabilidade passiva solidária entre a empresa que promove a inclusão do nome do consumidor em cadastros de inadimplentes e a entidade arquivista administradora dos respectivos bancos de dados. O consumidor lesado pela indevida inclusão de seu nome em órgãos de proteção ao crédito tem o direito de processar ou a empresa que determinou o registro ou o órgão que, procedendo ao registro, divulgou os dados inverídicos, ou ambos, haja vista que a responsabilidade deles é solidária e objetiva, vez que o ato que praticaram (inserir e divulgar) é consequente e gerador de dano moral, ensejando a devida reparação civil, nos termos do parágrafo único dos artigos 7º e 34, do CDC c/c art. 275 do CC.

Considera-se dano moral quando uma pessoa se acha afetada em seu ânimo psíquico, moral e intelectual, seja por ofensa à sua honra, na sua privacidade, intimidade, imagem, nome ou em seu próprio corpo físico, e poderá estender-se ao dano patrimonial se a ofensa de alguma forma impedir ou dificultar atividade. Entretanto, Renato antes mesmo do inadequado cadastro feito pela Dream Dive, já tinha algumas dívidas e decorrente delas, cadastros de inadimplemento no SPC/SERASA. Esse cadastros anteriores têm por consequências a perda do dano moral feito pelo cadastro que fundamentaria a ação de indenização anteriormente dita. Os tribunais expressam que se o cadastro inadequado do indivíduo no SPC/SERASA for referente a um devedor contumaz, a indenização por danos morais é imporcedente, pois o constrangimento/dano a honra não existiria, sendo que a prática de não pagamento é feita com frequência pelo indivíduo, este é o entendimento do STJ nos termos da Súmula 385.

“Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Data de Publicação - DJe 8-6-2009”

A doutrina reprecende totalmente esse posicionamento entendendo que ainda que se trate de um devedor contumaz este possui direitos e, portanto, poderia pleitear indenização, caso a última inscrição venha ser irregular.

Ao nosso parecer fizemos nosso entendimento igual do superior tribunal de justiça acompanhando a decisão dos nossos magistrados superiores, concluindo que não é do que se falar em danos morais.

Ementa:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. CONTRATO BANCÁRIO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA 385 DO STJ “DA ANOTAÇÃO IRREGULAR EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. NÃO CABE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. QUANDO PREEXISTENTE LEGÍTIMA INSCRIÇÃO. RESSALVANDO O DIREITO AO CANCELAMENTO”. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. IDÊNTICO SUPORTE FÁTICO. APELO DESPROVIDO.

(Apelação Cível Nº 70053866042. Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 24/04/2013)

3 – OBRIGAÇÃO DE DAR – COISA CERTA – FORMA DE PAGAR O INADIMPLEMENTO

O Código Civil em sua parte especial título I, no capítulo I, na seção I, expressa sobre as relações jurídicas entre as pessoas jurídicas e físicas. Na seção I estão citas os meios aos quais as obrigações devem ser feitas abordando sobre a obrigação de dar coisa certa, como no caso de Renato que deve pagar para Sala dos golfinhos. A respeito disso e com o inadimplemento da dívida o Instituto nos conduz ao

TÍTULO III

Do Adimplemento e Extinção das Obrigações

CAPÍTULO I

Do Pagamento

Seção III

Do Objeto do Pagamento e Sua Prova

Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

Como agasalha o artigo exposto o credor não é obrigado a aceitar o equipamento de mergulho, mesmo que sendo mais valioso, salvo se houver acordo entre as partes, ocorrendo assim a extinção da obrigação. Portanto, se o credor não concordar com a quitação da obrigação através do equipamento de mergulho, Renato terá que pagar exatamente o que havia acordado anteriormente.

Para que o solutio tenha o efeito de extinguir a obrigação, ela deve guardar estreita harmonia com o objeto da prestação, Assim, o pagamento deve coincidir com a coisa devida, entregando-se o bem prometido (obrigação de dar), praticando (obrigações de fazer) ou se abstendo de praticar determinado ato (obrigações de não fazer). Segundo Pereira, o objeto do pagamento “deve reunir a identidade, a integridade e a indivisibilidade, isto é: o solvens tem de prestar o devido, todo o devido, e por inteiro”. Assim, o credor não será obrigado a aceitar coisa que não esteja em perfeita conformidade ao objeto da obrigação, ainda que de valor superior, uma vez que a entrega de objeto diverso não sole a obrigação. Nesses casos, para que se dê a quitação do débito, haverá necessidade de concordância do credor, caso em que se dará a extinção da obrigação por dação em pagamento (CC arts. 356 a 359). O pagamento de indenização em sub-rogação ao cumprimento da prestação não é pagamento em sentido técnico, dado que não guarda perfeita identidade com o objeto da obrigação. O credor tem

direito á coisa devida, mas, na sua falta, tem a faculdade de receber o substitutivo (perdas e danos).

Pereira, Caio Mário da Silva. Teoria Geral das Obrigações, Rio de Janeiro: Forense, p. 183.

4 – RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS – PRESTAR SOCORRO À VITIMA

Para melhor entendimento do quesito feito pelo consulente referente ao Antônio, sobre possíveis problemas na esfera criminal, reformulamos parte essencial dos fatos: Durante o mergulho, Antônio viu que tinha uma criança presa nas pedras claramente necessitando de ajuda, porém se absteve de prestar socorro. A conduta realizada caracteriza omissão de socorro, criminal putável, pelo Código Penal:

Omissão de socorro Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

O objetivo colocado no texto do art. 135 do Código Penal é no sentido de não fazer algo, ou seja, não prestar assistência, não assistir, não ajudar, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. Somente responderá pelo delito de omissão de socorro o agente que podia prestar a assistência sem risco pessoal. Havendo risco para o agente, o fato será atípico no que diz respeito à sua assistência direta, mas não o exime de responsabilidade, se também, podendo, não procura socorro com a autoridade pública. 582 Não havendo possibilidade de assunção de qualquer dos comportamentos, vale dizer, prestar diretamente a assistência, ou buscar o socorro da autoridade pública competente, o fato será atípico. Questão que deve ser esclarecida diz respeito a quem se amolda ao conceito de autoridade pública. Juízes, promotores de justiça, por exemplo, gozam do status de autoridade pública. Mas será essa autoridade a que se refere a lei penal? Obviamente que não, mas, sim, àquelas que, por definição legal, tenham o dever de afastar o perigo, como acontece com os bombeiros e policiais. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci preleciona que autoridade pública “não é qualquer ‘autoridade pública’, ou seja, funcionário do Estado que tem a obrigação de atender aos pedidos de socorro. Por outro lado, é dever de quem aciona a autoridade buscar quem realmente pode prestar assistência. Muito fácil seria, para alguém se desvincular do dever de buscar ajuda concreta, ligar, por exemplo, para a casa de um Promotor de Justiça – que não tem essa função pública – dizendo que há um ferido no meio da rua, aguardando socorro. É curial que o indivíduo acione os órgãos competentes, como a polícia ou os bombeiros”.

Rogério Greco, Código penal comentado, Rio de Janeiro 2017, p. 581.

Seguindo esse raciocínio, reformulamos o seguinte parecer a este quesito: Antônio pode responder na esfera criminal pelo art. 135, referente a à omissão de socorro. No caso presente, era essencial que antonio prestasse ajuda à criança que estava presa nas pedras, pois tinha conhecimento tecnico e não correria risco de morte a situação tratada.

5 – DIREITO PENAL/DIREITO CONSTITUCIONAL – CRIMES CONTRA VIDA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nota explicativa: No sistema jurídico brasileiro encontramos designados tanto a Ciência do Direito quanto o Direito Positivo, que podem ser mal interpretadas devido ao vocabulário rebuscado. Referente ao direito positivo que, de uma forma mais simples, representa a lei escrita, abrimos a possibilidade de diversas interpretações de doutrinadores e magistrados, o que pode dificultar ainda mais a compreensão.

O Código Penal por sua vez, representa uma parte do nosso ordenamento jurídico positivado. É considerado como um ramo do Direito encarregado de definir as infrações penais e encaminhar-lhes as respectivas sanções.

A razão de ser de todo Estado de Direito Democrático é propiciar o bem-estar e o pleno desenvolvimento do ser humano em seus mais variados aspectos, de forma igualitária, digna e respeitosa aos seus direitos fundamentais. A razão, enfim, de ser do próprio Estado é a vida do ser humano. Para atingir tal desiderato, o legislador elege bens e interesses de especial relevância, destacando, de forma excepcional, aqueles de maior importância, que são objeto de lei penal.

Entre os assuntos tratados pelo texto maior é abordado na parte especial, título I, os crimes contra a vida, o qual expõe a matéria do quinto quesito elencado pelo consulente.

A morte provocada com o desligamento dos aparelhos de Julia por Renato, a fim de abreviar o seu sofrimento, caracteriza Eutanásia. O agente, impulsionado pelo desejo de fazer cessar o seu sofrimento ao ver a filha naquele estado, age de forma dolosa e penalmente putável pelo instituto de Direito Penal. Sua conduta é conceituada como homicídio qualificado, expresso no art. 121, §1º

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Penal no seu artigo 121 o Código Penal tem como objeto tutelado, a vida da pessoa humana. O legislador teve como objetivo a punibilidade de ações que põe em risco a integridade física e moral da pessoa humana, colocando em pauta as condutas que agravam ou diminuem a pena. O artigo apresenta as seguintes figuras de homicídio: simples (art.121, caput), privilegiado (§1º), qualificado (§2º), culposo simples (§3º) e culposo qualificado (§4º); o último parágrafo do artigo (§5º) diz respeito à especial hipótese de perdão judicial, aplicável ao homicídio culposo.

Para análise desta questão, é fundamental pinçarmos o disposto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal que assegura, dentre outras coisas, o direito à vida. Por outro lado, o inciso III do mesmo artigo reprime expressamente tratamentos degradantes como a tortura, e coibir práticas incompatíveis com uma sociedade democrática. Ademais, é igualmente importante o artigo 1º, III, que garante dignidade à pessoa humana. Para conceber um entendimento da eutanásia sob a luz da Constituição, é necessária a conjugação de todos os elementos mencionados. A interpretação da norma constitucional é uma atividade política e deve obedecer às necessidades e tendências da sociedade. A fim de melhor atender as premissas constitucionais.

Juntamente à Constituição Federal o Código Penal rege pelo princípio à vida. Sendo a pratica da eutanásia inconstitucional e expressamente vetada pelo ordenamento jurídico. Conclui-se que, a conduta do consulente não é uma prática legal em nosso ordenamento jurídico, de forma direta ou indireta, o agente que a pratica será tratado como homicídio simples, previsto no Art.121 do Código Penal.

Advogados: ARTHUR LOPES SIMONINI ROCHA GOMES

IGOR JOSÉ BARION

OAB

Referências Bibliográficas:

<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/395825941/entenda-a-acao-monitoria-no-novo-cpc/amp> Acesso em novembro de 2018.

www.jusbrasil.com.br Acessado diversas vezes durante a elaboração do parecer.

<https://eutenhodireito.com.br/fases-do-procedimento-comum-novo-cpc/> Acesso em 02 de novembro de 2018.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acessado diversas vezes durante a elaboração do parecer.

<http://lelivros.love/categoria/direito/> Acessado diversas vezes durante a elaboração do parecer.

<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/ortotanasia.htm> Acesso em 01 novembro de 2018.

<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/8733/935-Codigo-Penal-Comentado-Rogério-Greco.pdf> Acesso em 31 de outubro de 2018.

<https://www.direitocom.com/codigo-civil-comentado> Acesso em 31 de outubro de 2018.

2 4º MÓDULO – 2018-2

2.1 PROFESSORES ORIENTADORES

Cyro Gilberto Sanseverino - Coordenador Direito

Ildelisa Cabral

Juliano Vieira Zappia

Luiz Francisco Araújo Soeiro Faria

Rosana Ribeiro da Silva

William Cardozo Silva

2.2 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 1º BIMESTRE

PROJETO INTEGRADO 2018.2

4º Módulo - Direito

DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE

Os alunos, individualmente ou em duplas ou trios (mantidas as formações do bimestre anterior), devem elaborar um Parecer Jurídico Interdisciplinar (cujos modelos, à sua escolha, estão à disposição no *Google Classroom*) que aborde todas as unidades de estudo do módulo a partir do caso hipotético apresentado abaixo.

OBJETIVOS

Auxiliar o aluno a preparar-se para que ele seja:

- competente do ponto de vista técnico, político e ético, plenamente cômico de sua responsabilidade na tomada de decisões;
- preparado para problematizar o processo de trabalho no campo do Direito, explorando suas contradições em favor das demandas legítimas da sociedade brasileira;
- capaz de analisar, interpretar e aplicar os conhecimentos adquiridos no curso, buscando novas respostas aos problemas apresentados, exercitando sua autonomia técnico-intelectual;
- comprometido com a formação permanente, com o diálogo e com a convivência guiada pela ética da solidariedade, preocupado com os problemas de seu tempo e de seu espaço;
- apto a constituir-se referência de qualidade nos serviços por ele prestados, individual, associada ou coletivamente, ensinando e desenvolvendo a cidadania pelo exemplo ativo e atuante;
- competente para identificar necessidades individuais e coletivas, interferindo na alteração do perfil social, econômico e político do

país, desenvolvendo formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos;

- dotado de sólida formação humanística, técnica e prática, compreendendo a complexidade do fenômeno jurídico e as transformações sociais, bem como a gênese, fundamentos, evolução e conteúdo do ordenamento jurídico vigente.

INSTRUÇÕES

- O Parecer Jurídico será elaborado tendo como base o caso hipotético anexo, em que deverão ser respondidos questionamentos formulados no formato de consulta.
- Não haverá orientação **específica** dos docentes para a solução dos questionamentos formulados, todavia, eles **deverão abordar os conteúdos, ainda que superficialmente, em suas aulas**. Espera-se que os estudantes busquem as informações necessárias e complementares em todos os meios disponíveis (material de aula, biblioteca, *sites* jurídicos, entrevistas com profissionais da área, pesquisa de campo, etc), uma vez que o caso não é fácil e a solução não é óbvia.
- Cada grupo deverá entregar um único Parecer Jurídico em formato digital (**arquivo.pdf**), enviando o arquivo na pasta do *Google Classroom* dedicada à sua entrega.
- **Prazo de entrega: 15/09/2018**
- **O padrão de resposta esperado será divulgado no dia 16/09/2018**

PONTUAÇÃO:

O valor máximo a ser acrescido na nota P1 de cada um dos professores das unidades presenciais do módulo será o de dois pontos. O valor a ser atribuído será o resultado da média obtida pela soma das notas individuais dos professores, dividida por cinco, admitindo-se apenas um décimo após a vírgula e sem aproximação. As notas dos professores serão atribuídas da seguinte forma:

- 0,0 (zero), caso não seja entregue o parecer no prazo

- 0,5 (meio), caso o parecer seja considerado ruim
- 1,0 (um) caso o parecer seja considerado regular
- 1,5 (um e meio) caso o parecer seja considerado bom
- 2,0 (dois), nota destinada apenas aos pareceres passíveis de publicação oficial, na opinião do professor.

CASO HIPOTÉTICO

Os detalhes de acabamento estavam sendo finalizados. No mesmo ambiente em que o pintor passava a última demão de tinta nas paredes, o eletricitista fazia ajustes complementares na iluminação especial que a ele havia sido encomendada. Ainda que acabada uma semana antes do prazo, Elias estava ansioso para ver concluída a obra idealizada por tantos anos, desde os tempos da faculdade, quando ele, ao lado de uns poucos amigos, organizava festas para os colegas do curso.

Elias estudava publicidade em 2013, mas sempre soube que não estava destinado a ficar em uma agência desenvolvendo propagandas. Ele gostava, mesmo, de trabalhar com gente real ao divulgar os seus eventos. Aliás, nem trabalho ele considerava que fosse naquela época. Passava o dia conversando com alunos da faculdade, falando das festas que estavam por vir. Quem cuidava mesmo de todos os preparativos era Luana, responsável sempre pela compra de bebidas, contratação de bandas, pagamento de fornecedores etc. Com o passar do tempo, eles se tornaram “especialistas” na organização de pequenos eventos, e conseguiam até mesmo fazer uma renda extra com o exercício dessa atividade. À medida em que ficavam conhecidos, passaram a ser chamados para organizar festas de aniversário, confraternizações de empresas e casamentos.

Uma das grandes dificuldades enfrentadas por eles sempre foi o encontro de locais adequados para os eventos. Conheciam todos os salões de festa da sua cidade, e achavam que cada um deles tinha ao menos um

problema grave. Apesar da boa localização, ou faltava estacionamento, ou os banheiros eram muito pequenos, ou a cozinha era mal equipada, ou o ambiente simplesmente não era agradável. Ao ver todas essas deficiências, Elias pensava em, um dia, construir um espaço próprio para a realização dos eventos no bairro mais nobre da cidade, onde já havia um estabelecimento para a realização de eventos, com o que Luana nunca concordou, acreditando ser um investimento arriscado demais.

Determinado a construir o salão de festas, no início de 2017, Elias entrou em contato com Alessandro, um amigo que gostava muito das festas durante a faculdade, e que tinha uma boa condição financeira. A princípio, Elias pediu um empréstimo para a realização da obra, mas Alessandro propôs a ele uma sociedade no empreendimento, se comprometendo a disponibilizar 70% do capital que fosse necessário.

Elias ficou surpreso, mas ao mesmo tempo feliz com a investida do amigo. Não se sentia mesmo confortável em dar prosseguimento a algo tão significativo sozinho, apenas com a pouca experiência que tinha. Disse que aceitaria a sociedade, mas tinha planos de contratar Luana para auxiliar na organização dos eventos, aliás como ela sempre fazia, com o que Alessandro não discordou, desde que estabelecessem bem qual a relação que eles teriam com ela.

Concluída a obra, era hora de acertar os detalhes para funcionamento do local. Vindo de uma família de empreendedores, Alessandro queria estruturar um negócio bastante sólido, que atendesse todas às normas, com atuação bem distante da informalidade dos eventos até então promovidos por Elias. Por essa razão, decidiu conversar com Pedro, um contador bastante conhecido da cidade, em busca de orientações.

Após ouvir atentamente o relato de Alessandro, Pedro o aconselhou a constituir, juntamente com Elias, uma pessoa jurídica na forma de sociedade de responsabilidade limitada, com a colocação de Luana na função de administradora, caso em que, para a salvaguarda do

patrimônio social, ela teria poderes limitados no contrato social, só podendo adquirir bens e serviços em valor superior a R\$ 20.000,00 se previamente autorizada por ambos os sócios.

Em rápida conversa com Elias, os amigos – agora, praticamente sócios – concordaram que a solução proposta por Pedro seria uma boa alternativa para o negócio. Convidaram Luana para ser a primeira funcionária e administradora da empresa, que aceitou prontamente, muito feliz e ansiosa para iniciar as atividades. Assim nasceu a Impacto Produções e Eventos Ltda.

Para o evento inaugural, Luana queria várias atrações, mas precisava de uma que chamasse bastante a atenção do público. Contratou dois DJs, um para a abertura e outro para o encerramento da noite, ao custo de R\$ 500,00 para cada um. Como atração principal, contratou o MC Melzinho, cantor de funk que vinha recebendo grande atenção da mídia desde que os seus vídeos no YouTube atingiram milhões de visualizações. Com o produtor do funkeiro, Luana ajustou o valor de R\$ 28.000,00 para a realização do show, quantia que seria paga após o evento, quando a Impacto já teria dinheiro em caixa.

Elias ficou tão empolgado quando soube da contratação de Melzinho que nem se preocupou com os outros detalhes. Começou logo a fazer a divulgação – a sua especialidade – para ver a casa cheia no dia da esperada inauguração. Alessandro, que nunca havia trabalhado com a promoção de eventos, atuava somente como um investidor, observando à distância os movimentos de seu sócio e da administradora.

No dia da inauguração, o prédio da Impacto estava lotado. Os ingressos haviam se esgotado com incrível rapidez, em apenas dois dias de venda. O público, que já estava bastante agitado com a performance do primeiro DJ da noite, foi à loucura com a entrada do MC Melzinho. Em cerca de 50 minutos, o funkeiro cantou os seus maiores sucessos, e saiu do palco muito aplaudido.

Melzinho estava com apenas 17 anos. Como boa parte dos artistas desse meio, teve uma infância bastante humilde. Sua mãe, dona de casa, e seu pai, aposentado por invalidez, criaram com muita dificuldade os 5 filhos que tiveram em uma comunidade do Rio de Janeiro. Há um ano, desde que começou a fazer sucesso na internet, sua vida vinha se transformando. A cada mês, o valor dos shows e o número de apresentações, garantindo a Melzinho um padrão de vida jamais imaginado.

Ao sair do palco após a apresentação, Melzinho seguiu com seus pais e parte da sua equipe para o camarote no mezanino da casa. Normalmente, ele se retirava do local dos shows logo após a sua apresentação, mas naquele dia abriu uma exceção por ser o aniversário de Marcos, um dos músicos da banda, ocasião que deveria ser comemorada.

No camarote, com muita bebida sendo servida, todos ficaram eufóricos. Naquele clima de descontração, Melzinho resolveu fazer uma brincadeira com o aniversariante da noite que jamais bebia nem antes, durante ou depois de seus trabalhos: pediu aos seguranças para segurarem Marcos com toda a força, e o forçou a tomar meia garrafa de whisky, de uma só vez. O músico foi ao chão, e ali permaneceu por dois minutos até conseguir se levantar novamente, totalmente embriagado.

Absolutamente desorientado, Marcos desceu ao pavimento inferior e foi em direção ao banheiro. No meio do caminho passou por diversas pessoas, mas uma moça em particular chamou a sua atenção. O efeito da luz negra fazia brilhar os cabelos da loira (talvez algum produto que ela houvera usado a tornava como uma estrela com os efeitos daquela luz), mulher de corpo escultural, deixando o músico tomado pelo desejo. Aproximando-se pelas costas, ele a agarrou, comprimindo o seu corpo contra o dela. As pessoas que estavam ao redor rapidamente flagraram a ação, e a libertaram dos braços do músico. Marcos foi retirado do local e

levado para a Delegacia de Polícia, onde realizou exames que atestaram o elevado nível de embriaguez.

Enquanto isso acontecia, Melzinho aproveitava a festa no camarote da casa. Sentia-se o rei da noite, até que duas mulheres que também estavam no camarote recusaram as suas investidas. Foi o suficiente para abalar o humor do cantor. “Quem são essaszinhas pra não quererem ficar comigo?”, pensava ele com indignação. O cantor, furioso, atirou uma cadeira para o alto, que atingiu parte do teto e depois uma parede, danificando o forro de gesso, parte da iluminação e um espelho de grandes dimensões.

Na manhã seguinte, a repercussão do evento foi bastante negativa. Em vez de estamparem fotos de pessoas felizes, nos veículos de comunicação locais corria a notícia de que, logo na noite da inauguração, uma jovem havia sido vítima de importunação sexual, e que houve um quebra-quebra no camarote da Impacto. Os vereadores da cidade não perderam tempo, e logo trataram de aprovar uma lei para impedir a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em uma determinada área. Como consequência, o Município cassou a licença de funcionamento da Impacto Produções e Eventos Ltda.

A mídia também noticiou que o músico Marcos estava sendo processado pela prática do crime tipificado no art. 215-A do Código Penal em razão da ocorrência no dia da inauguração.

Por fim, a Impacto foi citada em uma ação de cobrança movida pelo MC Melzinho, que não recebeu os R\$ 28.000,00 pactuados para a realização do show.

Alessandro e Elias, então, decidem procurar um escritório de advocacia para formular os seguintes questionamentos:

1. Algo pode ser alegado em favor da Impacto Produções e Eventos Ltda na ação de cobrança movida pelo MC Melzinho?

2. A Impacto pode mover ação em face de MC Melzinho para buscar a reparação dos danos causados em seu estabelecimento (danificação do forro de gesso, parte da iluminação e espelho de grandes dimensões), mesmo ele sendo menor de 18 anos?
3. Caso o MC Melzinho reconheça, na ação de cobrança, que não recebeu o pagamento contratado em represália aos danos que ele próprio causou ao estabelecimento, a declaração pode ser utilizada como prova na ação indenizatória a ser movida pela Impacto Produções e Eventos Ltda em face dele ou de outras pessoas?
4. É regular a cassação da licença de funcionamento da Impacto Produções e Eventos Ltda com amparo na lei municipal que impediu a instalação de estabelecimentos comerciais de um mesmo ramo em determinada área? Em não sendo regular, e já estando esgotados os recursos na esfera administrativa, qual o meio jurídico adequado para a impugnação do ato?
5. Qual o provável desfecho da ação penal movida em face do músico Marcos?

Na condição de advogados de Alessandro e Elias, formulem um parecer jurídico que responda aos questionamentos apresentados de maneira fundamentada.

Comentários do elaborador

- 1) Direito Empresarial: em favor da Impacto Produções e Eventos Ltda pode ser alegada a atuação da administradora com excesso de poderes, ao contratar serviço em valor

superior ao permitido no contrato social da pessoa jurídica. Com efeito, havia expressa limitação aos poderes da administradora Luana no sentido de que “para a salvaguarda do patrimônio social, ela teria poderes limitados no contrato social, só podendo adquirir bens e serviços em valor superior a R\$ 20.000,00 se previamente autorizada por ambos os sócios”. Apesar disso, ela contratou o show por R\$ 28.000,00, valor excedente, e que, por essa razão, a responsabilidade deve recair sobre a própria administradora, e não sobre a pessoa jurídica, na forma do art. 1.015, parágrafo único, inciso I, do Código Civil. Trata-se da consagração da chamada teoria *ultra vires*. Ao comentar o dispositivo, André Luiz Santa Cruz Ramos esclarece que “tomando tal providência, os sócios se previnem, na medida em que qualquer atuação excessiva por parte do(s) administrador(es) da pessoa jurídica não resultará em obrigações exigíveis da sociedade” (*Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Método, 2016. 6. ed).

- 2) Direito Civil: a Impacto não pode mover ação em face de MC Melzinho para buscar a reparação dos danos causados em seu estabelecimento. Na forma do art. 932, inciso I, do Código Civil, os pais são responsáveis pela reparação civil pelos filhos menores que estiverem sob a sua autoridade e em sua companhia. Sabe-se que o cantor estava com 17 anos no dia dos fatos, caso em que não é ele próprio, mas os seus pais (que inclusive o acompanhavam no evento) quem devem ser responsabilizados pelo ressarcimento. A esse respeito, importante o teor do enunciado nº 41 da Jornada de Direito Civil, no sentido de que “a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil”, ou seja, o

cantor poderia ser responsabilizado pelos atos que praticasse antes dos 18 anos caso seus pais tivessem concedido a cessação da incapacidade por instrumento público.

- 3) Processo Civil: caso o MC Melzinho afirme, na ação de cobrança, que o pagamento não ocorreu como forma represália aos danos causados por ele próprio ao estabelecimento, a declaração não poderá ser utilizada como prova na ação indenizatória, a despeito da previsão do art. 372 do Código de Processo Civil. Afinal, para ver reparados os seus prejuízos, a Impacto Produções e Eventos deve mover ação indenizatória em face dos pais do cantor, que não participam da ação de cobrança, o que obsta a utilização da prova emprestada. De acordo com o ensinamento de Fredie Didier Júnior, “é lícita a importação de uma prova para ser utilizada contra quem tenha participado do processo em que foi produzida – a prova não pode ser usada contra quem não participou da sua produção” (DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: JusPodivm, 2017. 12. ed. p. 148/149).

- 4) Direito Constitucional: não é regular a cassação da licença de funcionamento com amparo na lei municipal que impediu a instalação de estabelecimentos comerciais de um mesmo ramo em determinada área, pois contrariou o disposto na súmula vinculante de nº 49, caso em que, estando esgotados os recursos na esfera administrativa, é cabível reclamação ao Supremo Tribunal Federal (art. 103-A, §3º, da Constituição Federal).

5) Direito Penal: o provável desfecho da ação penal será a isenção de pena do músico Marcos, na forma do art. 28, §1º, do Código Penal. Com efeito, a legislação prescreve que é isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Sabe-se que o músico Marcos foi forçado a ingerir, de uma só vez, meia garrafa de whisky, estando “absolutamente desorientado” quando praticou a ação. A embriaguez não decorreu da própria vontade do agente, mas de uma coação exercida pelo cantor MC Melzinho, o que caracteriza a “força maior”. A esse respeito, Cezar Roberto Bitencourt ensina que “*força maior* é algo que independe do controle ou da vontade do agente. Ele sabe o que está acontecendo, mas não consegue evitar. Exemplo de força maior seria a coação, onde o sujeito é forçado a ingerir uma substância tóxica de qualquer natureza” (Tratado de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011. 16. ed. p. 432).

2.3 MELHORES PARECERES – 1º BIMESTRE

**ALEXANDRE CORREA FERREIRA
REINALDO REHDER BENEDETTI
THIAGO SERTÓRIO**

**PROJETO INTEGRADO 4º MÓDULO
PARECER JURÍDICO INTERDISCIPLINAR**

**UNIFEOB
CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS
SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP, 2018**

ALEXANDRE CORREA FERREIRA 17000663
REINALDO REHDER BENEDETTI 17000943
THIAGO SERTÓRIO 17000802

PARECER JURÍDICO INTERDISCIPLINAR

**Trabalho apresentado como requisito para composição
da nota, do curso de
Direito do UNIFEOB –
Centro Universitário
Fundação de Ensino
Octávio Bastos**

**São João da Boa Vista, SP
2018**

PARECER JURÍDICO

Assunto: Acidente aéreo de origem criminosa e suas responsabilidades nas esferas empresarial, civil, penal, constitucional e processual civil.

Consultante: Elisa Lobo

EMENTA: DIREITO EMPRESARIAL. REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA. DOHA PRIVATE AIR COMPANY EIRELI. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MEIOS DE PROVA. CARTA PSICOGRAFADA. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. DIREITO PENAL. RESPONSABILIDADE PENAL. HOMICÍDIO. TEORIA GERAL DO CRIME. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. ARREPENDIMENTO EFICAZ. ESTELIONATO. ACIDENTE AÉREO.

Trata-se de consulta formulada pela consultante Elisa Lobo a respeito de acidente aéreo de origem criminosa que resultou na morte de seu marido, o jornalista Reinaldo Lobo. A consultante solicita parecer indicando as eventuais responsabilidades dos envolvidos em diversas áreas do direito brasileiro.

A consultante conta que o marido, Reinaldo Lobo, era âncora do principal jornal na maior emissora de TV do país e que se destacava nas coberturas de matérias políticas.

Declara que Reinaldo tinha muitos inimigos na área política, pois sempre denunciou os esquemas de corrupção de homens públicos no exercício do jornalismo.

Aliás, ela conta que Reinaldo Lobo chegou à emissora de TV após visibilidade e respeito quando montou uma extensa rede de informantes para revelar um esquema de desvio de verbas públicas que culminou com a perda do mandato de dois Senadores da República.

No entanto, Elisa revela que por força de recentes denúncias que colocavam em xeque a credibilidade de muitos ocupantes dos cargos de alto escalão da República, Reinaldo vinha se acostumando a ameaças de morte, feitas diretamente a ele ou voltadas a seus familiares. E esses eventos, somados à ininterrupta sensação de insegurança pública no Rio de Janeiro, fizeram que ela, Elisa, e os dois filhos menores, Henrique e Pedro, se mudassem para os Estados Unidos.

Como de costume, Reinaldo passaria o Réveillon com a família este ano e, como sempre procedia, pediu que o seu motorista particular, Adriano, contratasse uma empresa de táxi aéreo. Porém, este foi o último voo de Reinaldo, que morreu após o avião explodir.

Os acontecimentos a seguir foram narrados pela consulente, os quais ela deseja serem atingidos por este parecer.

E todas estas informações foram conhecidas nas investigações que seguiram o evento narrado abaixo, as quais revelaram uma planejada ação para o assassinato de Reinaldo Lobo, com envolvimento do seu motorista Adriano, do Deputado Federal Júlio, de dois capangas do político, Cleiton e Alessandro, e do mecânico de aeronaves Elivelton.

Fatos presentes nos autos do processo e narrados pela consulente:

Adriano, que Reinaldo acreditava ser um fiel amigo, na verdade guardava um passado mercenário. E isso o fez se render a uma proposta do Deputado Federal Júlio, que vinha sendo investigado pela Polícia Federal após a veiculação de matéria no telejornal de Reinaldo.

Júlio ofereceu ao motorista R\$ 800.000,00 em troca de informações que pudessem levar a cabo a vida do jornalista.

Adriano aceitou e acostumado a contratar empresas de táxi aéreo para o jornalista, conhecia a frota completa de muitas delas. Optou, assim, pela “Doha” por saber que ela tinha uma única aeronave, e, desta forma, era certo o jato em que Reinaldo faria a sua última viagem.

A “Doha Private Air Company EIRELI” era uma empresa de táxi aéreo nova, montada por um bilionário investidor árabe chamado Zayn, que se mudou para o Brasil no ano de 2015 para cuidar de investimentos direcionados às Olimpíadas sediadas no Rio de Janeiro.

Zayn estava com sua aeronave particular sendo pouco usada e decidiu por empregá-la em um novo negócio, tendo constituído uma empresa individual de responsabilidade

limitada para prestar serviços de transporte aéreo a particulares, cujo capital social fora todo integralizado com o jato executivo.

A estrutura da empresa era bastante enxuta, com sede operante em uma sala comercial alugada, e apenas quatro funcionários, sendo uma secretária, dois pilotos e uma comissária de bordo.

Tão logo contratou o serviço de transporte, Adriano entrou em contato com o Deputado Júlio, informando a data e o horário do voo, a identificação da aeronave e a localização do hangar em que ela ficava no aeroporto carioca.

Rapidamente, Julio enviou ao Santos Dumont dois capangas, Cleiton e Alessandro, para conversar com alguns mecânicos de manutenção dos jatos privados.

Lá conheceram Elivelton, que naquele momento fazia uma inspeção no trem de pouso da aeronave da “Doha”.

Em uma conversa com o mecânico, o questionaram sobre o que poderia derrubar o avião e Elivelton respondeu que a ruptura de uma das asas em voo de cruzeiro fatalmente provocaria um acidente. E para que isso ocorresse algumas das peças da asa teriam que ser retiradas.

Imediatamente, Cleiton pega um envelope do bolso da jaqueta contendo um bolo de notas de R\$ 50,00 e oferece ao mecânico R\$ 10.000,00 caso ele fizesse o que fosse necessário para sabotar a asa do Gulfstream.

Ao ouvir a proposta, Elivelton montou um andaime abaixo da asa esquerda do avião, abriu uma parte da carenagem que recobre sua estrutura, e disse que poderia retirar três jogos de peças que faziam a ligação da asa com o corpo do avião, o que a deixaria ainda resistente para a decolagem, porém frágil no voo em altitude.

Os capangas, então, pediram que ele fizesse o serviço como mencionou e Elivelton rapidamente tirou as peças, voltou a cobrir a estrutura da asa, desceu do andaime e pegou o envelope com o dinheiro.

Considerando finalizada a missão, Cleiton e Alessandro se despediram e deixaram o aeroporto.

Elivelton, que estava em breve passagem pelo Rio de Janeiro, guardou o dinheiro em sua mochila e deu uma volta a pé do hangar para se certificar de que estava sozinho. Voltou a subir no andaime ainda montado e recolocou as peças na estrutura da asa do jato, deixando-a como nova.

Porém, quando os capangas contaram ao Deputado Júlio todo o ocorrido, o político ficou com dúvidas sobre a eficácia da medida adotada pelo mecânico para a queda do avião, e resolveu colocar uma bomba dentro do jato da “Doha”.

Na manhã do dia seguinte, Alessandro voltou ao hangar no aeroporto Santos Dumont, e encontrou o Gulfstream sem qualquer vigilância, com a porta aberta e a escada de acesso à aeronave montada.

Subiu até a cabine do avião e deixou sob um dos bancos o pacote com dinamites acoplado a um mecanismo de acionamento ativado por ondas de rádio.

Portanto, a aeronave estava, no pensamento do deputado Júlio e seus capangas, com dois métodos diferentes de sabotagem e acreditavam que a morte do jornalista era certa.

Às 22h43, o Gulfstream da “Doha” decolou, e, cinquenta e oito segundos depois, explodiu. Os corpos carbonizados dos quatro ocupantes foram localizados com facilidade no mar, não muito distantes dos destroços da aeronave.

Reinaldo Lobo, que diariamente levava informação a milhares de brasileiros, naquele instante se tornou a notícia. Elisa, inclusive, soube da morte do marido pela televisão.

Precisando de apoio, Elisa veio com os filhos ao Brasil passar uma temporada na casa de seus pais no interior do Paraná.

Semanas após o acidente, Elisa foi a uma reunião mediúnica a convite da mãe, ocasião em que um dos médiuns presentes psicografou uma carta supostamente atribuída a Reinaldo. Nela, o jornalista se dizia em paz, e que no dia do acidente levaria aos Estados Unidos uma mala contendo US\$ 1.000.000,00, em espécie, referente a um bônus pago pela emissora de TV brasileira em razão dos picos de audiência do telejornal no último semestre.

Em consulta aos extratos bancários do jornalista, verificou-se a entrada da quantia referida na carta psicografada, seguida de um saque no mesmo valor. O dinheiro não foi encontrado na casa de Reinaldo. Entre os destroços da aeronave, não foram encontrados resquícios da suposta mala, nem de cédulas de papel moeda.

Além disso, veio à tona a precariedade da empresa de táxi aéreo “Doha Private Air Company EIRELI”, cujo único bem, o jato executivo Gulfstream, havia se perdido, embora seu proprietário, o investidor Zayn, detivesse vasto patrimônio.

Diante de todos os fatos narrados pela consulente Elisa Lobo acima, a mesma solicita um parecer deste escritório de advocacia sobre os seguintes pontos:

- 1) A empresa de táxi aéreo “Doha Private Air Company EIRELI” pode ser civilmente responsabilizada pela reparação dos danos decorrentes do acidente aéreo de origem criminosa?

- 2) Caso a “Doha” possa ser civilmente responsabilizada, tendo em vista que a empresa não possui bens, existe forma de atingir o patrimônio do proprietário Zayn para adimplemento da obrigação civil?

- 3) O juiz de primeira instância tem poder para afastar a aplicação da norma que autoriza o acesso aos bens de Zayn, com fundamento na inconstitucionalidade da previsão legal? Qual é essa forma de controle?

- 4) Na falta de outros elementos comprobatórios da perda da mala contendo US\$ 1.000.000,00 em espécie, a carta psicografada pode ser utilizada como prova para a reparação de danos materiais pelo espólio do jornalista?

- 5) Comprovado o recebimento da quantia de R\$ 10.000,00 por Elivelton, ele pode ser criminalmente responsabilizado, juntamente com os demais agentes, pelo assassinato de Reinaldo?

É o relatório.

Passamos a opinar.

A RESPONSABILIDADE CIVIL

DA DOHA

Em primeiro lugar é importante ressaltar que no Brasil existem dois tipos de responsabilidades civis: a subjetiva e a objetiva.

Na subjetiva, o Ordenamento Jurídico impõe que para que o agente tenha a obrigação de reparar o dano causado, há obrigatoriamente que ser comprovado a culpa ou o dolo.

Ao contrário, a responsabilidade objetiva não exige que se comprove a culpa ou dolo, bastando comprovar o nexo causal entre a conduta e o resultado.

Mas, o Código Civil ainda prevê a responsabilidade objetiva baseada na Teoria do Risco, a qual está prevista no Art. 927, § único, do Código Civil, que traz:

“Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”

Conforme entendimento de Maria Helena Diniz, o contrato de transporte aéreo é aquele que o transportador se obriga a remover uma pessoa, e sua bagagem, de um local para outro, mediante remuneração. Então, o acordo entre o transportador e o passageiro será regulado pelo Código Civil.

E para Diniz, por se tratar de um caso de risco contratual eventual acidente aéreo, ainda que por força maior ou caso fortuito, a Teoria de Risco aplica-se ao transporte aéreo e, assim, a responsabilidade da transportadora é, em regra geral, objetiva.

Assim, ocorrendo um desastre aéreo, a companhia será responsabilizada, independente da apuração de culpa para que se configure o dever de indenizar.

Ou mesmo se o desastre tenha sido provocado por terceiro, conforme preceitua o Art. 735 do Código Civil:

“Art.735 CC - A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”

Portanto, a empresa transportadora pode ser responsabilizada civilmente e tem o dever de indenizar as vítimas, mesmo o acidente tendo sido provocado por terceiro. Em seguida, a empresa poderá entrar com ação regressiva contra quem provocou o acidente, como traz o Art.735 do CC.

Outra legislação que reforça a responsabilidade objetiva das empresas de transporte aéreo é o Código Brasileiro Aeronáutico.

O seu Art. 256 traz o seguinte texto:

“O transportador responde pelo dano decorrente:

I - de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque;

§ 1º O transportador não será responsável:

a) no caso do item I, se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva;"

Portanto, não é apenas o Código Civil, com base na teoria do Risco, que traz a responsabilidade objetiva da empresa de transporte aéreo em casos de acidentes.

O Código Brasileiro Aeronáutico também impõe esta responsabilidade é, ainda, apenas isenta de responsabilidade a empresa transportadora se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva. Assim, não há que se falar em exclusão de responsabilidade mesmo que o dano for provocado por terceiro.

Por fim, os serviços de transporte aéreo no Brasil também são alcançados pelo Código de Defesa do Consumidor, que determina a responsabilidade objetiva do fornecedor:

“Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”

Ou seja, a empresa de transporte aéreo é uma fornecedora de serviço e, por isso, está sujeita ao regramento do CDC. Assim, caberá aplicação do Código de Defesa do Consumidor em desastres aéreos, pois se trata de uma relação contratual de consumo.

Uma vez aplicando-se o CDC, a responsabilidade civil da transportadora será objetiva mesmo em caso fortuito e/ou força maior.

Já sobre a exclusão de responsabilidade do fornecedor quando a culpa for exclusiva do consumidor ou de terceiro, como traz o II do Art.14, não é absoluta e precisa ser analisada com base em diversos aspectos.

Assim trouxe a ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial REsp 1136885 SP 2009/0078922-7, que decidiu:

“3. A culpa de terceiro somente romperá o nexo causal entre o dano e a conduta do transportador quando o modo de agir daquele puder ser equiparado a caso fortuito, isto é, quando for imprevisível e autônomo, sem origem ou relação com o comportamento da própria empresa

4. Na hipótese em que o comportamento do preposto da transportadora é determinante para o acidente, havendo clara participação sua na cadeia de acontecimentos que leva à morte da vítima, o evento não pode ser equiparado a caso fortuito”

Oras, quais os cuidados foram tomados pelos funcionários de uma empresa aérea ao não notarem a presença de um pacote estranho no banco da cabine? Ou mesmo em deixar a aeronave totalmente aberta e acessível a qualquer pessoa no hangar do aeroporto? E o dever de cuidado?

Assim, o fato de terceiro não foi algo externo à atividade da empresa e poderia ter sido evitado, como entende o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Nos moldes do entendimento uníssono desta Corte, com suporte na doutrina, o ato culposo de terceiro, conexo com a atividade do transportador e relacionado com os riscos próprios do negócio, caracteriza o fortuito interno, inapto a excluir a responsabilidade do transportador. (REsp 1318095/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 14/03/2017)”

De forma semelhante também entendeu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal no Processo 0707820178070007, onde o relator Eduardo Henrique Rosas decidiu que a responsabilidade de uma empresa de transporte aéreo não foi excluída pelo fato de terceiro pelo simples fato de que a empresa poderia ter evitado o acontecimento, o que, na sua visão, constitui falha do prestador de serviços.

Neste mesmo raciocínio é possível, reforçando as argumentações acima, entender que a empresa Doha Private Air Company EIRELI falhou ao não tomar as medidas de segurança necessárias para que seus clientes pudessem ser transportados. Uma simples inspeção na aeronave feita pelos funcionários e pilotos já os levaria a encontrar o pacote estranho e, assim, evitado o acidente. Ou mesmo a manutenção do avião devidamente fechado e sem acesso de estranhos.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A desconsideração da personalidade jurídica é uma ferramenta que vem sendo aplicada pelo Judiciário Brasileiro para coibir abusos e fraudes cometidos por empresas e, assim, obrigá-las a cumprir o seu papel social e os princípios gerais da atividade econômica, presentes no Art.170 da Constituição Federal.

“Art. 170 CF - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I-soberania nacional; II-Propriedade privada; III-Função social da propriedade; IV-Livre concorrência; V-Defesa do consumidor; VI-Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado [...]; VII-Redução das desigualdades regionais e sociais; VIII-Busca do pleno emprego; IX-Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte [...], parágrafo único- É assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica [...], (Constituição Federal, 1988)”

Ao lermos o Art. 170 fica claro que a desconsideração da personalidade jurídica está intimamente ligada com os princípios gerais da atividade econômica presentes no Art.170 da CF.

E alguns princípios destacam-se aos demais, tais como os princípios da função social da propriedade e defesa do consumidor.

Segundo Bulgirell Apoud Almeida: *“a função social da empresa deve ser entendida como o respeito aos direitos e interesses que situam em torno da empresa”*, (Almeida, 2003, pág. 141).

Partindo deste conceito, analisemos as duas teorias presentes entre os doutrinadores em relação à desconsideração da personalidade jurídica: Teoria Maior, também chamada de subjetiva, e a Teoria Menor, chamada de objetiva.

Na Teoria Maior, para que seja desconsiderada a personalidade jurídica, a empresa tem que agir de forma abusiva, com desvio de finalidade ou ainda estar presente confusão patrimonial. Ou seja, é uma teoria que oferece maior segurança aos sócios.

Assim traz o Código Civil de 2002, em seu artigo 50:

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

Por outro lado, na Teoria Menor não se faz necessário atender nenhum dos requisitos mencionados na Teoria Maior, bastando a falta de bens para ressarcimento aos credores para que a desconsideração da personalidade jurídica seja aplicada.

Cristiano Chaves de Farias, respeitado doutrinador, define a Teoria Menor:

“De outra banda a teoria menor trata como desconsideração da personalidade jurídica toda e qualquer hipótese de comprometimento do sócio por obrigação da empresa. Centra seu cerne no simples prejuízo do credor para afastar a autonomia patrimonial, (Farias, 2005, pág. 304)”

Assim, a Doutrina considera esta teoria menos elaborada, pois a desconsideração poderá ocorrer em quaisquer hipóteses em que for necessária a execução do patrimônio do sócio, uma vez a sociedade não tendo como arcar com o débito executado.

Fábio Ulhoa Coelho, expoente no Direito Comercial brasileiro, diz:

“Ela reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente às sociedades empresárias. O seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta. De acordo com a teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A formulação menor não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso na forma. Por outro lado, é-lhe todo irrelevante a natureza negocial do direito creditício oponível à sociedade. Equivale, em outros termos, a simples eliminação do princípio da separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes. Se a formulação maior pode ser considerada um aprimoramento da pessoa jurídica, a menor deve ser vista como o questionamento de sua pertinência, enquanto instituto jurídico”

Contudo, a Teoria Menor só será aplicada em casos que envolvam nichos sociais que merecem uma maior atenção do Estado, como consumidores, empregados e meio ambiente, por exemplo.

Diante do exposto e por ser uma relação de consumo, fica claro que é possível a desconsideração da personalidade jurídica da Doha e que o patrimônio do seu sócio seja atingido, tendo em vista que a aeronave que explodiu era o único bem da empresa.

A Teoria Menor oferece este amparo aos mais frágeis na relação de consumo.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é aplicado para verificar a compatibilidade da lei com a Constituição Federal. Existem para isso duas formas de controle: Controle Preventivo, realizado pelos poderes Executivo e Legislativo, e o Controle Repressivo, pelo Poder Judiciário.

Ressalta-se, porém, que é o Supremo Tribunal Federal (STF) o grande guardião da Constituição, a quem cabe a palavra final.

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”

No entanto, embora o STF seja o guardião da Constituição e detentor do Controle Concentrado ou Reservado, o sistema constitucional brasileiro admite o controle difuso, permitindo que o juiz de primeiro grau possa analisar e verificar, incidentalmente, a compatibilidade de uma legislação infraconstitucional com as normas constitucionais.

O Controle Difuso tem base legal no Art. 97 da Constituição Federal:

“Art. 97 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”

Mesmo analisando a literalidade do Art. 97, o STF entende que a Constituição Federal também assegura a plena possibilidade de o Juiz de 1ª instância realizar o controle difuso de constitucionalidade. (STF, REX 117.805/PR, 1993; STF, RECLAMAÇÃO 721-0/AL, 1998).

Assim, qualquer juiz tem a obrigação de controlar a constitucionalidade da lei. Mas, existem limites e parâmetros para que esse controle aconteça.

Quando se diz que qualquer juiz deve realizar o controle de constitucionalidade está presente o chamado Controle Difuso.

Difuso porque o poder de realizá-lo está difundido por todo o Poder Judiciário, sendo que qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, tem competência para realizar controle de constitucionalidade, desde que o faça no julgamento de um caso concreto.

Este controle é também conhecido como incidental, pois o pedido em análise do juiz não é a declaração de inconstitucionalidade, a qual figura como causa de pedir ou fundamento do pedido.

Segundo Alexandre de Moraes:

“Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-los, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros. (2009, p. 709-710)”

Um exemplo é um cidadão que não concorda com uma legislação municipal que criou uma taxa que ele considera ser inconstitucional. Desta maneira, ele ajuizará ação pedindo que a cobrança da taxa cesse e os valores já pagos sejam devolvidos. Ou seja, o pedido não é a inconstitucionalidade, sendo que ela apenas fundamenta o pedido.

O próprio STF assim preceitua:

“Todo e qualquer juiz ou tribunal tem competência para conhecer e controlar a (in) constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal frente à constituição federal, desde

que esta constitucionalidade seja um impedimento para que julgue um processo de sua competência”

O STJ também trouxe:

“A possibilidade de o juízo declarar a inconstitucionalidade de norma, no âmbito de controle difuso, mesmo sem provocação, é um dos mecanismos capazes de garantir a supremacia da Constituição no sistema jurídico brasileiro (Relatora Ministra Eliane Calmon)”

No mesmo caminho entenderam os desembargadores do Tribunal de Justiça de Pernambuco, por unanimidade:

“A competência na via de exceção para conhecer e decidir a constitucionalidade é do juiz ou tribunal que esteja julgando o processo principal. No controle difuso, porém, o objeto é uma questão prejudicial de caráter constitucional no processo. Não é o objeto da ação principal. Como sabido, o controle de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer órgão de jurisdição em qualquer processo instaurado, desde que a constitucionalidade da lei ou ato normativo são se constitua objeto do processo, mas questão prejudicial, não verificada no caso sub examine”

Sendo assim, o juiz de primeira instância tem o poder de afastar os efeitos da norma que autorizou o acesso aos bens de Zayn caso entenda que ela é inconstitucional neste caso concreto. Devendo, para isso, fundamentar sua decisão.

MEIOS DE PROVA

Para o Direito, a prova tem por objetivo demonstrar se um fato é verdade ou não e tentar convencer o juiz. Portanto, o objeto da prova é o fato controvertido.

E, ressalta-se, a prova é todo elemento que visa colaborar para a formação da convicção do juiz sobre determinado fato, uma vez que é ele o destinatário da prova.

As provas podem ser oral, documental ou material. E, embora o ordenamento jurídico brasileiro traga os principais, ele não é taxativo ao definir os meios de prova.

O Código de Processo Civil exemplifica alguns meios, tais como o depoimento pessoal, exibição de documentos ou coisa, prova documental, confissão, prova testemunhal, inspeção judicial e prova pericial.

Porém, é importante destacar que o CPC não é taxativo e traz apenas um rol de exemplos, sendo aceito outros meios de provas desde que não transgridem o ordenamento jurídico brasileiro.

Como bem define o Art. 369 do Código de Processo Civil:

“Art. 369 - As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”

Ao não taxar um rol de possíveis meios, o CPC invoca o Princípio do Contraditório (art 5º, LIV e LV da CF e artigos 7º, 9º e 10 do CPC), um dos mais relevantes no estado democrático de direito.

E uma das maneiras de promover o contraditório, princípio decorrente do princípio do devido processo legal e da norma matriz Constitucional (artigo 1º, III da CF), é a produção de provas em juízo, para convencimento do juiz.

Um dos mais respeitados advogados e juristas italiano e o principal inspirador do Código de Processo Civil daquele país, Francesco Carnelutti, diz sobre a importância das provas:

“Prova em seu sentido jurídico consiste na demonstração da verdade formal dos fatos discutidos, mediante procedimentos determinados, ou seja, através de meios legítimos”

No entanto, a Constituição Brasileira é direta e clara ao não permitir a produção de provas ilícitas, como traz o LVI do Art. 5 da CF:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

A prova ilícita é aquela que ofende o ordenamento jurídico vigente, em qualquer nível, constitucional ou infraconstitucional, de qualquer tipo, material ou processual.

Portanto, conclui-se que, desde que não sejam produzidas por meios ilícitos, qualquer prova pode ser usada no processo, inclusive uma carta psicografada.

O promotor de justiça Thales Tácito de Pádua Cerqueira (CERQUEIRA, 2006) fez um estudo acerca do tema, do qual seguem alguns trechos:

“O certo é que se não há comunhão entre a fé religiosa e o conhecimento científico, não se pode, por isso, impedir que cartas psicografadas sejam juntadas nos autos, com o sofisma de que isto “seria retrocesso histórico”, comparando o AMOR do espiritismo com a Inquisição. Ninguém no espiritismo prega guerra e sim AMOR. Assim sendo, podemos afirmar, até que se prove o contrário, pois o ônus da prova compete a quem acusa, sei disto, pois sou Promotor de Justiça, que as cartas psicografadas são prova lícita, que podem ser perfeitamente questionáveis por exame grafotécnico do falecido que psicografa e outros elementos de prova (testemunhas que conviveram com o mesmo, estilo de redação, família que ateste etc)”

Renato Marcão, promotor público em São Paulo, mestre em Direito Penal, Político e Econômico e membro da Association Internationale de Droit Penal, concluiu que:

“No sistema jurídico brasileiro não há como normatizar o uso do documento psicografado como meio de prova; seja para permitir ou proibir. O Estado é laico. De prova ilícita não se trata. Como prova documental, a credibilidade de seu conteúdo, em razão da fonte, não pode ser infirmada com absoluta certeza, tanto quanto não poderá ser fielmente confirmada, não obstante a existência de relatos a respeito de autorias atestadas por grafologistas (MAIA, 2006, p.27)”

No entanto, o uso ou aproveitamento das provas serão definidos pelo juiz, a quem estas provas são destinadas com o objetivo de formar a sua convicção.

Desta forma, o juiz tem competência para, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (Art.370 CPC). O Parágrafo Único deste artigo ainda diz:

“Parágrafo único - O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”

Ou seja, a carta psicografada para Elisa pode ser usada como meio de prova, o que não significa que terá eficácia no convencimento do juiz ou que será utilizada pelo magistrado, que deve decidir de forma racional e fundamentada sua decisão.

Como entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“O juiz é o destinatário da prova, razão pela qual compete a ele a análise da imprescindibilidade da sua produção para efeito de formar seu convencimento (Agravo 70069330900, Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Adriana da Silva Ribeiro – 22 de julho de 2016)”

Há, porém, bastante divergência na jurisprudência e na doutrina maior quanto ao peso e o uso destas provas pelos juízes.

A RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Para aprofundarmos no caso que é objeto deste parecer é preciso registrar que iremos analisá-lo sob a ótica da Teoria Bipartida, que descreve o crime como sendo um Fato Típico e Antijurídico (ilícito), sendo a culpabilidade apenas um pressuposto de aplicação da pena. Isso porque o Código Penal Brasileiro fundamenta-se nesse pensamento.

E para responder se Elivelton pode ser criminalmente responsabilizado pelo assassinato do jornalista Reinaldo basta, neste caso, analisar se estão presentes os elementos do Fato Típico.

O doutrinador Fernando Capez traz que os elementos do Fato Típico são: Conduta Dolosa ou Culposa, Resultado, Nexo Causal e Tipicidade.

Capez ainda diz que o Nexo Causal é o elo de ligação entre a conduta do agente e o resultado, tendo ainda o agente ter concorrido com dolo ou culpa (Art.19 CP).

E ao fazer essa análise fica bastante óbvio que a conduta praticada por Elivelton não tem nexo algum com a morte de Reinaldo.

Elivelton, após receber R\$ 10 mil, montou um andaime abaixo da asa esquerda do avião, abriu uma parte da carenagem que recobre sua estrutura, e retirou três jogos de peças que faziam a ligação da asa com o corpo do avião, o que a deixaria ainda resistente para a decolagem, porém frágil no voo em altitude.

No entanto, Elivelton, que sabia que a intenção dos homens que lhe deram dinheiro era matar alguém que voaria naquele avião, deseja não fazer parte deste assassinato e assim que os homens deixam o hangar ele volta a subir no andaime e recoloca as peças na estrutura da asa do jato, deixando-a como nova.

Portanto, a conduta praticada por Elivelton não tem nenhuma ligação com a explosão da aeronave causada pela bomba. Elivelton sequer sabia da existência do explosivo e não participou desta conduta, que é a que realmente causou a morte do jornalista.

Assim, de acordo com a Teoria do Crime, que prevê crime como o Fato Típico e Antijurídico, Elivelton não praticou crime algum, pois a sua conduta não tem nexo causal com o resultado, no caso a morte de Reinaldo. E se não tem nexo causal, não há Fato Típico e, conseqüentemente, não há crime.

Assim entendeu o então Ministro do STJ José Arnaldo da Fonseca em relação a um crime de furto:

“Sendo incerta a relação de causalidade entre a conduta do recorrente e o furto do qual foi condenado, não pode ele ser responsabilizado por crime, porque inadmissível no direito penal a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva”

Outra maneira de tentar buscar o nexo de causalidade entre conduta e resultado é aplicar a doutrina de Thyren. Segundo ela, para se aferir se determinada conduta é causa ou não de um resultado, deve-se fazer o juízo hipotético de eliminação, que consiste na supressão mental de determinada ação dentro de toda a cadeia de condutas presentes no contexto do crime. Se, eliminada, o resultado desaparecer, pode-se afirmar que aquela conduta é causa. Caso contrário, ou seja, se a despeito de suprimida, o resultado ainda assim existir, não será considerada conduta.

Aplicada a doutrina de Thyrén a este caso concreto reforça a tese de que Elivelton não cometeu crime de homicídio, pois se eliminada a sua conduta, o resultado ainda aconteceria.

Em suma, Elivelton não pode ser responsabilizado criminalmente pelo crime de homicídio (Art. 121 do CP), pois ele não participou da conduta que gerou a morte de Reinaldo (resultado).

“Art. 13 CP - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”

Pode-se, neste caso, analisar algumas questões referentes à atitude de Elivelton, como por exemplo se ele agiu com desistência voluntária ou arrependimento eficaz em um possível crime de homicídio, ambos previstos no Art. 15 do Código Penal.

“Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”

O doutrinador Fernando Capez, no livro Curso de Direito Penal Parte Geral (Capez, 2018, Págs. 335 e 336) conceitua a desistência voluntária:

“O agente interrompe voluntariamente a execução do crime, impedindo, desse modo, a sua consumação. Nela dá-se o início de execução, porém o agente muda de ideia e, por sua própria vontade, interrompe a sequência de atos executórios”

Capez, no mesmo livro, também define o arrependimento eficaz:

“O agente, após encerrar a execução do crime, impede a produção do resultado. Nesse caso, a execução vai até o final, não sendo interrompida pelo autor, no entanto, este, após esgotar a atividade executória, arrepende-se e impede o resultado”

É importante destacar que tanto na desistência voluntária, como no arrependimento eficaz, que disciplinam situações em que o delito não se consuma, não é correto falar em tentativa. Isso porque a tentativa só se configura quando a ação do agente é interrompida por circunstâncias alheias à sua vontade. Na tentativa, há a vontade de que o crime seja consumado, mas – por algum motivo, não o é.

O que não é o que ocorre no caso concreto, pois Eivelton não quer o resultado.

Também não há que se ventilar a prática de crime omissivo impróprio (omissão), pois Eivelton nem mesmo sabia da existência de um plano para explodir o avião. A sua parte para que a aeronave não caísse ele fez, como detalhado neste parecer.

Além de Eivelton não se enquadrar, no caso concreto, em nenhuma das formas de dever de garantidor elencadas no § 2º do artigo 13 do Código Penal.

Por fim, é possível afirmar que Eivelton não incorreu na prática de homicídio e nem de tentativa de homicídio, como explanado acima.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 14 de Setembro de 2018

Alexandre Correa Ferreira

Reinaldo Rehder benedetti

Thiago Sertório

OAB (Em breve chegará)

**ANTONIO LOPES DA SILVA JUNIOR
THALITA CAROLINI COUTINHO ALVES**

PARECER JURÍDICO

UNIFEOB
CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS
SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP, 2018

ANTÔNIO LOPES DA SILVA JUNIOR – 16000477

THALITA CAROLINI COUTINHO ALVES – 17000837

PARECER JURÍDICO

Trabalho apresentado como requisito para composição da nota P1, do curso de Direito do UNIFEOB – Centro Universitário Fundação de Ensino Octávio Bastos, sob a orientação da Prof. Luiz Francisco Araujo S. Faria

São João da Boa Vista, SP
2018

PARECER JURÍDICO

ASSUNTO: Acidente Aéreo Criminoso

CONSULENTE: Elisa Lobo

EMENTA: DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL, EMPRESARIAL, PENAL E DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. FATO ATÍPICO. NEXO DE CAUSALIDADE. ARREPENDIMENTO EFICAZ. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PROVAS.

Trata-se uma consulta formulada por Elisa Lobo sobre a possibilidade de reparação de danos decorrentes de acidente aéreo criminoso, desconsideração da personalidade jurídica da empresa, e constitucionalidade da norma, além da viabilidade da utilização de carta psicografada do falecido pela viúva como prova e a oportunidade de punição sobre os agentes.

A consulente informa que a aeronave da empresa *Doha Private Air Company EIRELI*, que transportava o jornalista Reinaldo Lobo, seu cônjuge, sofreu um acidente de origem criminosa que resultou em sua morte e dos funcionários da aeronave. Semanas após o acidente, a viúva descobriu que seu marido recebeu uma quantia referente a um bônus de trabalho no valor de US\$ 1.000.000,00, seguido por um saque neste mesmo montante. Entretanto, o dinheiro não foi encontrado na casa de Reinaldo e nem nos destroços do avião. A única prova é uma carta psicografada em uma reunião mediúnica, em que fora descrito o ganho de bônus e sua retirada, além do extrato bancário de Reinaldo. As investigações revelaram que a ação criminosa teve o envolvimento de um Deputado Federal e de seus “capangas”, do motorista de confiança do jornalista morto, e ainda um mecânico de aeronaves sem vínculo com a Empresa ou o Aeroporto. Ademais, tornou-se claro a precariedade da parte financeira da empresa aérea, que possuía como patrimônio, apenas o jato sinistrado no acidente, apesar de seu proprietário, o bilionário investidor árabe Zayn possuir um vasto patrimônio.

Não houve apresentação de nenhum documento probatório, apenas um e-mail com as seguintes dúvidas:

A empresa de táxi aéreo “Doha Private Air Company EIRELI” pode ser civilmente responsabilizada pela reparação dos danos decorrentes do acidente aéreo de origem criminosa?

Caso a Empresa “Doha” possa ser civilmente responsabilizada, tendo em vista que a empresa não possui bens, existe forma de

atingir o patrimônio do proprietário Zayn para adimplemento da obrigação civil?

O juiz de primeira instância tem poder para afastar a aplicação da norma que autoriza o acesso aos bens de Zayn, com fundamento na inconstitucionalidade da previsão legal?

Na falta de outros elementos comprobatórios da perda da mala contendo US\$ 1.000.000,00 em espécie, a carta psicografada pode ser utilizada como prova para a reparação de danos materiais pelo espólio do jornalista?

Comprovado o recebimento da quantia de R\$ 10.000,00 por Elevelton, ele pode ser criminalmente responsabilizado, juntamente com os demais agentes, pelo assassinato de Reinaldo?

É o relatório.

Passamos a opinar.

No tocante a possibilidade de responsabilização civil da empresa *Doha* pelos danos decorrentes do acidente de origem criminosa, é preciso conceituar que a responsabilidade civil decorre de um ato ilícito, que, segundo o art. 186 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Analisando o dispositivo legal, constata-se a necessidade de alguns pressupostos para a configuração do ato ilícito, como a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

O primeiro elemento da responsabilidade civil é a conduta humana, visto que apenas o homem, sozinho ou em conjunto com pessoa jurídica poderá ser civilmente responsabilizado.

Podemos classificar a conduta em positiva ou negativa, sendo ações ou omissões voluntárias, respectivamente. Além dessas supracitadas, ainda podemos falar em negligência e imprudência, com destaque para a última, que é uma qualidade contrária ao ser prudente, ou seja, é agir de forma descuidada, sem cautela.

Portanto, primeiro elemento do ato ilícito, se faz presente com a imprudência da empresa, observado que a aeronave foi deixada sem qualquer tipo de vigilância, com a escada posicionada para entrada na cabine, estando inclusive a porta aberta, fatos que possibilitaram que o agente a adentrasse e colocasse produto explosivo que resultou no acidente e nas mortes.

O segundo pressuposto é o dano, pressuposto indispensável para a configuração do ato ilícito, uma vez que sem o dano não há a necessidade de indenização ou ressarcimento, logo, inexistente a responsabilidade civil. O brilhante SÉRGIO CAVALIERI FILHO, em sua obra *Programa de Responsabilidade Civil*, acentua a inafastabilidade do dano:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.”

Podemos definir dano como lesão a um interesse ou bem jurídico tutelado, podendo ser patrimonial ou não, ocasionado por uma conduta do sujeito infrator. A reparação é uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo causado ao lesado, logo, em regra, todo dano deve ser ressarcido, mas em casos de impossibilidade de ressarcimento, a autoridade judicial deverá fixar uma importância em dinheiro, a título de indenização.

No entanto, para que o dano ou prejuízo seja indenizável, é preciso que ele cumpra três requisitos mínimos:

1. Violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica.
2. Certeza do Dano.
3. Subsistência do Dano.

Logicamente os três requisitos estão presentes no caso, uma vez que houve a violação de interesses jurídicos como a vida e a segurança dos tripulantes, ademais, como foram encontrados os corpos no mar, há certeza de dano, cumprindo assim dois requisitos. Por fim, cita-se a subsistência do dano, observado que se trata de um dano irreparável, não resta dúvidas sobre a terceira condição.

O último elemento é o nexo de causalidade. Segundo PABLO STOLZE GAGLIANO, podemos conceituar nexo causalidade como:

“Assim como no Direito Penal, a investigação deste nexo que liga o resultado danoso ao agente infrator é indispensável para que se possa concluir pela responsabilidade jurídica deste último. Trata-se, pois, do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano.”

Existem três teorias, e segundo entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

“Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano

direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária”

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Para esta teoria, a causa é apenas o fato antecedente que ligado por um vínculo necessário ao resultado danoso, determina o dano como uma consequência sua. Por conseguinte, observa-se que a imprudência em deixar o avião sem vigilância permitiu que o agente colocasse um produto explosivo em sua cabine, ocasionando a explosão que resultara na catástrofe.

A culpa, elemento acidental, não é um pressuposto básico da responsabilidade civil, ainda mais no Código Civil, considerado que há outro tipo de responsabilidade que dispensa esse elemento subjetivo para sua configuração, a responsabilidade objetiva. Nas palavras de Rodolfo Pamplona Filho:

“A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexó de causalidade. ”

A respeito do segundo questionamento, é necessário diferenciar o Empresário Individual da EIRELI. No primeiro, a pessoa natural exerce a atividade empresarial por sua própria personalidade, sendo assim, há confusão entre o patrimônio da pessoa física com o empresarial, sendo impossível separar os direitos e obrigações. No segundo, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada deverá ter um patrimônio específico para a empresa separado por seu titular, que, segundo o art. 980-A do Código Civil, deverá ser um valor não inferior a cem salários mínimos.

Observado a impossibilidade de adimplemento da obrigação civil, a personalidade jurídica deve ser desconsiderada, atingindo, assim, o patrimônio da pessoa natural titular da empresa. A regra geral para a desconsideração da personalidade jurídica é o art. 50 do Código Civil, *in verbis*:

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

Entretanto, não usaremos a regra nesse caso, uma vez que por se tratar de uma relação de consumo, devemos utilizar a legislação específica, logo, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor terá eficácia maior.

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

O art. 28 foi um dos primeiros diplomas legais a considerar hipóteses de desconsideração da personalidade. Conforme visto, houve ato ilícito por parte da empresa Doha. Outro dispositivo legal comumente utilizado pelos magistrados e que podemos nos valer, é o parágrafo 5º do mesmo art., dado que a personalidade jurídica da Doha é um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes do acidente, já que o patrimônio se perdeu em meio a explosão.

Art. 28 – § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Assim tem sido o entendimento dos tribunais no tocante à questão:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DISREGARD DOCTRINE. APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 28, § 5º, DO CDC. Não obstante a previsão contida no art. 50 do Código Civil e no caput do art. 28 da Lei Consumerista, também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Exegese do § 5º do art. 28 do CDC. Sob a égide da Teoria Menor da Desconsideração, consagrada pelo Eg. STJ, basta a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, sendo irrelevante a existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. A sua aplicação vem calcada no disposto no § 5º do art. 28 do CDC e sua incidência não está vinculada às disposições do caput deste dispositivo. A parte agravada não se encontra mais no local em que declarou exercer suas atividades, embora conste do seu cadastro como

empresa ativa. Ainda, não possui patrimônio para saldar suas obrigações. Logo, possível a desconsideração da sua personalidade jurídica em face da insolvência para adimplir suas obrigações, sendo irrelevante a existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial por parte da empresa. Requisitos legais preenchidos. Precedentes do Eg. STJ e desta Corte. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70051959328, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 06/12/2012)

(TJ-RS - AI: 70051959328 RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Data de Julgamento: 06/12/2012, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/01/2013)

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EXECUTADA - RELAÇÃO DE CONSUMO - APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO - ART. 28, § 5º, DO CDC - RECURSO PROVIDO. I) Tratando-se de vínculo proveniente de relação de consumo, aplica-se a Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade (§ 5º do art. 28 do CDC), para qual é suficiente a prova de insolvência da pessoa jurídica, sem necessidade de demonstração do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial. II) Verificada a índole consumerista da relação e o esgotamento, sem sucesso, das diligências cabíveis e razoáveis à busca de bens suficientes para satisfação do crédito do consumidor, é cabível a desconsideração da personalidade jurídica da executada. III) Recurso a que dá provimento.

(TJ-MS - AI: 06003796220128120000 MS 0600379-62.2012.8.12.0000, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 29/01/2013, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 01/02/2013)

O terceiro questionamento diz respeito à possibilidade de um juiz de primeira instância afastar a norma que autoriza o acesso aos bens do empresário com base em uma possível

inconstitucionalidade do diploma legal. Pois bem, antes de iniciarmos a argumentação, é preciso que nos situemos no assunto.

Segundo a Pirâmide de Kelsen, a Constituição da República é a norma que fica no topo, ou seja, é a principal lei de um país, a *Lex legum*. Por ser a lei mais importante, a Constituição torna-se o paradigma de maior validade e fundamento de legitimidade para as leis hierarquicamente inferiores.

Sendo assim, criou-se um mecanismo com a finalidade de analisar a conformidade de leis infraconstitucionais para com a Constituição. Esse mecanismo é conhecido como controle de constitucionalidade.

A inconstitucionalidade de uma norma pode ser definida como o vício que contraria o texto constitucional. Dentre as formas de inconstitucionalidade, devemos nos concentrar na material, uma vez que tal vício deriva do conteúdo do ato normativo que contraria o princípios e diretrizes constitucionais. De acordo com Clever Vasconcelos:

“Na inconstitucionalidade material, substancial ou nomoestática, o vício decorre do conteúdo do ato normativo, tal que não se adequa às diretrizes, princípios e preceitos constitucionais, de forma a gerar um conflito, antinomia, entre as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais, o que ocorreria, por exemplo, com a edição de uma lei que estabelecesse como pena para determinada infração penal a prisão perpétua, que é vedada pelo art. 5º da Constituição Federal.”

Constatado que um juiz pode alegar a inconstitucionalidade da norma, é necessário entender como ocorre o procedimento. A aferição da conformidade da norma com a constituição pode ser feita pelos três poderes. Podemos falar sobre controle preventivo e controle repressivo. O primeiro visa impedir que normas contrárias à Constituição sejam inseridas no ordenamento jurídico, ou seja, ocorre antes da lei ser aprovada, ao passo que o controle repressivo é utilizado somente quando a lei já está vigorando, buscando retirar a norma inconstitucional do ordenamento jurídico.

O controle repressivo é exercido tipicamente pelo Poder Judiciário no Brasil. Há ainda outra subdivisão: Controle Repressivo Concentrado e Controle Repressivo Difuso.

O primeiro fica sob a tutela do Supremo Tribunal Federal, e possui efeito *erga omnes*, ou seja, o que for decidido valerá para todos, enquanto que o controle difuso deve ser exercido caso a caso pelo juiz de primeira instância, e, assim, possui efeito *inter partes*. Clever Vasconcelos sobre o controle difuso:

“A questão constitucional não consiste no objeto principal da lide levada à apreciação do Poder Judiciário, mas surge de forma incidental e prejudicial, fazendo com que o juiz, antes de se pronunciar sobre o mérito da lide, tenha que obrigatória e previamente decidir a questão constitucional.”

No que tange o quarto questionamento, devemos analisar o Código de processo civil e elucidar conceitos relevantes sobre o tema.

As provas são instrumentos utilizados para convencer o magistrado sobre os fatos controvertidos relevantes para o processo. Elas são produzidas pelas partes, tendo como destinatário o Juiz.

Assim como em todos os ramos do Direito, o Direito Processual Civil tem princípios fundamentais. Referente às provas, ganha-se destaque o princípio da persuasão racional, ou livre convencimento fundamentado, positivado no art. 371 do Código de Processo Civil:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Sendo assim, o magistrado deve apreciar as provas e proferir sua decisão de maneira fundamentada.

Em regra, não há hierarquia entre as provas, ou seja, não há prova com valor superior a outra, cabe ao magistrado equilibrar o peso ao formar seu convencimento. Desta forma, o sistema de persuasão racional faz com que o juiz indique os motivos que o levaram a tal decisão, expondo fundamentos e provas que o fizeram chegar no convencimento.

Sobre meio de provas, podemos citar Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

“Os meios de prova são os mecanismos que podem ser usados no processo para investigação e demonstração dos fatos. São os tipos genéricos de provas que se admitem no processo. Não se confundem com as fontes de prova que são os elementos específicos, concretos, que servem para a comprovação de um fato em determinado processo.”

Apesar da legislação acerca das provas ser extensa, não há previsão sobre provas inusitadas, como a carta psicografada em questão. O art. 369 do CPC nos traz que:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Como meio de provas podemos elencar a confissão, ata notarial, depoimentos pessoais das partes, provas testemunhais, documentais, dentre outras. Vale ressaltar que isso é um rol meramente exemplificativo, uma vez que por possuir um caráter genérico, o art. 369 do CPC permite outros tipos de meios, desde que não sejam ilegítimos ou violem o ordenamento jurídico.

A prova documental tem se tornado muito comum. Apesar de ser muito prestigiada, vale relembrar que não existe hierarquia entre provas, logo, a prova documental possui o mesmo

valor que as provas testemunhais, periciais, dentre outras. A distinção entre a prova documental das demais é o caráter passivo da mesma, uma vez que não é necessário que algum agente extraia algo dela, tendo em vista que a informação já está ali.

A carta psicografada tem semelhanças com outros tipos de provas, como a prova documental. Ela possui semelhanças com uma carta, que nada mais é do que um documento escrito particular, que pode conter declaração de vontade ou declarar um fato. O art. 408 do Código de Processo Civil trata sobre o tema:

Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Por se tratar de uma prova documental, ela deve ser anexada aos autos para a apreciação do juiz.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posiciona-se a favor da carta psicografada.

“JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. CARTA PSICOGRAFADA NÃO CONSTITUI MEIO ILÍCITO DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.

Carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes, sobretudo em declarações policiais do corréu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido.

**Apelação Crime Primeira Câmara Criminal Nº70016184012
Comarca de Viamão FABIO ARAUJO CARDOSO
APELANTE/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO MINISTERIO PUBLICO
APELANTE IARA MARQUES BARCELOS APELADO DISCUSSÃO”**

O último questionamento diz respeito à possibilidade de punir Elivelton como agente no crime de homicídio, juntamente com os demais. Novamente, faz-se necessário contextualizar a situação. Após investigações da polícia, constatou-se que Elivelton, um mecânico sem vínculo com a empresa Doha ou com o Aeroporto *Santos Dumont*, recebeu R\$ 10.000,00 para sabotar o avião. Ele retirou partes da asa que resultaria na queda da aeronave, entretanto, após perceber que os “contratantes” haviam deixado o local, voltou e remontou. Outro fato apontado na investigação é que Alessandro, capanga do mandante, encontrou a aeronave sem vigilância e colocou um produto explosivo na cabine, ação que causou a explosão e, conseqüentemente, na morte de todos na aeronave.

A doutrina nos traz que o Código Penal adotou a teoria bipartida, ou seja, um crime se configura com um fato típico e antijurídico.

Fato típico é o fato material que se adéqua perfeitamente aos quatro pressupostos de um tipo penal descrito na lei.

- Conduta
- Resultado (nos crimes materiais)
- Tipicidade
- Nexo de Causalidade (apenas nos crimes materiais)

A conduta pode ser descrita como a ação ou omissão humana, voluntária e consciente, dirigida a um fim. O resultado é a modificação do mundo exterior provocada pela conduta. De acordo com Fernando Capez, a teoria normativa descreve resultado como:

“Resultado é toda lesão ou ameaça de lesão a um interesse penalmente relevante. Todo crime tem resultado jurídico porque sempre agride um bem jurídico tutelado. Quando não houver resultado jurídico não existe crime. Assim, o homicídio atinge o bem vida; o furto e o estelionato, o patrimônio etc.”

O terceiro pressuposto do fato típico, a tipicidade, se resume no enquadramento de uma conduta a um tipo penal descrito no código. Ou seja, para uma conduta ser considerada crime, é necessário que ela esteja previamente positivada no Código Penal.

O nexo de causalidade, último elemento do fato típico, diz respeito à ligação estabelecida entre uma conduta e o resultado, logo, o nexo de causalidade é o que diz se uma conduta deu ou não causa a um resultado.

Conforme dito anteriormente, o crime é um fato típico e antijurídico. Sendo assim, é necessário o preenchimento dos quatro pressupostos do fato típico.

O art. 121 do Código Penal trata sobre o homicídio, crime em questão:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Temos, então, o tipo legal do homicídio: alguém matar alguém. A conduta do agente deve, necessariamente, matar a vítima. Entretanto, após analisar o caso, percebe-se que o mecânico

Elivelton desmontou a asa da aeronave, mas logo após se certificar que estava sozinho, remontou a mesma. O avião caiu decorrente a explosão provocada pela bomba implantada em sua cabine, ou seja, o fato de Elivelton ter desmontado a asa não influenciou em nada a resultado do crime. Sendo assim, não há nexos de causalidade entre a conduta do mecânico e o resultado obtido. O Código Penal é claro ao tratar sobre o tema:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Portanto não podemos falar em responsabilizá-lo criminalmente pelo ocorrido.

Ademais, Elivelton recebeu dinheiro para fazer com que a aeronave caísse, levando a óbito todos que estavam nela. A execução do crime seria apenas retirar partes da asa, ao passo que a consumação seria o avião alçar voo, pois seria inevitável a queda. O mecânico retirou as partes da asa que fariam a aeronave cair, ou seja, havia terminado os atos executórios. Todavia, ele iniciou uma nova conduta que impediu que o resultado fosse produzido. A conduta de Elivelton se enquadra perfeitamente no caso de arrependimento eficaz, previsto no art. 15 do Código Penal.

Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

De acordo com a doutrina de Cristiano Soares Rodrigues, o arrependimento eficaz pode ser definido quando:

“Ocorre quando o agente inicia e completa todos os atos executórios, não havendo mais nada a realizar, porém atua eficazmente impedindo que ocorra a consumação (já fez tudo que tinha para fazer, o agente atua de forma eficaz para que não ocorra a consumação).”

Ressaltamos que Elivelton concluiu os atos executórios, mas teve uma nova conduta que impediu que o resultado ocorresse, logo, responderá apenas pelos atos já praticados. Como não praticou nenhum fato típico e antijurídico, não poderá ser responsabilizado criminalmente.

Assim tem decidido os tribunais no relevante a questão:

EMENTA – APELACAO – Absolvição de réus que respondem por homicídio culposo, em concurso formal, relativamente à morte de dois operários, por soterramento, quando o barranco, ao pé do qual faziam uma valeta, veio a deslizar - falta de nexos de causalidade entre o evento lesivo e a conduta dos agentes - conclusão absolutória correta - recurso conhecido e improvido. Inexiste justa causa para a condenação por homicídio culposo se não se estabelece um nexos causal entre a conduta e o evento lesivo, sendo inadmissível no direito penal a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva. LEGISLACAO: CP - ART 121, PAR 3 . CP - ART 29 . CP - ART 70 . CPP - ART 386, VI. CPP - ART 593 . CPP - ART 600 . CPP

- ART 648, I. JURISPRUDENCIA: RT 149/495. RT 425/306. RT 440/441.

(TJ-PR - ACR: 340827 PR Apelação Crime - 0034082-7, Relator: Nério Spessato Ferreira, Data de Julgamento: 22/08/1996, Primeira Câmara Criminal (extinto TA))

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO – INCÊNDIO EM APARTAMENTO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO VISANDO A CONDENAÇÃO DA APELADA – IMPROCEDENTE – INCÊNDIO EM APARTAMENTO – VÍTIMAS MORTAS POR INALAÇÃO DE GASES E FULIGEM – PROVAS INSUFICIENTES DE AUTORIA – COM O PARECER – RECURSO IMPROVIDO – ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Mesmo demonstrado que a causa do incêndio foi a ignição que acionou o forno na cozinha do apartamento, e que a morte das vítimas foi causada pelo incêndio, não se pode condenar a apelada se não provada a autoria da conduta imputada como causa do incêndio. Não se pode condenar a apelada se não há prova de que ela deixou o forno do apartamento ligado causando o incêndio e a formação de gases e fuligem que suplantaram as portas corta-fogo e invadiram a escada de incêndio, causando o óbito das vítimas.

(TJ-MS 00661073320118120001 MS 0066107-33.2011.8.12.0001, Relator: Des^a. Maria Isabel de Matos Rocha, Data de Julgamento: 06/03/2018, 1ª Câmara Criminal)

Em face ao exposto, a partir das informações prestadas pela consulente e das análises da legislação, jurisprudência e doutrina, opina-se:

1 - Após analisarmos cada pressuposto do ato ilícito, podemos constatar que todos estão presentes no caso, sendo assim, há responsabilidade civil da empresa aérea “Doha Private Air Company EIRELI”, e, conseqüentemente o dever reparar os danos causados, ainda que tenha sido um ato criminoso, ainda que sem culpa.

2 – A forma de atingir o patrimônio do proprietário da empresa Doha, Zayn, é por meio da desconsideração da personalidade jurídica, valendo-se do art. 28 do CDC e também do Art. 28 – § 5º, que trata sobre a relação consumerista, abrangida pela teoria menor.

3 – Um juiz de primeira instância, por meio de um controle repressivo difuso, poderá alegar a inconstitucionalidade da norma que permite o acesso aos bens do proprietário da empresa, o bilionário investidor árabe Zayn.

4 – É possível utilizar a carta psicografada como prova, posto que não viola nenhum dispositivo legal e não é moralmente ilegítimo. Ademais, os extratos bancários conferem credibilidade à carta, já que há um depósito e um saque no mesmo valor declarado na prova.

5 – O mecânico Elivelton não poderá ser responsabilizado criminalmente pelo ocorrido, uma vez que sua conduta não levou ao resultado, ou seja, não há nexos de causalidade. E, de qualquer forma, após concluir os atos executórios, ele realiza uma nova conduta a fim de evitar o resultado, ou seja, a consumação.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 15 de setembro de 2018

Antonio Lopes da Silva Junior

OAB: XXX.XXX

Thalita Carolini Coutinho Alves

OAB: XXX.XXX

PARECER JURÍDICO

Assunto: Responsabilização civil e criminal

Consultante: XXXX

EMENTA: DIREITO CIVIL. Responsabilidade Civil. Possibilidade de reparação civil. Responsabilidade objetiva do transportador. Atividade de risco. Lei nº 7.565/86. DIREITO EMPRESARIAL. Afastamento da responsabilidade limitada. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Fraude caracterizada. Desvio de finalidade. Aplicação do artigo 50 do Código Civil. DIREITO CONSTITUCIONAL. Controle de constitucionalidade difuso incabível. Compatibilidade material da norma com a Constituição. Amparo constitucional da desconsideração da personalidade jurídica. Responsabilidade civil em compatibilidade com a Constituição. PROCESSO CIVIL. Admissibilidade da carta psicografada como meio de prova. Carta psicografada não constitui prova ilícita. Prova indireta. DIREITO PENAL. Impossibilidade de responsabilização criminal. Desistência voluntária caracterizada. Ausência de nexo de causalidade. Causas absolutamente independentes.

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada por XXXX, nacionalidade (...), estado civil (...), profissão (...), portadora do RG nº xx.xxx.xxx-x, inscrita no CPF sob nº xxx.xxx.xxx-xx, endereço completo (...), acerca da possibilidade: a) de reparação civil pela empresa “Doha Private Air Company EIRELI”; b) do alcance do patrimônio de seu representante legal, tendo em vista a inexistência de bens da empresa; c) do afastamento da aplicação de norma que autorize o acesso aos bens do empresário por juiz de primeira instância, tendo como fundamento a inconstitucionalidade da previsão legal, apontando o controle aplicável em tal circunstância; d) da aceitação de carta psicografada como meio de prova judicial;

e) da responsabilização criminal de ELIVELTON pelo homicídio de REINALDO LOBO caso seja comprovado o recebimento de vantagem econômica no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Expostos os questionamentos levantados pela consulente e que embasam o presente parecer, seguem os breves relatos do fato:

REINALDO LOBO, jornalista, casado com a consulente, tinha um cargo de destaque como âncora de um telejornal da principal emissora do país. Recentemente, denúncias voltadas a diversos ocupantes dos cargos de alto escalão da República feitas pelo jornalista, colocaram em risco a segurança de sua família. Foram diversas e constantes ameaças feitas aos seus familiares, fato este que motivou a saída da consulente e seus dois filhos do país.

Decidido a visitar a esposa e os filhos nos Estados Unidos, local onde residiam ocasionalmente, REINALDO LOBO, a fim de evitar a intensa movimentação dos aeroportos muito comum aos finais de ano, decide contratar uma empresa de táxi aéreo para a viagem.

Contando com a indicação de seu motorista ADRIANO, escolhe a empresa “Doha Private Air Company EIRELI”. No dia e horário marcados, REINALDO LOBO realiza o embarque mas a aeronave que levava o jornalista foi alvo de uma explosão poucos minutos após a decolagem, não deixando sobreviventes. Investigações que seguiram o evento revelaram uma planejada ação para o assassinato do jornalista.

A investigação concluiu que dias antes do acidente, o motorista de REINALDO LOBO, foi procurado pelo Deputado Federal JÚLIO, que vinha sendo investigado pela Polícia Federal após veiculação de matéria no telejornal de REINALDO, oferecendo o valor de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) em troca de informações que pudessem pôr fim à vida do jornalista. O motorista que estava acostumado a contratar empresas de táxi aéreo para REINALDO, sugeriu a empresa “Doha Private Air Company EIRELI”, pois sabia que a mesma dispunha apenas de uma aeronave, o que tornaria a sabotagem do avião que transportaria REINALDO algo praticamente certo, cedendo portanto à proposta do Deputado.

A pedido do Deputado, dois rapazes que atendem pelos nomes de CLEITON e ALESSANDRO, foram ao aeroporto conversar com alguns mecânicos de manutenção dos jatos privados, ocasião em que conheceram ELIVELTON, que fazia naquele momento inspeção no trem de pouso da aeronave da “Doha”. Indagaram ao mecânico o que seria capaz de derrubar o avião, e ELIVELTON sugeriu que a ruptura de uma das asas fatalmente causaria um acidente, mas que para isso, algumas peças deveriam ser retiradas. CLEITON oferece então ao mecânico um envelope contendo grande quantia em dinheiro e diz que pagaria R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para que ele sabotasse a aeronave. ELIVELTON aceitou a proposta e prontamente retirou três jogos de peças que faziam a ligação da asa com o corpo do avião, o que a deixaria resistente para decolagem, porém frágil no voo em altitude. Após se despedir de CLEITON e ALESSANDRO, em posse do envelope de dinheiro, ELIVELTON recolocou as peças na estrutura da asa do jato, deixando-a como nova.

ALESSANDRO, relatou a JÚLIO todo o ocorrido mas o Deputado teve dúvidas sobre a eficácia da medida adotada pelo mecânico para a queda do avião e concluiu que colocar explosivos na aeronave da “Doha” era um meio mais garantido. ALESSANDRO então voltou ao hangar e ao encontrar o jato sem qualquer vigilância, com as portas abertas e a escada de acesso montada, tratou de adentrar à aeronave e deixar sob um dos bancos o pacote com dinamites acoplado a um mecanismo de acionamento ativado por ondas de rádio.

Semanas após o acidente, a consultante regressou ao Brasil com os filhos e compareceu a uma reunião mediúnica, ocasião em que um dos médiuns presentes psicografou uma carta supostamente atribuída a REINALDO LOBO, onde o mesmo se dizia em paz e que no dia do acidente levaria aos Estados Unidos uma mala contendo US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares) em espécie. Em consulta aos extratos bancários do jornalista, verificou-se a entrada da quantia referida na carta psicografada, seguida de um saque no mesmo valor. Não foram encontrados entre os destroços da aeronave quaisquer resquícios da suposta mala, nem de cédulas de papel moeda.

A “Doha Private Air Company EIRELI”, pertencente ao investidor árabe ZAYN, tem como único bem declarado o jato executivo Gulfstream que se perdeu no acidente, no entanto foi constatado que seu proprietário detém vasto patrimônio.

É o relatório.

Passamos a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO

a) Da possibilidade de reparação civil pela empresa “Doha Private Air Company EIRELI”.

A responsabilidade está presente em todas as relações humanas, principalmente nas relações em que se estabelece uma obrigação. A relação de responsabilidade se concretiza quando a obrigação de alguma das partes for descumprida. A obrigação poderá surgir da vontade do Estado ou da vontade humana. Neste último caso, ainda observamos o caso de vontade unilateral, como a promessa de recompensa; bilateral, em caso de acordos contratuais e ainda resultantes de ato ilícito.

Importante explorarmos ainda mais a classificação da responsabilidade civil. Duas importantes distinções se dão quanto ao fundamento. Será subjetiva a responsabilidade, quando originada de ato próprio ou culposo sendo considerada a regra do nosso Código Civil. No entanto, será objetiva quando expressamente prevista, como no caso do artigo 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Importante colocação acerca do tema faz GAGLIANO e PAMPLINA FILHO ao se tratar de distinção entre responsabilidade objetiva e subjetiva:

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa — *unuscuique sua culpa nocet*. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova de tal culpa do réu. Todavia, há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém algum tipo de relação jurídica. (2017, p. 62)

Nota-se, portanto, que a responsabilidade objetiva se dá no caso de que a Lei trate ou em caso de atividade de risco desenvolvida pelo autor. Dessa forma, o agente não pode alegar falta do elemento culpa. Apenas o nexo de causalidade entre conduta e dano já são suficientes para explicitar a responsabilidade.

Interessante comentário de GODOY ao artigo 927, exposto acima, esclarece entendimento claro acerca do assunto e da inovação trazida pela inserção da responsabilidade civil objetiva no Código Civil de 2002:

“O art. 927, que inaugura o título destinado ao tratamento da responsabilidade civil, fonte do direito obrigacional, consagra, em seu texto, o que representa inovação do sistema: a coexistência genérica e, segundo se entende, não hierarquizada de regras baseadas na teoria da culpa e na teoria do risco. Ou seja, por ele se altera o modelo subjetivo levado aos Códigos do século XIX, em que o centro da responsabilidade civil sempre foi, quase que exclusivamente, a culpa, tudo a fim de atender a reclamo de uma sociedade mais industrial e tecnológica, pródiga na facilitação da ocorrência de acidentes (fala-se na era dos acidentes ou na civilização dos acidentes) e, assim, na indução a uma desigualdade das relações que dificulta a prova da culpa pela vítima. De outra parte, ocupa-se o novo modelo de Estado social muito especialmente da garantia de preservação da pessoa humana, de sua dignidade. (...)” (2017, p. 882)

Resta claro, portanto, a intenção do legislador em romper com o padrão, motivado pelas inovações do presente século e das relações de consumo, que submetem o contratante a situações de risco. Realmente, nos deparamos com constantes casos de acidentes envolvendo empresas de transportes, e sempre vem à tona a dificuldade de o consumidor-vítima provar a culpa da empresa. Nesse contexto, é que observamos a justa intenção do legislador em deixar nítido que em casos de

dano provenientes de atividade de risco ou expressas por Lei, é obrigação do autor responsável repará-lo, independentemente de culpa.

Conforme abordado anteriormente, a responsabilidade será objetiva em caso de atividade de risco ou quando a lei assim determinar. Tomemos como fundamento para responsabilização objetiva por parte da empresa “Doha Private Air Company EIRELI” por força legal, o artigo 256, da Lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica):

Art. 256 O transportador responde pelo dano decorrente:

I - de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque;

(..)

§ 1º O transportador não será responsável:

a) no caso do item I, se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro, ou se o acidente decorrer de sua culpa exclusiva;

Trata-se claramente de responsabilidade objetiva do transportador, onde o mesmo não pode se eximir sob o argumento de inexistência de culpa. O trecho extraído do Código Brasileiro de Aeronáutica, ainda faz menção às excludentes de responsabilidade do transportador – se a morte ou lesão resultar, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro ou de sua culpa exclusiva, hipóteses estas que claramente não se aplicam ao caso da “Doha Private Air Company EIRELI”

Não se pode olvidar que o nosso Código Civil também tratou de regular o assunto com a previsão do artigo 734:

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de **força maior**, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. (*Grifo nosso*)

Maior cuidado teremos ao interpretar o termo em destaque, uma vez que no caso em questão não se trata de força maior, mas sim da ação de terceiros. Neste sentido, o artigo seguinte tratou de garantir que tal circunstância não exima a responsabilidade do transportador:

Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Quanto ao fato gerador, sabe-se que pode ser extracontratual ou contratual. Quanto ao primeiro, trata-se de inadimplemento normativo, casos de violação de normas externas ao contrato. Já na segunda classificação, a responsabilização civil do agente é proveniente de ato ilícito contratual, concretizado por uma violação de norma prevista no contrato. Trata-se esta da que nos é interessante e cabível no caso da responsabilização da empresa aérea DOHA. Importante ressaltar que o contrato em questão será a espécie de passagem aérea adquirida por ROBERTO LOBO, no ato da contratação da prestação de serviços. Trataremos também como fato óbvio a responsabilidade da empresa em prestar serviços que ofereçam segurança aos seus clientes, sendo aplicada em todo o contexto, incluindo o momento anterior ao embarque dos passageiros. Neste sentido dispõe o artigo 233 da Lei nº 7.565/86:

Art. 233 A execução do contrato de transporte aéreo de passageiro compreende as operações de embarque e desembarque, além das efetuadas a bordo da aeronave.

A partir da leitura do dispositivo supra, resta claro que a empresa “Doha Private Air Company EIRELI” por força da responsabilidade contratual existente, responde objetivamente pelas operações envolvidas no momento do embarque e desembarque, incluindo o ato negligente de deixar a aeronave completamente exposta sem qualquer vigilância, fato este que resultou no acidente em questão.

Não se pode ainda olvidar que além da responsabilidade contratual envolvida, em razão da ilicitude caracterizada à luz do artigo 186 do Código Civil, fica configurada também a responsabilidade extra contratual, pelo fato de corresponder à violação de uma norma.

b) Da possibilidade de alcance ao patrimônio do empresário, tendo em vista a inexistência de bens da empresa.

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, tipo em que se enquadra a “Doha Private Air Company EIRELI” é uma inovação recente, proveniente de uma necessidade de ajustes no Código Civil, no contexto empresarial.

Antes dessa alteração, dada pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, firmavam-se muitas “sociedades aparentes”, ou seja, aquelas nas quais se usava, por exemplo, o nome da esposa que não possuía vínculo nenhum com a atividade empresarial, mas emprestava a sua personalidade física para que nascesse a sociedade limitada. O intuito dessa distorção certamente era usufruir da limitação patrimonial, possibilitada pelas Sociedades Limitadas.

Detectada essa situação e outras necessidades de adaptação e incentivo à atividade empresarial, surge a possibilidade de uma empresa de responsabilidade limitada, porém, sem a necessidade de um sócio. A empresa individual de responsabilidade limitada é composta apenas por um titular, como prevê a sua legislação específica (Lei nº 12.441/11):

TÍTULO I-A

DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

(...)

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

Consagrada no rol do artigo 44 do Código Civil, cumpre destacar a grande importância em relação ao anseio empresarial daqueles que buscavam a oportunidade de ter o seu próprio negócio sem a necessidade de associar-se, ou usar de meios antiéticos para isso, conforme já abordado, além de não precisar comprometer todo o seu patrimônio.

Essa vantagem relacionada à limitação patrimonial é certamente o mais interessante ao titular. Cabe-nos explorar o conceito envolvido na questão da limitação patrimonial.

O Código Civil divide as empresas basicamente em dois grupos, levando em conta a sua personalidade ou não jurídica. No primeiro caso, das personificadas, encontram-se as empresas de responsabilidade limitada. Enquanto nas não personificadas, o sócio tem responsabilidade pessoal, nas personificadas, somente o ente constituído é responsável.

Entendemos, então, que a Doha se enquadra nesse último grupo, sendo personificada e de responsabilidade limitada ao ente constituído. Dessa forma, em regra, o patrimônio da empresa é o único que responde por ela.

Essa personificação de limitação é interessante ao ordenamento jurídico, até certo ponto. Enxerga-se como favorável, pois a exploração e desenvolvimento socioeconômico são interessantes ao Estado e a sociedade em geral. Se o empresário teme os riscos possíveis dessa atividade empresarial, o ordenamento concede a ele um “escudo jurídico” limitador de prejuízos pessoais.

A limitação patrimonial nada mais é do que um mecanismo de proteção aos bens pessoais do empresário. No entanto, quando essa personificação limitadora passa a ferir o restante da sociedade, o “escudo jurídico” é retirado das mãos do empresário, num ato de justiça com os prejudicados pela empresa.

Esse ato, chamado de descon sideração da personalidade jurídica, é nobremente doutrinado por VENOSA e RODRIGUES:

“A personificação das sociedades é a chave do sucesso da atividade empresarial e, conseqüentemente, dotada de fundamental valor para o ordenamento jurídico. O interesse colimado com a personificação – progresso e desenvolvimento econômico – só cederá espaço quando a finalidade social do direito e não simplesmente o interesse do credor for lesado. A responsabilidade patrimonial, assim, caracteriza-se pela sujeitabilidade do patrimônio de alguém às medidas executivas destinadas à realização do direito material já decidido. Portanto, constitui regra geral do nosso sistema jurídico, que os bens dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão quando a ação predatória tiver sido realizada contra disposições legais ou disposições contratuais ou estatutárias”. (2017, p. 107)

Analogamente, infere-se esta possibilidade de afastamento da limitação de responsabilidade, como um ato formal do magistrado, através de decisão interlocutória, para que assim, afaste a personalidade jurídica com finalidade de solicitar a quitação de dívidas aos sócios, ou sócio, como no caso propício a empresas individuais de responsabilidade limitada.

Vastas são as possibilidades legais para requerer o afastamento da pessoa jurídica ao juiz, elencadas em diversas normas do nosso sistema, como na Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 4º.

Outra clássica aplicação refere-se ao Código de Defesa do Consumidor, que já era amplamente explorada no judiciário antes da aceitação como um todo no ordenamento jurídico brasileiro. Enxergamos no artigo 28 a essência do Código do Consumidor estendido ao âmbito processual, ou seja, e preocupação com a fragilidade do consumidor num contexto de desproporcionalidade e desvantagem com relação ao fornecedor, observemos:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Sendo a parte mais vulnerável da relação, o consumidor sempre deverá receber tratamento diferenciado, de modo a se igualar ao fornecedor, parte mais experiente e forte. Além disso, o princípio constitucional da Isonomia, dá margem para que o juiz atue de ofício.

A desconsideração da pessoa jurídica foi introduzida pela jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro por influência americana e inglesa. A Teoria da desconsideração da personalidade jurídica, no entanto, já estava sendo aplicada em casos consumeristas e ambientais e foi, formalmente consagrada pelo Código Civil. Desde então, estendeu-se à todo o ramo cível, e por vezes, às demais áreas jurídicas. Analisemos o artigo 50, portanto, onde encontramos os fundamentos e hipóteses para o possível afastamento da pessoa jurídica:

Art. 50. Em caso de **abuso da personalidade jurídica**, caracterizado pelo **desvio de finalidade**, ou **pela confusão patrimonial**, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os **efeitos de certas e determinadas relações de obrigações**

sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. *(Grifos nossos)*

Primordial ao prosseguimento de nosso exercício de assimilação é compreender a estrutura e intenção nos dizeres do legislador diante deste artigo. A princípio, observamos a situação hipotética inicial, sobre a qual se estrutura o restante do texto. A hipótese inicial é o abuso da personalidade jurídica, a qual pode ser caracterizada, por desvio de finalidade, decorrente de fraude, ou confusão patrimonial.

O desvio de finalidade é basicamente caracterizado por utilização da autonomia patrimonial para fins ilícitos. Desta maneira, conceitua VENOSA e RODRIGUES:

Desvio de finalidade é o uso inadequado da pessoa jurídica, fora dos fins a que se presta a personificação. A personificação sendo um dos pilares do desenvolvimento econômico visa amenizar os riscos da atividade econômica e, por essa razão, não pode ser utilizada com fins estranhos ao seu fundamento. O desvio de finalidade como requisito da desconsideração ocorre quando os fins buscados no manejo da pessoa jurídica são ilícitos. Simples desvio de finalidade sem propósito ilícito não realiza esse requisito. Essa ilicitude decorre da utilização de artifícios maliciosos para prejudicar terceiros; decorre da prática de fraude. (2017, p.108)

Casos de fraude são muito comum no contexto empresarial brasileiro, principalmente exteriorizando-se como encerramento ilegal de atividades, ocultação de patrimônio, desvio de recursos, fraude de balanço ou sucessões fraudulentas.

Por sua vez, a confusão patrimonial, como o nome por si já diz, existirá quando não houver divisão clara entre o patrimônio social, que é o da empresa, com o do sócio. Dessa forma, rompe-se a barreira que fazia divisão e preservava a autonomia patrimonial.

De acordo com Francesco Galgano (Derecho comercial. Bogotá: Temis, 1999, p. 260), conforme citado por VENOSA e RODRIGUES (2017, p. 109):

“el accionista trata los bienes sociales como suyos, haciendo retiros de las cajas sociales a su antojo y, por el contrario, paga las deudas sociales con dinero propio o garantiza sistemáticamente el pago con su propio patrimonio” (Tradução livre: “o acionista trata os bens sociais como seus, fazendo retiradas sociais à vontade e, pelo contrário, paga as dívidas sociais com dinheiro próprio ou garante dívidas com seu próprio patrimônio”). (199, p. 260)

Seguindo esse raciocínio, alcançamos a compreensão de que, para que haja confusão patrimonial não basta apenas uma miscelânea nas contas do sócio e empresa, mas é necessário haver condutas suficientes que comprovem a vontade do sócio em usar o patrimônio empresarial para fins pessoais e também o inverso, usar bens pessoais como garantia de empréstimo para a empresa, por exemplo.

Ressaltando ao que já foi abordado, faz-se mister explorar uma das formas de fraude: a ocultação de patrimônio.

A prática fraudulenta de ocultar patrimônio significa dar um destino desconhecido aos bens da empresa. Esse ocultamento geralmente é feito com a transferência para o nome de laranjas. A finalidade, na maioria das vezes, é eximir-se das obrigações, como o recolhimento e impostos e adimplemento de dívidas. Apesar de tão comum, a prática pode chegar ao status de crime, a denominada fraude contra credores.

No caso em análise, verificamos indícios de fraude por parte do proprietário da empresa área DOHA. Diante de um histórico bilionário, o investidor ZAYN, certamente possui patrimônio bilionário, muitíssimo maior do que o capital social investido na EIRELI. Outrossim, causa estranheza e leva-nos a questionar a respeito do faturamento com as viagens aéreas, as quais indubitavelmente não eram de valores populares, mas sim, destinada ao público milionário. Assim, levanta-se a evidência de fraude fundamentada pela ocultação patrimonial.

Por conseguinte, sendo a fraude um de desvio de finalidade, constata-se esta como uma das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, segundo o art. 50 do Código Civil.

Fica evidente, portanto, o abuso de personalidade jurídica, que a relação de obrigação decorrente de reparação de danos ocasionados pelo acidente aéreo, entre a DOHA e o espólio de REINALDO LOBO, seja estendida ao administrador da pessoa jurídica.

Ademais, ao relembrarmos os casos de autorização de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito consumerista, conforme abordado anteriormente, observada a insolvência da pessoa jurídica, ou seja, o inadimplemento, cabe adentrar ao patrimônio do administrador para cumprimento das obrigações.

Desta maneira, já que a empresa aérea não possui bens para adimplemento de sua responsabilidade civil, a responsabilidade patrimonial recai sobre o titular ZAYN, devendo o juiz determinar que o bem do proprietário responda pela reparação de danos decorrentes do acidente aéreo.

A este respeito, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já decidiram, conforme se extrai dos seguintes julgados:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÕES E RESCISÃO CONTRATUAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 50 DO CC/2002. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE AFIRMA A EXISTÊNCIA DE CONFUSÃO PATRIMONIAL E INDÍCIOS DE FRAUDE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No caso, em que se trata de relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). 2. A convicção formada pelo Tribunal de origem acerca da presença dos requisitos necessários para ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, ante a ocorrência de confusão patrimonial e indícios de fraude, para impossibilitar o cumprimento das obrigações firmadas, decorreu dos elementos existentes nos autos, de forma que rever o acórdão objurgado, no caso, importaria necessariamente o reexame de provas, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 3. A incidência da Súmula 7 do STJ

é óbice também para a análise do dissídio jurisprudencial, o que impede o conhecimento do recurso pela alínea c do permissivo constitucional. Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - AgInt nos EDcl no AREsp: 100831 RS 2011/0236926-9, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 16/08/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/09/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA EMPRESA DEVEDORA, COM O FIM DE DIRIGIR A EXECUÇÃO AO PATRIMÔNIO DOS SÓCIOS. PEDIDO DEFERIDO EM PRIMEIRO GRAU. Prevalência do pleito dos exequentes, para cuja satisfação se faz a execução forçada. Título constituído contra pessoa jurídica, que se oculta deliberadamente da penhora, nem indica bens sobre os quais incidisse. Manutenção desta como executada, sem prejuízo de chamar-se à responsabilidade os seus sócios. Aplicação do art. 50 do vigente CC. Recurso desprovido.

(TJRJ, AI n. 2007.002.20679, rel. Des. Jesse Torres, j. 29.08.2007)

- c) Da possibilidade de afastamento da aplicação de norma que autorize o acesso aos bens do empresário por juiz de primeira instância, tendo como fundamento a inconstitucionalidade da previsão legal, apontando qual seria o controle de constitucionalidade aplicável a esta circunstância.**

No sistema jurídico pátrio qualquer juiz ou tribunal pode controlar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo através do controle difuso. Trata-se de um controle de constitucionalidade repressivo, utilizado para garantir a aplicação da norma de modo compatível com a Constituição. Caso haja incompatibilidade com a Lei Maior, poderá o juiz, diante do caso concreto, através do controle difuso decretar a nulidade do dispositivo, instrumento este que produz efeito inter partes.

Passaremos a analisar na sequência o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e a reparação civil à luz da Constituição Federal para verificar a possibilidade do exercício de controle difuso.

O artigo 1.024 do Código Civil consagra o princípio da autonomia patrimonial, o qual limita a responsabilidade patrimonial dos sócios:

Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Tal dispositivo tem o intuito de garantir a proteção ao patrimônio dos sócios, levando em conta o direito à propriedade previsto no artigo 5º da Constituição. Apesar de se tratar de um direito fundamental, cumpre destacar que nenhum é absoluto, podendo ser relativizado na medida em que for colocado em confronto com outro direito fundamental ou em caso de cometimento de atos ilícitos, como ocorre com a propriedade onde é imprescindível que a mesma sempre atenda à função social. É o que se observa em nosso ordenamento jurídico quando a autonomia patrimonial dos sócios pode ser afastada através descon sideração da personalidade jurídica. A responsabilidade limitada serve como escudo de proteção ao patrimônio privado dos sócios, no entanto, a descon sideração é permitida em casos de cometimento de atos ilícitos e fraudes contra credores.

O *caput* do artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil aponta para alguns princípios voltados à ordem econômica do estado: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, existência digna e a conformidade com os ditames da Justiça Social:

Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

É certo que no rol do referido dispositivo encontra-se o princípio da propriedade privada o qual assegura ao indivíduo o direito à aquisição de bens e meios de produção, servindo assim como uma maneira de limitar a ação do Estado diante

de sua propriedade particular. Em contrapartida, sabemos que em hipótese de não atendimento à função social, a propriedade pode sofrer intervenção estatal.

Em caso de fraude, como a que foi cometida pela empresa “Doha Air Company EIRELI”, há nítida violação aos princípios constitucionais da ordem econômica. A atividade de uma empresa não é isolada e deve ser vista como parte integrante da sociedade, não podendo atuar de modo a ferir o direito de uma coletividade ou de terceiros. Assim sendo, o Estado tem o dever de garantir a proteção dos direitos coletivos e a reparação de danos causados a terceiros em decorrência de uma atividade empresarial.

Neste sentido, tomemos como fundamento o artigo 927 do Código Civil assegura o direito à reparação aos que forem vítimas de danos causados por ato ilícito:

Art. 927. Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Faz-se mister observar tal dispositivo à luz da Constituição, pois muito antes de integrar a esfera da responsabilidade civil, resguarda implicitamente alguns princípios constitucionais. O Brasil enquanto Estado Democrático de Direito, erigiu logo no art. 1º da Constituição, a dignidade da pessoa humana como um de seus pilares:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político. (*Grifo nosso*)

Ademais, acerca da dignidade bem coloca MORAES¹:

¹ Conferir sobre o princípio da dignidade da pessoa humana: STF – REextr. nº 352.940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, decisão: 25-4-2005 – Informativo STF nº 385, p. 3 (direito à moradia e bem de família); STF – Pleno – ADI 1946/DF – Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 16 maio 2003, p. 90 (direito à igualdade da mulher e não discriminação); STF – Plenário – ADPF 54 QO/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 27-4-2005 – Informativo STF nº 385, p. 1 (direito à vida).

“(…) é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar (…)”. (2017, p.18)

Resta claro que a dignidade da pessoa humana coloca o indivíduo como um ser detentor de direitos fundamentais perante o Poder Público e a sociedade em que está inserido, os quais um Estado Democrático de Direito tem o dever de assegurar. No entanto, o que se percebe é que tal princípio não se aplica somente na relação Estado-indivíduo, mas também diante das relações privadas no âmbito civil e comercial.

A responsabilidade civil, embora tenha uma natureza sancionadora busca através da reparação do dano causado, a proteção de direitos invulneráveis da vítima. Olhando sob a ótica constitucional, é possível notar o valor da dignidade da pessoa humana inserido no contexto civilista, acerca do assunto discorre GAGLIANO:

“É muito importante, pois, que nós tenhamos o cuidado de nos despir de determinados conceitos egoisticamente ensinados pela teoria clássica do Direito Civil, e fixemos a premissa de que o prejuízo indenizável poderá decorrer – não somente da violação do patrimônio economicamente aferível – mas também da vulneração de direitos inatos à condição de homem, sem expressão pecuniária essencial”. (2017, p.87)

Ademais, a reparação civil encontra também respaldo constitucional no sentido em que a Constituição tratou de assegurar que nenhuma ameaça ou lesão a direito seja excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme disposição do inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Retomando à questão da autonomia patrimonial, resta claro que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, não visa única e exclusivamente o

alcance ao patrimônio do sócio, mas sim garantir a proteção da dignidade da pessoa humana ferida da vítima, princípio também consagrado pela Constituição considerado norteador de um Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão não há o que se falar em inconstitucionalidade da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que por força de previsão constitucional, a empresa “Doha Private Air Company EIRELI” feriu o princípio da ordem econômica ao cometer fraude que resultou na lesão de direito de terceiros. Desta forma, é sabido que o Poder Judiciário não deve deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito conforme o ditame constitucional.

Não há possibilidade de afastamento por juiz de primeira instância mediante exercício do poder difuso, uma vez que a desconsideração da personalidade jurídica no caso em questão é compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente no que tange ao seu requisito material.

d) Da aceitação de carta psicografada como meio de prova judicial.

Há uma crescente discussão atual envolvendo a religião na jurisprudência, doutrina e sociedade como um todo. Polêmicas que envolvem pesquisas com células-tronco de embriões, aborto, transfusão de sangue em relação às Testemunhas de Jeová, casamento homoafetivo, concursos e vestibulares aos sábados para os adventistas e a questão dos crucifixos nas repartições públicas, inclusive nos tribunais, são realidades no âmbito jurídico que estão em desenvolvimento.

Neste mesmo contexto, tem se tornado também conhecido o tópico da aceitabilidade ou recusa de provas de cunho religioso. Passaremos a analisar, mais especificadamente, a aceitabilidade das cartas psicografadas como fonte de prova documental no processo.

Primeiramente, nota-se o extremo certame no âmbito processual-penal, o qual tem aumentado ainda mais diante da crescente aceitabilidade dos tribunais. Tendo como base a laicidade do Estado brasileiro, abre-se margem para o cidadão usufruir de sua liberdade religiosa e numa situação hipotética, se envolver em uma lide relacionada ao seu credo. Ou ainda, que fatos ocorridos fora do contexto religioso do indivíduo, tenham ligação com a sua fé. No caso em análise, a prova produzida em meio religioso, crença espírita, a saber, por meio de cartas psicografadas por médiuns numa reunião, levou a uma descoberta importantíssima para o processo, referente a uma enorme quantia em dinheiro. A questão de aceitabilidade dessa prova é de cunho importantíssimo para a justiça e proporcionalidade às partes.

Primeiramente, nota-se o extremo certame no âmbito processual-penal, o qual tem aumentado ainda mais diante da crescente aceitabilidade dos tribunais. O posicionamento dos magistrados e Tribunais de Justiça tem se tornado cada vez mais flexível em aceitar cartas psicografadas como fonte de prova documental, sobretudo em julgamentos do Tribunal do Júri, conforme se extrai do seguinte julgado:

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS
APELAÇÃO CRIME
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
Nº70016184012
COMARCA DE VIAMÃO

JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. CARTA PSICOGRAFADA NÃO CONSTITUI MEIO ILÍCITO DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. Carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes, sobretudo em declarações policiais do co-réu, que depois se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido.

No entanto, ainda há muitos posicionamentos contrários a admissibilidade das cartas psicografadas no âmbito processual-penal, devido à impossibilidade de comprovação da veracidade da informação nela contida. A questão torna-se ainda mais delicada por se tratar de crime. Em respeito à dignidade da pessoa humana, torna-se inseguro e até antiético da parte do juiz ou tribunais como um todo, aceitar uma prova duvidosa e com base nela, condenar alguém, que, num caso hipotético, poderia ter sua inocência comprovada se não fosse a carta psicografada.

Todavia, no presente caso, tratamos de uma prova segura, pois além da veracidade dos fatos nela contida, trata-se de uma prova indireta, ou seja, que não se relaciona diretamente com o fato probatório. A carta psicografada na reunião mediúnica, atribuída a REINALDO, com destino à ELISA, apenas traçou o caminho para chegarmos à prova direta, que é o extrato bancário. Desta maneira, não há problema algum em aceita-la como prova, ainda mais por se tratar de processo no âmbito civil cuja aceitação é em tese mais favorável por recair sobre o patrimônio do indivíduo ao contrário do processo penal que deve ser analisado com mais cautela por envolver a privação de sua liberdade.

A princípio, é interessante compreendermos que o objetivo da prova é atestar um fato através de um meio de prova, para convencimento do juiz ou das partes. Para cada fato, é necessário uma ou mais formas de comprová-lo. Para um mesmo fato pode ser demonstrada a sua verdade por diferentes meios. Um acidente automotivo, por exemplo, pode ser comprovado por depoimento pessoal, perícias, confissões ou provas documentais como uma filmagem ou fotografia. Esses meios de prova não necessariamente precisam ser típicos, ou seja, expressamente previstos em legislação.

No Brasil, é admitido qualquer meio de prova, seja típico ou atípico, desde que lícitos. Essa licitude é que freia a questão da tipicidade probatória, que não a deixa chegar ao status de plena e absoluta. Os limites legais são encontrados na Constituição e no Código de Processo Civil.

Fato é que o Princípio da ampla defesa e contraditório assegura à parte usar de todos os métodos para se defender, dentro dos limites materiais e processuais. Para tanto, é necessário apenas que a prova esteja dentro desses parâmetros para que o magistrado a aceite nos autos do processo. E quais seriam os limites desses parâmetros, portanto?

Os extremos para a admissibilidade de uma prova estão basicamente relacionados à sua licitude. O juiz determinará a produção de provas que são realmente relevantes para o processo e aceitará aquelas produzidas de forma lícita. Encontramos uma clara advertência a respeito de provas ilícitas na Carta Magna:

Art 5º, inciso LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Além desse importante dispositivo, observamos respaldo também no próprio Código de Processo Civil:

Art. 369: As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código para provar a verdade dos fatos, em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Desta maneira, chegamos à conclusão que a regra geral para a aceitabilidade de uma prova é que ela e a sua produção utilizou de meios probatórios legais e moralmente legítimos.

Continuando a averiguar às primeiras letras do artigo 369 do Novo CPC, contemplamos fundamento para a admissibilidade de carta psicografada como fonte de prova no processo. Sobre essa questão, doutrina GONÇALVES:

“Discute-se, hoje, sobre a possibilidade de produção de provas atípicas. São as que não estão previstas no ordenamento jurídico, ainda que lícitas. O nosso art.

369 não permite dúvidas a respeito: o rol de provas mencionado na lei é *numerus apertus*. Como exemplos de provas atípicas podem ser citados a prova emprestada, as constatações feitas por oficial de justiça e até, em casos excepcionais, o comportamento extraprocessual das partes, como entrevistas concedidas à imprensa, que, a princípio irrelevantes, podem eventualmente ajudar na formação da convicção judicial". (2017, p.44)

Analogamente, além dos exemplos citados por GONÇALVES, destacamos o nosso objeto de discussão, que não se encontra especifica em legislação: a carta psicografada, como prova documental.

Estabelecida dentro dos parâmetros legais como uma prova lícita, cumpre destacar a importante distinção entre a classificação dos tipos de provas. As diretas são aquelas relacionadas de maneira imediata ao fato a ser comprovado, por exemplo, um recibo. Por sua vez, a indireta é aquela que não se relaciona com o fato a ser comprovado, mas que através dela, forma-se um caminho para chegar até esse fato principal. Ou seja, não se comprova o fato em si, mas através da comprovação de outros fatos, chega-se à conclusão da verdade.

Através dessa distinção, nota-se que a carta psicografada é uma prova do tipo indireta. Assim, no caso em análise, ela não provará o fato em si, mas nos leva até um fato que já é uma prova por si só. Ou seja, na carta psicografada pelos médiuns na reunião frequentada por ELISA, atribuída a REINALDO, com destino à sua esposa, ele relata a respeito de um valor (US\$ 1.000.000,00, em espécie), que estaria sendo levado por ele na viagem. E foi através desta informação obtida através da carta, que motivou e induziu à consulta dos extratos bancários, nos quais se constatou a exata quantia descrita na psicografia, que havia sido sacada pelo jornalista. O extrato, portanto, é uma prova direta, mas que foi obtida por meio de uma prova indireta: a carta psicografada.

Por esta razão, não resta dúvidas de que a carta psicografada na reunião mediúnica, atribuída a REINALDO, para comunicação com sua esposa ELISA, deva ser utilizada como prova no processo, ao qual se pede a reparação de danos pela perda do dinheiro, sobre o qual não foram encontrados resquícios na mala e nem nos destroços do avião.

e) Da responsabilização criminal de ELIVELTON pelo homicídio de REINALDO LOBO caso seja comprovado o recebimento de vantagem econômica no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

No ordenamento jurídico a responsabilidade consiste no dever de reparação de um dano causado a outrem. No âmbito penal, o sujeito se torna criminalmente responsável a partir do momento em que fere um bem relevante para a sociedade, praticando fato típico, antijurídico e culpável. Faz-se mister analisar portanto a conduta do agente mediante o conceito analítico de crime para verificar a existência ou não de fato criminoso.

Passaremos a observar primeiramente o concurso de pessoas, pois diante do caso ora apresentado não resta dúvidas de que se trata de crime de participação. No entanto, dar-se-á enfoque à conduta de ELIVELTON, a fim de identificar sua contribuição para a prática delitiva, bem como a possibilidade de sua responsabilidade criminal.

O artigo 29 do Código Penal Brasileiro assim trata o *concursum delinquentium*:

Art. 29 – Quem de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Dentre as diversas teorias envolvendo a participação, o Código Penal adota a monística ou unitária, que embora busque responsabilizar todos os participantes pela prática do crime principal, permite uma “dosagem” quanto à aplicação da pena levando em conta a efetiva participação do agente no cometimento do delito, como se observa no trecho: “na medida de sua culpabilidade”.

Neste diapasão, a participação pressupõe alguns requisitos, como: a pluralidade de participantes e de condutas, isto é, a concorrência de várias pessoas para um

mesmo crime; o vínculo subjetivo entre os participantes; a identidade da infração penal; e a relevância causal da conduta que em outras palavras consiste na eficácia de seu comportamento para o resultado, neste último caso discorre BITENCOURT:

“A conduta típica ou atípica de cada participante deve integrar-se à corrente causal determinante do resultado. Nem todo comportamento constitui “participação”, pois precisa ter “eficácia causal”, provocando, facilitando, ou ao menos estimulando a realização da conduta principal”. (2015, p. 211)

No conceito analítico de crime, em se tratando de crimes materiais como o de homicídio, a existência de nexo causal é indispensável para configuração do fato típico. O mesmo se observa no concurso de pessoas, uma vez que a relevância causal da conduta constitui um de seus requisitos, não sendo deste modo possível a imputabilidade daquele que não deu causa ao resultado.

Neste sentido, resta claro que ELIVELTON não poder ser considerado partícipe devido à ausência de relevância causal da sua conduta para com a produção do resultado. Não há nenhuma dúvida de que a conduta de ELIVELTON caracteriza desistência voluntária, prevista no artigo 15 do Código Penal Brasileiro:

Art. 15 – O agente que, voluntariamente, desiste prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos praticados”.

Ao recolocar as peças da aeronave, ELIVELTON não completa o *iter criminis* voluntariamente e não por circunstâncias alheias à sua vontade, afastando, portanto qualquer hipótese de punição por tentativa.

O *iter criminis* é o caminho que o crime percorre desde a fase de cogitação até a consumação do delito. Sabe-se que a fase de cogitação está fora do alcance do Direito Penal, uma vez que pertence única e exclusivamente à consciência do indivíduo. Já as fases de preparação e execução, por constituírem em elementos

externos ao agente são puníveis, no entanto, existe uma linha muito tênue entre eles, tendo como única diferença a fase do *iter criminis* em que cada um ocorre. Enquanto o arrependimento eficaz termina a fase de execução e impede voluntariamente a consumação do delito, na desistência voluntária o agente não chega sequer a concluir a fase de execução, entendemos portanto que este seja o aplicável ao caso de ELIVELTON, tendo em vista que ele interrompe a prática delitiva na fase de execução (sabotagem da aeronave) sem permitir que o crime se consuma.

Faz-se mister observar que o instituto da desistência voluntária afasta a punibilidade da conduta uma vez que o agente não chega a ferir o bem jurídico, pois impede a consumação do crime, conforme se extrai do seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. INTERRUÇÃO DO ITER CRIMINIS POR VOLIÇÃO DO AGENTE. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA RECONHECIDA. IMPROVIMENTO DO APELO. 1. Se a não consumação do delito se dá por ato voluntário do agente e não por circunstâncias alheias à sua vontade, que exige fatores externos à conduta temos a figura da desistência voluntária, como in casu. 2. A atitude do agente que, podendo chegar à consumação do crime, interrompe o processo executivo por sua própria deliberação, ou seja, o agente quando inicia a realização de uma conduta típica, pode, voluntariamente, interromper a sua execução, caracteriza a excludente da tipicidade delineada no art. 15, do Código Penal.

(TJ-AC 00034768820138010001 AC 0003476-88.2013.8.01.0001, Relator: Pedro Ranzi, Data de Julgamento: 25/08/2016, Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/08/2016)

Não bastasse a desistência voluntária caracterizada, o acidente envolvendo a aeronave teve causa absolutamente diversa da conduta de ELIVELTON – a colocação de explosivos no interior da cabine.

Motivo este que somente retoma a ideia de ausência de relevância causal de sua conduta para que seja considerado agente integrante do concurso de pessoas. Nem mesmo a vantagem econômica percebida por ELIVELTON constitui causa para a produção do resultado, tal afirmação facilmente se comprova através da utilização do juízo hipotético de eliminação, neste sentido esclarece NUCCI:

“Para apurar se alguma circunstância fática é causa do crime, deve-se utilizar o critério do juízo hipotético de eliminação, ou seja, abstrai-se determinado fato do contexto e, se ainda assim o resultado se produzisse, não seria ele causa do resultado”. (2014, p.166)

Ora, se ELIVELTON recolocou as peças sem o conhecimento de CLEITON e de ALESSANDRO, se ambos os partícipes e inclusive o autor intelectual (Deputado JULIO) imaginavam que a aeronave ainda estaria sabotada e mesmo assim não se viram impedidos de colocar explosivos na cabine, logo se constata que o recebimento ou não do dinheiro foi absolutamente irrelevante para a explosão, já que a mesma teria ocorrido de uma forma ou de outra. Utilizando o juízo hipotético de eliminação, suponhamos que ELIVELTON recusasse o dinheiro no momento que lhe foi oferecido. Certamente o Deputado JULIO e os dois partícipes teriam encontrado outros meios para garantir que um acidente fosse causado na aeronave, tanto que assim o fizeram mesmo imaginando que a mesma já estaria sabotada. Logo, conclui-se que nem mesmo a vantagem recebida por ELIVELTON é capaz de estabelecer nexos de causalidade com o resultado produzido.

Ademais, sabe-se que sem relevância causal não se configura participação e sem a existência de nexos de causalidade não se obtém fato típico, elemento essencial que compõe o conceito analítico de crime, tomemos como fundamento o artigo 13 do Código Penal Brasileiro, que assim dispõe:

Art. 13 O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Sabendo que em caso de ocorrência de desistência voluntária o agente só responde pelos atos já praticados, o mero recebimento da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a prática da sabotagem, entendemos que é penalmente irrelevante, uma vez que não constitui conduta prevista como crime no Código Penal Brasileiro ou em qualquer legislação especial. Não se pode olvidar

que a este respeito o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal assegura que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”, preceito este que o Código Penal Brasileiro tratou de amparar integralmente logo em seu artigo 1º, referindo-se essencialmente ao princípio da legalidade – *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

É certo que o artigo 261 do Código Penal Brasileiro tipifica como crime o atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo:

Art. 261 Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea:

Pena – reclusão, de dois a cinco anos.

No entanto, resta claro que para caracterização do delito é necessário que o agente efetivamente exponha a perigo a embarcação, o que não acontece no caso em análise, uma vez que a desistência voluntária de ELIVELTON afasta qualquer possibilidade de risco à aeronave e conseqüentemente a tipicidade da conduta. O crime do artigo 261 também faz menção a uma qualificadora – a prática do crime com o fim de lucro:

§ 2º Aplica-se, também, a pena de multa, se o agente **pratica o crime** com o intuito de obter vantagem econômica, para si ou outrem. (*Grifo nosso*)

Nota-se que nos termos do dispositivo legal supra o termo em destaque refere-se essencialmente à consumação do delito para que a pena de multa seja aplicada, caso o agente obtenha para si ou outrem vantagem econômica. Tendo em vista que o crime não se consumou, não há o que se falar em aplicação de qualificadora prevista no § 2º do artigo 261.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, a partir das informações prestadas pela consultante seguida de análise da legislação aplicável, opina-se:

a) Pela possibilidade de reparação civil por parte da empresa “Doha Private Air Company EIRELI” tendo em vista que sua responsabilidade é objetiva tanto por força legal (artigos 734 e 735 do Código Civil, e artigo 256 da Lei 7.565/86 - Código Brasileiro de Aeronáutica), quanto pelo exercício de atividade de risco, não podendo a empresa se eximir da responsabilidade sob o argumento da ausência de culpa ou ação de terceiros;

b) Pela possibilidade de alcance aos bens do titular da empresa “Doha Private Air Company EIRELI” em caso de inexistência de bens da pessoa jurídica, mediante a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica que afasta a responsabilidade limitada da “Doha”, uma vez que a mesma cometeu ato fraudulento, motivo este que entendimentos doutrinários e jurisprudenciais consideram suficiente para afastar a responsabilidade limitada do empresário. O artigo 50 do Código Civil prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em caso de desvio de finalidade, ou seja, o uso inadequado da pessoa jurídica através de práticas que violam a lei em suas mais variadas formas. No caso da empresa “Doha Air Company EIRELI” há nitidamente desvio de finalidade quando a mesma comete ocultação de patrimônio, uma vez que a realidade financeira declarada da empresa é absolutamente incoerente com o padrão de vida levado pelo seu único sócio, ZAYN;

c) Pela impossibilidade de afastamento da norma por juiz de primeira instância tendo como fundamento a sua inconstitucionalidade, uma vez que a reparação dos danos causados a consultante se dá em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, e a empresa “Doha Private Air Company EIRELI” desrespeitou os princípios da ordem econômica, ambos amparados pela Constituição Federal. Assim sendo, o pedido de reparação civil, mediante desconsideração da

personalidade jurídica, é materialmente compatível com a Lei Maior, não cabendo, portanto o seu afastamento mediante exercício do controle difuso de constitucionalidade;

d) Pela possibilidade de aceitação da carta psicografada como meio de prova judicial, em razão do Princípio constitucional do contraditório e ampla defesa e com base na licitude da prova, ainda que atípica, ou seja, não prevista expressamente em legislação, além de que não fere os parâmetros estabelecidos no artigo 369 do Código de Processo Civil, por utilizar de meios probatórios legais e moralmente legítimos;

e) Pela impossibilidade de responsabilização criminal diante da inexistência de relevância causal na conduta de ELIVELTON capaz de caracterizá-lo como partícipe no cometimento do homicídio de REINALDO LOBO uma vez que o acidente teve causa absolutamente independente, sendo o mero recebimento de vantagem econômica irrelevante tanto para a produção do resultado quanto para a caracterização de conduta prevista no Código Penal Brasileiro. Ademais, tendo em análise a conduta de ELIVELTON em razão de sua desistência voluntária inexistente tipicidade entre o fato concreto e a conduta descrita no artigo 261 do Código Penal (atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo).

É o parecer.

Local e data.

ADVOGADO

OAB nº xxx.xxx

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1., 23. ed., SP: Saraiva, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil - 3ª ed.** São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 3, 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. v. 1 – 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed., São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência – Lei n. 10.406, de 10.01.2002 – 11. ed. rev. e atual. – Barueri, SP : Manole, 2017.**

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**, 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

4º módulo A – noturno

BÁRBARA BRUNA ZANELLO ARMIDORO
BIANCA CAROLINA FERREIRA

18000613
17001342

REINALDO LOBOS X DOHA PRIVATE AIR COMPANY - EIRELI.

CONSULENTE: Elisa Lobos.

PARECERISTA: Helber Micael do Prado.

EMENTA.

DIREITO CIVIL. DIREITO EMPRESARIAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PENAL. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Responsabilidade Civil. Controle de Inconstitucionalidade. Carta Psicografada. Meio Probatório. Concurso de Pessoas. Homicídio Qualificado. Controle Difuso. Responsabilidade Subsidiária

RELATÓRIO

Trata-se de consulta solicitado pela Sra. Elisa, quanto aos acontecimentos envolvendo as partes Reinaldo Lobos, a empresa Doha Private Air Company EIRELI e terceiros.

Reinaldo, jornalista renomado, após gerar inimizades com suas investigações jornalísticas e a saudade de sua família que se mudara para o exterior devido as ameaças constantes ao jornalista, resolve visita-la. Dessa forma, decidiu a passar o Réveillon em conjunto com sua mulher e filhos.

Contatando seu motorista Adriano – o qual foi pronto a atender – solicitou que este organizasse a viagem para os EUA no próximo sábado, já de imediato reservando a companhia aérea. Adriano, sempre movido pelo negócio mais rentável, pactua com o Deputado Federal Júlio – que era alvo de investigação pela Polícia Federal por veiculação de uma matéria referente a este - um acordo na qual, Adriano ajudaria o Deputado a

colocar um fim na vida de Reinaldo, recebendo a quantia no montante de R\$ 800.000,00, oitenta vezes maior que o salário que Adriano recebia de Reinaldo.

Ante o exposto, Adriano contratou a empresa Doha Private Air Company EIRELI, figurando como sócio desta Zayn, que para constituir a empresa aplicou o único jato particular como capital desta.

Contratado o serviço, Adriano contatou Júlio, informando a data e hora do voo, este que por sua vez pediu a Cleiton e Alessandro, que prontamente foram conversar com alguns mecânicos que realizam manutenção de aeronaves, assim, conheceram Eliventon.

Dessa forma, a mando de Júlio, Alessandro e Cleiton dirigem-se ao hangar negociando com Elivelton o que seria necessário para sabotar uma aeronave, após as informações colhidas do mecânico, estes barganharam para que a aeronave fosse, para que não fosse concluído o voo, este então mediante o pagamento de R\$ 10.000,00, realiza o solicitado.

Posteriormente ao exposto acima, após o pagamento o mecânico desfaz a sabotagem feita em outrora, destarte Alessandro desconfiando da eficácia do feito do Alessandro retorna ao hangar e sabota novamente a aeronave da empresa com uma bomba.

Horas após o ocorrido, Reinaldo embarca na aeronave e depois de cinquenta e oito minutos de voo, a aeronave eclode no ar, exterminando todos à bordo.

Seguido do ocorrido, o canal CNN expõe a notícia, dando conhecimento à Elisa, esposa do jornalista.

Depois do acontecido, a esposa, seguida de seus filhos retornam ao Brasil, para passar uma temporada na casa de seus pais, estes que eram espíritas, aconselhando-a procurar um médium, o qual afirmou que seu marido estava em paz e psicografando uma carta na qual constava que antes da morte, este estava levando um montante de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para os EUA, corroborando com o extrato fornecido pelo banco.

Ademais, Elisa fica ciente quanto a situação precária da prestadora do serviço (DOHA) e que o único bem que formava o capital da referida havia sido detonado no ar.

É o relatório, passo a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO

Da Responsabilidade Civil.

Em primeira análise, a principal questão que deve ser levado em consideração, discerne a respeito da responsabilização da companhia aérea em relação ao assassinato do Jornalista, é indispensável relatar que a empresa tem a responsabilidade de indenizar a família em razão do contrato entre o jornalista e a empresa, pelos seguintes argumentos.

Preliminarmente é imprescindível ressaltar que corroborando com o Código Civil, o Código do Consumidor assim dispõe:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

A empresa responsável pela prestação de serviço é obrigada a fornecer segurança ao consumidor, o que não foi a hipótese do caso supracitado, ainda o Código Civil e a Resolução N° 207, de 22 de Novembro de 2011 da ANAC, corroboram dispondo dos seguidos artigos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando

a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

*Art. 12. O operador aeroportuário em conjunto com a Polícia Federal, sob coordenação desta, ou, na sua ausência, do órgão de segurança pública responsável pelas atividades de polícia no aeroporto, definirá o acesso de órgãos de segurança por pontos de controle diferenciados, **considerando a avaliação de ameaças à segurança da aviação civil contra atos de interferência ilícita** e o gerenciamento de riscos envolvendo operações policiais, custódia de passageiros e de proteção de dignitários. (grifo do subscritor)*

É imprescindível ressaltar que a empresa deveria contar com uma segurança e fiscalização mais eficazes, tanto das aeronaves quanto do local em que esta se encontra. A implantação da bomba e sua posterior não seria efetivada se a empresa dispusesse de uma fiscalização mais branda.

A falha segurança da Doha acabou gerando uma consequência a todos, tendo assim, a responsabilidade de reparar os danos causados, conforme ensina os professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona.

“a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).”¹

Conforme já entendido pelas egrégias cortes do país em um passado não muito recente, a responsabilidade não recai somente a quem causa o dano, mas também a quem tinha a obrigação de impedir que este viesse a ocorrer, como é o caso em questão.

“Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE DE VEÍCULO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LOCADORA DE VEÍCULOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo - Manual de direito civil; volume único. – São Paulo : Saraiva, 2017, pag. 858

OBJETIVA. 1. Responde, solidária e objetivamente, a locadora de veículos pelos danos causados pelo locatário na condução do veículo locado. 2. Decisão de primeiro grau mantida. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. (TJ-AL, Relator: Des. Klever Rêgo Loureiro, Data de Julgamento: 06/02/2014, 3ª Câmara Cível) (grifo do subscriptor)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES – COLISÃO ENTRE VEÍCULOS – AUTOMÓVEL DE ALUGUEL RESPONSÁVEL PELO DANO – LOCATÁRIO DENUNCIADO À LIDE – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. – A empresa locadora de veículos responde civil e solidariamente com o locatário pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado (Súmula 492 (MIX\2010\2216), STF) – Não havendo nos autos prova do dano moral, mas somente alegações dos aborrecimentos vividos, não há que se falar em indenização neste sentido. – Não há falar em lucros cessantes se inexistente prova daquilo que o autor deixou de ganhar em razão da não utilização do seu automóvel. (TJ-MG – AC: 10145110505834001 MG , Relator: Corrêa Camargo, Data de Julgamento: 02/04/2013, Câmaras Cíveis / 18ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/04/2013) (grifo do subscriptor)

A respeito segue o entendimento do STJ, in verbis:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. EMPRESA LOCADORA DE VEÍCULOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. SOLIDARIEDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 492/STF. 1. “A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado.” Súmula 492 (MIX\2010\2216)/STF. 2. Precedentes específicos do STJ. 3. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. . 4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ – AgRg no REsp: 1407975 MG 2013/0333302-1, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 04/11/2014, T3 –

TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/11/2014)²(grifo do *subscritor*).

Da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Ainda, é indispensável comentar o fato de que a empresa é tipo EIRELI, ou seja, a responsabilidade é limitada aos bens da empresa e o capital social da empresa não deve ser inferior a 100 (cem) salários mínimos, como dispõe o código civil.

“Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.”

Dado o fato que o único bem que integralizou o capital social da empresa foi explodido em pleno voo, o sócio não poderia ser responsabilizado devido ao motivo de que a empresa tem responsabilidade limitada.

Contudo o código civil expõe que o sócio pode responder pelos bens da empresa quando for requerido pela parte, não apenas o código civil, mas bem como todos os dispositivos legais seguintes.

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

“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação

² TJAL - ApCiv 0500108-37.2007.8.02.0020 - 2.^a Câmara Cível - j. 2/6/2016 - v.u. - julgado por Pedro Augusto Mendonça de Araújo - DJe 6/6/2016 - Área do Direito: Civil) Fonte: Revistas dos Tribunais.

dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º *As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.*

§ 3º *As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.*

§ 4º *As sociedades coligadas só responderão por culpa.*

§ 5º *Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.* (grifo do subscritor)

Ainda, conforme entende a doutrina.

“Em linhas gerais, a doutrina da desconsideração pretende o superamento episódico da personalidade jurídica da sociedade, em caso de fraude, abuso, ou simples desvio de função, objetivando a satisfação do terceiro lesado junto ao patrimônio dos próprios sócios, que passam a ter responsabilidade pessoal pelo ilícito causado.

afastamento do manto protetivo da personalidade jurídica deve ser temporário e tópico, perdurando, apenas no caso concreto, até que os credores se satisfaçam no patrimônio pessoal dos sócios infratores, verdadeiros responsáveis pelos ilícitos praticados. Ressarcidos os prejuízos, sem prejuízo de simultânea responsabilização administrativa e criminal dos envolvidos, a empresa, por força do próprio princípio da continuidade, poderá, desde que apresente condições jurídicas e estruturais, voltar a funcionar.”³

³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo - Manual de direito civil; volume único. – São Paulo : Saraiva, 2017, pags. 103 e 104.

“a desconsideração da personalidade jurídica é a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus sócios ou administradores, com o fim de coibir o desvio da função da pessoa jurídica, perpetrada pelos mesmos.”⁴

Todavia, cumpre fundamentar que para requerer a desconsideração da personalidade jurídica é indispensável a comprovação de alguns requisitos prévios, sendo eles, o abuso ou a prática ilícita praticada pela pessoa jurídica disposto pelo artigo 50 do código civil e o insucesso nas tentativas de constrição de bens - Bacenjud e Renajud negativos, pesquisa de bens em cartório, livre penhora de bens via Oficial de Justiça - no processo.

É de suma importância ressaltar que a desconsideração da personalidade jurídica será episódica, ou seja, será apenas nesse caso concreto, pois o não redirecionamento contra o sócio obstará o pedido do autor nos autos; pedido esse que é a indenização pretendida pela família do ofendido.

Do controle de constitucionalidade.

Cumpre salientar que nesse caso em questão há o controle de constitucionalidade difuso pelos seguintes argumentos.

Como já exposto em outrora, a desconsideração da personalidade jurídica será episódica, haja vista que só haverá força dentro do caso concreto, pois está obstando o pedido da lide, para que isso ocorra é necessário os diversos pressupostos a seguir.

É indispensável destacar que qualquer órgão ou membro jurisdicional pode analisar, desde que haja um caso concreto para que o Juiz ou órgão julgador fique munido de legitimidade para analisar, por fim terá efeito *inter partes* - causa efeito apenas aqueles que participaram da ação judicial - sendo assim a decisão declaratória, causando ainda

⁴ Marlon Tomazette - A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: A TEORIA, O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O NOVO CÓDIGO CIVIL - Fonte: Revista dos Tribunais.

efeito *ex tunc* - lembrando que apenas na ação - nas palavras de Francisco da Cunha e Silva Neto.

“Observe-se, ainda, que uma das principais características e justificativas da defesa do controle difuso é a sua natureza humana, que vem servir ao homem concreto e não a um ente abstrato, destituído de sentimentos e emoções. É ao ser humano que se dirige o controle difuso de constitucionalidade das leis. Com tal pensamento, enfatiza Ramos Tavares:

“Há uma subjetivação no sistema ou, se quiser, uma humanização, considerando-se mesmo que o direito está posto não para atender aos problemas abstratamente colocados. O direito está serviço do indivíduo, do homem, e o controle concreto é aquele que mais bem representa essa idéia.”⁵ (grifo do subscritor)

Corroborando, o professor Pedro Lenza leciona.

“O controle difuso, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil.

O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (incidenter tantum), prejudicialmente ao exame do mérito.

Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual.

Exemplo: na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal

⁵ O CONTROLE DIFUSO: UMA FORMA DE HUMANIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS - Francisco da Cunha E Silva Neto - Especialista em Processo Civil pela PUC-PR. Mestrando em Direito pela UGF-RJ. Advogado. Área do Direito: Constitucional. - Fonte: Revista dos Tribunais.

não era a declaração de inconstitucionalidade, mas sim o desbloqueio!”⁶ (grifo do subscritor)

Conforme já entendido recentemente pelos egrégios tribunais, neste e em demais julgados.

“Não é demais lembrar que, no controle difuso de constitucionalidade, via de regra, os efeitos da decisão ficarão adstritos às partes, ressalvada, evidentemente, a hipótese prevista nos artigos 97 e 52, inciso X, ambos da Constituição Federal, circunstância esta não evidenciada no HC nº 118.533/MS.”⁷ (grifo do subscritor)

Da Prova Documental.

Referente ao valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares), que foi recebido como gratificação da emissora ao jornalista. Devidamente comprovado a retirada do valor do banco e não sendo encontrado este no imóvel do jornalista, há presunção de que o mesmo estava levando a quantia consigo a maleta, porém esta não foi localizada nos destroços do acidente.

Pois bem, foi apresentado uma carta psicografada como prova documental para juntado em possível e futuro ajuizamento de ação de indenização, vejamos então o que a doutrina entende sobre a prova, uma vez que a lei é omissa quanto a este tipo.

“O processo jurisdicional é espaço público e a psicografia, como manifestação de crença religiosa e existencial, é uma experiência inerente a espaço privado (relativo aos adeptos ou simpatizantes do Espiritismo).

Dessa forma, a decisão do Estado-juiz, que admite a inserção de carta psicografada no processo jurisdicional, como registro de um

⁶ LENZA, Pedro - Direito constitucional esquematizado – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016. pag. 323

⁷ TJSP; Habeas Corpus 2166905-34.2018.8.26.0000; Relator (a): Nelson Fonseca Junior; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal; São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ; Data do Julgamento: 17/08/2018; Data de Registro: 17/08/2018

testemunho espiritual, atribuindo-lhe força probatória, lastreia-se em motivação particularmente religiosa. Prestigiam-se a Doutrina Espírita e suas práticas (como a psicografia), em detrimento e desrespeito às demais crenças (e, também, à atitude de descrença).

O Estado, assim, atentaria contra o laicismo dele esperado (e contra a própria liberdade religiosa); agiria de modo parcial, tendencioso, conferindo tratamento desigual às diferentes manifestações religiosas, quando, na verdade, o que dele se espera é que não estimule ou desestimule qualquer tipo de prática religiosa (ou sobrenatural) específica (como a psicografia), muito menos imponha sua aceitação a toda uma comunidade de jurisdicionados.

A carta psicografada não é aceita publicamente, por todos, como fonte de prova, pressupondo, para seu reconhecimento, que se creia e confie na existência e aptidão de espíritos desencarnados de mandar mensagens do além. O Estado brasileiro, em qualquer de suas dimensões, não pode lastrear um de seus atos em crença deste tipo; na verdade, em crença religiosa de qualquer tipo. A prova psicografada seria, assim, exemplo de ordália contemporânea.

É, pois, meio de prova ilícito e inconstitucional. E esse é motivo bastante para que não seja aceita no processo jurisdicional estatal como um todo – seja ele cível ou penal.

(...)

A princípio, porque a carta psicografada, como documento testemunhal, registra depoimento sobre fatos não observados ou assistidos por aquele que depõe (o denominado médium na liturgia espírita), o que lhe subtrai qualquer força probatória.

Ainda que tomada como produto de fenômeno religioso (um testemunho espiritual), há que ser considerada como ato de fé, inadmissível em espaço processual público, onde devem imperar a laicidade do Estado, a liberdade de crença e a igualdade de tratamento aos mais diversos credos (e à própria ausência de credo).

E sua ilicitude advém não só da inclinação religiosa que ela implica, como também do óbice que impõe ao contraditório prévio e posterior à prolação da decisão judicial, que não teria como ser racionalmente fundamentada e discutida, se assentada em elemento probatório desse viés.”⁸

Nada obstante, a jurisprudência já absolveu réu com amparo em carta psicografada, conforme se vê:

“APELAÇÃO CRIME. JÚRI. NULIDADE. JURADO QUE FOI CLIENTE DO ADVOGADO DE DEFESA. FATO QUE NÃO ERA DE CONHECIMENTO DA ACUSAÇÃO POR OCASIÃO DO JULGAMENTO. O-CORRÊNCIA DE NULIDADE, ART. 564, II, DO CPP. OS IMPEDIMENTOS E SUSPEIÇÕES DOS JURA-DOS SÃO OS MESMOS DOS JUÍZES TOGADOS POIS EXERCEM FUNÇÃO JURISDICIONAL. A NULIDADE ATINGE A FORMAÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA E VICIA O JULGAMENTO AB INITIO. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA DECLARAR A NULIDADE DO JULGAMENTO. VOTO VENCIDO.

APELAÇÃO CRIME

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70016184012

COMARCA DE VIAMÃO

FABIO ARAUJO CARDOSO: APELANTE/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

MINISTÉRIO PÚBLICO: APELANTE

⁸ CARTA PSICOGRAFADA COMO FONTE DE PROVA NO PROCESSO CIVIL - Fredie Didier Jr. - Revista de Processo | vol. 234/2014 | p. 33 - 61 | Ago / 2014 DTR\2014\8864) Fonte: Revistas dos Tribunais.

A doutrina entende que não há possibilidade de usar a carta como prova documental, porém a jurisprudência já adotou, dessa forma, seria lícito usar como prova documental, todavia, caso haja embargo pela parte adversa, uma alternativa seria requerer a inversão do ônus da prova ao juiz para que a empresa comprovasse por seus meios que o jornalista não adentrou as dependências da referida com o montante.

Isso tudo exposto com amparo nos seguintes dispositivos legais.

“Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” (grifo do subscritor)

Pelos artigos acima, o juiz deve analisar todo tipo de prova juntada para comprovar o alegado, caso este indefira, deverá fundamentar a decisão que ensejou.

Ainda, referente ao ônus da prova.

“Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

(...)

⁹ TJ/RS - Mantida a absolvição de acusada que apresentou carta psicografada ao Júri - (TJRS, ApCrim 70016184012, 1.ª Câmb, Crim, j. 11.11.2009, rel. Des. Manuel José Martinez Lucas) Fonte: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI97055,11049-TJRS+Mantida+a+absolvição+de+acusada+que+apresentou+carta>

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.” (grifo do subscritor)

Dos Crimes.

É importante frisar que Cleiton, Alessandro e Júlio cometeram crime, pois suas efetivas condutas são discriminadas no dispositivo penal.

Entretanto quanto ao Elivelton, este apesar de receber o pagamento para efetuar a sabotagem, pelo seu arrependimento eficaz não é criminalmente punido pelas seguintes premissas.

Inicialmente porque sua conduta não causou o resultado final, ocorrendo a quebra donexo causal entre a conduta e o resultado, nada obstante, este ao sabotar a aeronave, arrependeu-se e a desfez antes de ocorrer o resultado pretendido - a morte de reinaldo -

neste raciocínio a conduta do mecânico não é típica, além de não configurar crime é disposta da seguinte forma pelo código penal.

“Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.” (grifo do subscritor)

Apenas pelo dispositivo legal, já isenta-se Elivelton de ser penalizado criminalmente pela morte de Reinaldo.

Ademais, fomentando o exposto, o professor Rogério Sanches Cunha, elucida:

“Trata-se do que FRANZ VON LISZT denominava "ponte de ouro". O agente está diante de um fato cujo resultado material é perfeitamente alcançável, mas, até que ocorra a consumação, abre-se a possibilidade (ponte de ouro) para que o agente retorne à situação de licitude, seja desistindo de prosseguir na execução, seja atuando positivamente no intuito de impedir a ocorrência do resultado.”

“Previsto no artigo 15, 2ª parte, do Código Penal, o arrependimento eficaz (arrependimento ativo ou resipiscência) é a segunda espécie de tentativa abandonada ou qualificada. Ocorre quando os atos executórios já foram todos praticados, porém, o agente, decidindo recuar na atividade delituosa corrida, desenvolve nova conduta com o objetivo de impedir a produção do resultado (consumação).

(...)

Da mesma forma que a desistência voluntária, para o reconhecimento do arrependimento ativo basta a voluntariedade. Deve, ainda, ser eficaz, isto é, que a atuação do agente seja capaz de evitar a produção do resultado.

Presentes os seus requisitos (voluntariedade e eficácia do arrependimento), a consequência é a mesma da desistência voluntária: a responsabilização do agente pelos atos já praticados.”¹⁰

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) - 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2016. pags. 356 e 359.

Observando também a jurisprudência seguinte.

“(...) para restar caracterizado o arrependimento eficaz, impõe-se que o agente, de modo voluntário, desista dos atos de execução do crime e evite que o resultado ocorra. Se o resultado ocorrer, ainda que posteriormente reste caracterizado o arrependimento, o crime estará consumado.”¹¹

*“(...) O crime só não se consumou por circunstâncias alheias à intenção do agente, configurando-se a tentativa. Não houve a desistência voluntária, como quer fazer crer a douta defesa. A execução do delito não foi interrompida pelo desejo do agente, mas porque ele notou a aproximação das vítimas, que retornavam ao veículo. **Também não há se falar em arrependimento eficaz, já que não se verificou a voluntariedade do agente para impedir a produção do resultado.**”¹²*
(grifo do subscritor)

Por todo o exposto acima, opino pelas seguintes:

- A Empresa Doha Private Air Company EIRELI, pode sim ser responsabilizada pelos danos do acidente aéreo - planejado criminosamente - não só moral, mas também materialmente.
- A empresa não possuindo bens e sendo comprovado isto em juízo, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica, para que a responsabilidade recaia sobre o patrimônio do administrador da empresa.

¹¹ TJRS - ApCrim 70067364158 - 5.ª Câmara Criminal - j. 20/4/2016 - julgado por André Luiz Planella Villarinho - Área do Direito: Penal. Fonte: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000165bbab1263f00ecd8c&docguid=I2055dc4053ea11e7bbad010000000000&hitguid=I2055dc4053ea11e7bbad010000000000&spos=4&epos=4&td=1693&context=614&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.

¹² 0002675-49.2015.8.26.0635 - Apelação / Furto Qualificado - Relator(a): Fernando Simão - Comarca: São Paulo - Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal - Data do julgamento:31/01/2018 - Data de publicação:07/02/2018 - Data de registro:07/02/2018
Fonte: <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj/portal.do?servico=780000>

- Não só o juiz de primeira instância, bem como qualquer pessoa investida de poder jurisdicional pode declarar o controle de constitucionalidade, sendo este difuso, o qual pela simples existência do fato concreto e a lei obstar o pedido formulado pela autora, já é hipóteses para afastamento da norma inconstitucional no caso, sendo possível a decretação da inconstitucionalidade apenas no caso, sendo assim, tendo efeito *inter partes*.
- Quanto a Carta Psicografada como prova opino pela tentativa, todavia, ficará a critério do entendimento do poder judiciário, sendo assim deve-se atentar a alternativa apresentada, da inversão do ônus da prova para que a empresa comprove que Reinaldo não adentrou as dependências da referida, com o valor em espécie, nem mesmo despachou tal montante.
- Por sua conduta não gerar o resultado final, arrependendo-se de forma eficaz, Elivelton não teve efetiva participação na consumação do assassinato de Reinaldo, não podendo de acordo com o código penal ser responsabilizado com os demais pelo assassinato do jornalista.

É o parecer.

São João da Boa Vista, 4 de setembro de 2018.

Helber Micael do Prado

RA: 17000778

PARECER JURÍDICO

À senhora Elisa Lobo

EMENTA:

ACIDENTE AÉREO DE ORIGEM CRIMINOSA – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – DIREITO CIVIL – DIREITO EMPRESARIAL – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL E REPARAÇÃO DANOSA

I – DA CONSULTA

Trata-se de consulta formulada por Elisa Lobo, pessoa física, viúva do ex-diretor geral e âncora de um jornal televisivo, de modo que, segundo a viúva, para que o seu falecido tenha chegado aonde estava, o mesmo teve que passar por grandes problemas, ameaças e inimizades, especialmente por conta de suas denúncias a respeito de ilegalidades políticas, que foram escancaradas; de modo que, sua esposa e filhos, por questão de segurança, foram morar nos Estados Unidos.

Reinaldo decidiu ir passar o Réveillon ao lado de sua família, de modo que o seu motorista, Adriano, contratou um táxi aéreo com a empresa “Doha” para o transporte do chefe. Todavia, segundos após a decolagem, houve uma explosão no céu, que se referia ao táxi aéreo com o âncora, esposo de Elisa.

Segundo as investigações sobre o ocorrido, foi desmascarada uma ação para o assassinato de Reinaldo, de modo que dentre os envolvidos estavam o mecânico responsável pela manutenção do avião “GULFSTREAM”, Elivelton, que foi subornado por dois funcionários, Cleiton e Alessandro, através de um valor montante de \$10.000,00 (dez mil reais), caso fizesse o que fosse necessário para sabotar a asa da aeronave, a mandado do Deputado Federal Júlio, este que não tinha qualquer simpatia pelo falecido.

Semanas após o acidente, a viúva foi a convite de sua mãe à uma reunião mediúnica e que curiosamente um dos médiuns presentes psicografou uma carta vinda de Reinaldo. Na carta, foi

alegado pelo jornalista que no dia do acidente que o mesmo carregava junto a si, uma mala contendo US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares americanos), em espécie.

Se tornou pública a precariedade da empresa em questão, cujo o único bem, era o jato que havia sido explodido, apesar que o seu proprietário possui um notório patrimônio.

É o relatório.

Passamos a opinar.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO

II. I

Desde a implantação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) o serviço de transporte aéreo é caracterizado como uma relação consumerista entre o fornecedor de serviço e os consumidores, ou seja, os passageiros.

De modo que fica estabelecido no artigo 14 do CDC¹, a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, que independe da existência de culpa e somente haverá o excludente da responsabilidade se for provado que o defeito inexistente ou que a culpa seja exclusivamente do consumidor ou de terceiros.

Na relação consumerista de viagens, a contratação de serviços é realizada pelo consumidor ao aderir um contrato de adesão, mas, que é regulamentado pelo Código Civil em seu artigo 730, onde dispõe da seguinte maneira:

Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

¹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Como também no artigo 734 do mesmo Código:

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

A reparação do dano causado por ato ilícito o qual está escancarada no Código Civil em seu artigo 927², que por sua vez, é definido no artigo 186, também do CC:

Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Analisando o caso do jornalista Reinaldo Lobo, na ocasião em que Alessandro com intenção de provocar um acidente aéreo voltou ao hangar no aeroporto Santos Dumont, este encontrou o avião sem nenhuma vigilância, com as portas abertas e a escada de acesso ao “Gulfstream” montada, o que ao mesmo tempo em que facilitou o plano de Alessandro de instalar as bombas na aeronave, de modo que caracterizou imprudência e negligência em relação a segurança da aeronave, por parte da fornecedora de serviços, a “Doha Private Air Company”.

O nexó de causalidade entre o acidente criminoso e a negligência da empresa é incontestável, visto que é dever do fornecedor de serviços garantir a segurança,³ proteção de acidentes e qualquer outro possível risco que possa ocorrer, afastando assim, o excludente de responsabilidade da transportadora. Conclui-se então, a responsabilidade objetiva da empresa e a obrigação da reparação de danos à família do jornalista.

II.II

Como dito anteriormente, a empresa “Doha Private Air Company EIRELI” possui a responsabilidade objetiva ⁴– a qual desconsidera a culpa ou dolo do agente causador

² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

³ Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. – Código Civil

⁴ Art. 927 – Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

do dano – com os consumidores de seus serviços, de modo que esta, tem a obrigação de reparar os danos provenientes do acidente aéreo, porém, como não possui bens alguns e o constituinte de sua pessoa jurídica empresarial possui, este deverá ser o responsável pela obrigação civil. A forma de assegurar esse cumprimento é utilizar a “Desconsideração da Pessoa Jurídica”.

Apesar da empresa ser classificada como uma EIRELI, ou seja, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, caracterizada pela diferenciação dos patrimônios da pessoa jurídica e do patrimônio pessoal de seus constituintes, existem exceções elencadas no artigo 50 do Código Civil (CC),⁵ que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica no caso de abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial; e também no parágrafo 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a qual seria a respeito da teoria menor da desconsideração jurídica *in verbs*:

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Visto que foi estabelecida a relação consumerista entre a empresa de transporte aéreo e o passageiro, houve uma quebra de contrato entre as partes, pois, não houve um checklist “pré-voos” do avião.

Assim, o judiciário goza da competência para afastar a personalidade jurídica em prol da reparação dos danos decorrentes do acidente aéreo de origem criminosa, como obrigação civil. Vide jurisprudência:

“AGRAVANTES: JOSÉ NORONHA CAVALCANTE E GESNELI IVNUK CAVALCANTE AGRAVADA: MARIANO SERVIÇOS DE BUFFET LTDA RELATOR: DES. JURANDYR REIS JUNIOR AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONDENAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. APLICABILIDADE AO CASO CONCRETO DA "TEORIA MENOR" DA DESCONSIDERAÇÃO EM RAZÃO DA APLICABILIDADE DO ART. 28, § 5º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES DO STJ. Aplicando-se à hipótese em

⁵ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

comento o Código de Defesa do Consumidor e considerando que a personalidade jurídica é obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores, é de se aplicar ao caso concreto o art. 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor, que consagra a "Teoria Menor" da Desconsideração da Personalidade Jurídica, razão pela qual a decisão singular é de ser reformada. AGRADO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJ-PR 9367342 PR 936734-2 (Acórdão), Relator: Jurandyr Reis Junior, Data de Julgamento: 13/09/2012, 10ª Câmara Cível)”

II.III

Cabe dizer que a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) possui personalidade jurídica – após o seu devido registro na Junta Comercial ou no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, dependendo de seu objeto social – art. 44, VI, CC. ⁶

Ou seja, há uma separação patrimonial dos bens do titular da empresa e da EIRELI propriamente; assim, o patrimônio desta, responderá pelas obrigações empresariais (por conta de que o empresário possui uma responsabilidade limitada) e se o patrimônio da empresa não for suficiente para quitar as dívidas, será pedida a falência da EIRELI, de modo que os bens de Zayn (titular da empresa) não podem serem atingidos⁷ para o adimplemento da obrigação civil.

Partindo disso, através do estado constitucional o qual reside no Brasil, há uma constitucionalização do ordenamento jurídico e que conseqüentemente há o devido controle de constitucionalidade das normas jurídicas.

Assim, o juiz pode analisar a constitucionalidade da lei limitada com relação ao caso concreto (a um determinado processo), visto que não existe a nulidade da lei com efeitos gerais.

⁶ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado - VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

⁷ com exceção no artigo 50 do Código Civil e do 28 do CDC a respeito da Desconsideração da Pessoa Jurídica.

No território brasileiro há o controle jurisdicional misto, que pode ser tanto de forma concentrada, quanto de controle difuso.

Diante o presente caso, há o controle difuso, que é aquele que é exercido por qualquer juiz ou tribunal, seguindo as regras de competência processual. E a sua declaração de inconstitucionalidade dá de forma *incidenter tantum*, a qual se refere ao mérito da causa de pedir processual e que terá efeito *inter partes* (a decisão judicial terá efeito restrito às partes desse caso concreto), por via de exceção, visto que cabe ao interessado alegar a inconstitucionalidade.

II. IV

Há de se explicar que conforme a fonte site “Kardec Rio Preto”, a *psicografia é uma faculdade que permite a certos médiuns escreverem sob a ação de Espíritos. Quem a possui é chamado de médium psicógrafo ou escrevente.*

Todo cidadão brasileiro, está assegurado pelo princípio do contraditório e ampla defesa⁸, os quais determinam que antes de cada decisão do magistrado, se é necessária a devida oitiva das partes para que possam oferecer argumentos favoráveis a si, como também, demonstrá-los nos limites legais.

Partindo disso, entende-se que se este documento for usado como prova documental, sendo um recurso para o exercício dos princípios ditos anteriormente, o mesmo não encaixará no que está disposto no art. 5º, LVI da CF⁹, visto que não é considerado uma prova obtida por meio ilícito.

Inclusive, está disposto no código de processo civil (CPC)¹⁰ e principalmente no código de processo penal (CPP) é admitido todos os meios legais e moralmente legítimos, inclusive, a apresentação de documentos probatórios. Ficando claro que as cartas psicografadas possuem essas características:

⁸ Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes – CF/88;

⁹ Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos – CF/88;

¹⁰ Art. 369 - As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. – CPC

Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Dessa forma, entende-se que usar esse documento como prova para a reparação de danos materiais pelo espólio do jornalista, é legítimo. Visto que não há qualquer afronta aos dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, há de se salientar e averiguar a procedência e credibilidade tanto dessa carta quanto do médium que a psicografou, para que haja uma validação mais correta e com neutralidade ao caso concreto.

II. V

Elivelton responderá criminalmente diante a sua ação, no entanto, terá em seu benefício o arrependimento eficaz previsto no art.15 do Código Penal (CP)¹¹, de modo que o mecânico apenas responderá pelos atos já praticados. Visto que ele praticou o ato e posteriormente desistiu.

O arrependimento eficaz ocorre quando o agente ativo do dano realiza alguma conduta para resguardar o bem jurídico, o qual já foi colocado em perigo. Em tal situação, a fase de execução foi realizada, sendo assim, o agente ativo do dano acrescenta nova conduta a fim de evitar o sacrifício do bem tutelado, salvando-o.

O Estado por sua vez, por questões de política criminal, descriminaliza a conduta tentada, proporcionando ao sujeito a exclusão do fato típico e ilícito, caso seu arrependimento evite a consumação do crime.

Nota-se que o agente Elivelton ao retirar o jogo de peças que faziam a ligação da asa com o corpo do avião e posteriormente recoloca as peças a tempo de salvar o cliente da aeronave, evitando assim o sacrifício do bem jurídico tutelado, terá o benefício do arrependimento eficaz (CP, art. 15).

Lembrando que que a explosão do avião não decorreu por conta dos atos de Elivelton.

¹¹ Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados

O efeito penal de tal conduta será a responsabilização apenas do agente ativo do dano pelo que fez, deixando de ser responsabilizado pela tentativa de homicídio; responde de tal maneira somente por lesão corporal. Isso porque o arrependimento foi eficaz, caso não a tivesse recolocado as peças a tempo, o agente responderia por homicídio culposo art.121¹², §3º, CP, quando não há intenção de matar. No princípio do agente desistir do crime de assassinato contra a vida do Reinaldo, restará para ele a responsabilização pelo que realmente praticou, se tal conduta constituir crime. Neste caso, o agente não responderá por esse delito, tanto quando na forma tentada, por ter abandonado seu proposito antes de adentrar a esfera do proibido.

CONCLUSÃO

1) A empresa de táxi aéreo “Doha Private Air Company EIRELI” pode ser civilmente responsabilizada pela reparação dos danos decorrentes do acidente aéreo de origem criminosa?

Vide item II.I na fundamentação acima, a empresa do presente caso pode de fato ser civilmente responsabilizada pela reparação dos danos decorrentes do acidente aéreo de origem danosa, de modo que está discriminado no art. 730 e 734 ambos do CC, os quais dispõem a respeito da reparação dos danos às pessoas transportadas e suas bagagens, inclusive que através da omissão voluntária, negligência ou imprudência violar e causar dano a outrem, comete ato ilícito.

2) Caso a “Doha” possa ser civilmente responsabilizada, tendo em vista que a empresa não possui bens, existe forma de atingir o patrimônio do proprietário Zayn para adimplemento da obrigação civil?

Vide item II.II da fundamentação, através da Desconsideração da Pessoa Jurídica, será possível atingir os bens do empresário Zayn, a qual está discriminada no artigo 50/CC e artigo 28, §5º, CDC, através da Teoria Menor, para a reparação dos danos acarretados ao acidente em questão, de modo que a própria jurisprudência deixa claro isso.

¹² Art. 121. Matar alguém: pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 3º Se o homicídio é culposo: pena - detenção, de um a três anos.

3) O juiz de primeira instância tem poder para afastar a aplicação da norma que autoriza o acesso aos bens de Zayn, com fundamento na inconstitucionalidade da previsão legal? Qual é essa forma de controle?

Vide item II.III da fundamentação, a empresa do caso concreto, é uma EIRELI, a qual o titular da empresa possui responsabilidade limitada. Assim, cabe dizer que o juiz de primeira instância possui o devido poder para afastar a aplicação da norma que autoriza o acesso aos bens de Zayn, visto que diante o controle de inconstitucionalidade difuso, este possui de ofício a devida competência para isto, neste caso concreto, por via de exceção.

4) Na falta de outros elementos comprobatórios da perda da mala contendo US\$ 1.000.000,00 em espécie, a carta psicografada pode ser utilizada como prova para a reparação de danos materiais pelo espólio do jornalista?

Vide item II.IV, pode ser utilizada como prova para a reparação dos danos materiais pelo espólio do jornalista, visto que este meio de prova documental não infringe qualquer dispositivo legal do nosso ordenamento jurídico brasileiro.

5) Comprovado o recebimento da quantia de R\$ 10.000,00 por Elivelton, ele pode ser criminalmente responsabilizado, juntamente com os demais agentes, pelo assassinato de Reinaldo?

Vide item II.V, Elivelton pode ser criminalmente responsabilizado, no entanto, no entanto, terá em seu benefício o arrependimento eficaz previsto no art.15 do Código Penal (CP). Assim, diante este dispositivo legal, Elivelton responderá apenas aos atos já cometidos.

É o parecer.

São João da Boa Vista, 12 de setembro de 2018

Giovanna Venturini

RA: 17000458

Rafaella Fressatto M. de Melo

RA: 17000284

Rodrigo Fernandes da Silva

RA: 17000357

BIBLIOGRAFIA

ÂMBITO JURIDICO. **A responsabilidade civil do transporte aéreo nas relações de consumo.** Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2223>. Acesso em: 01 set. 2018.

DIREITOS BRASIL. **Responsabilidade objetiva e subjetiva: o que significam?**. Disponível em: <<https://direitosbrasil.com/responsabilidade-objetiva-e-subjetiva-o-que-significam/>>.

Acesso em: 01 set. 2018.

JUS BRASIL. **O que se entende por desistência voluntária, arrependimento eficaz e arrependimento posterior?**. Disponível em:

<<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121927329/o-que-se-entende-por-desistencia-voluntaria-arrependimento-eficaz-e-arrependimento-posterior>>. Acesso em: 01 set. 2018.

JUS BRASIL. **Superior tribunal de justiça stj - recurso especial : resp 279273 sp 2000/0097184-7 - inteiro teor.** Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381192/recurso-especial-resp-279273-sp-2000-0097184-7/inteiro-teor-13045981?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 set. 2018

KARDEC RIO PRETO. **O que é psicografia?**. Disponível em: <<https://www.kardecriopreto.com.br/o-que-e-psicografia/>>. Acesso em: 08 set. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional: esquematizado**. 21 ed. [S.L.]: SARAIVA JUR, 2017.

VIDO, Elizabete. **Curso de direito empresarial**. 6 ed. [S.L.]: Revista dos Tribunais, 2018.

Parecer Jurídico.

Assunto: respectiva responsabilidade adquirida aos envolvidos no homicídio tratado.

Consultante: Elisa Lobo.

EMENTA: DIREITO PENAL. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO EMPRESARIAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. ARREPENDIMENTO EFICAZ. RESPONSABILIDADE CIVIL. EIRELI. CARTA PSICOGRAFADA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Diz respeito ao caso de Elisa Lobo, no que tange à seus direitos conceituados e preceitos jurídicos aplicados ao respectivo caso, constituído por um homicídio e pelo alcance da possível responsabilidade dos indivíduos.

Reinaldo Lobo, um renomado jornalista, foi vítima de um elaborado crime que o levou a óbito, na explosão do táxi aéreo Gulfstream pertencente à empresa Doha Privte Air Company EIRELI, o qual Reinaldo embarcava rumo ao exterior.

É o relatório.

Passamos a opinar.

É notório que a empresa deva ser responsabilizada civilmente em decorrer dos danos do acidente aéreo. O artigo 730 do Código Civil obriga o fornecedor do transporte a conduzir o passageiro em integral segurança, desde a partida até o local estimado por ele, assegurando êxito na consumação do deslocamento. Assim, afirma-se que a responsabilidade do condutor é de fato a de resultado. Todavia, tal obrigação só será consumada com a concessão do passageiro incólume no destino estimado.

Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.

Há também o âmbito da responsabilização pelos danos, o qual baseia-se no artigo 734 do Código Civil, dissertando sobre a responsabilidade objetiva da transportadora. A empresa deverá ser encarregada por eventuais danos que tenham sidos gerados às pessoas transportadas, bem como suas bagagens. Tratando-se da culpa de terceiro, o artigo 735 do Código Civil é claro ao afirmar que a responsabilidade do transportador não será retirada, introduzindo lhe a obrigação de indenizar todo e qualquer prejuízo causado pelos representantes, independentemente de culpa sobre o dano; o que é tido como ação regressiva.

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Deve-se conceituar que a personalidade jurídica é o desmembramento entre o chamado empreendedor e a empresa propriamente. Sendo assim, quando uma empresa passa a tê-la, desliga-se de seu criador, originando patrimônio próprio, isto é, os bens que o proprietário designou à empresa, deixam de lhe pertencer, fazendo jus somente à pessoa jurídica.

A firma de táxi aéreo pertencente a Zayn é classificada como EIRELI. Esta espécie de pessoa jurídica é constituída por somente um indivíduo, como especificado no art. 980-A, da lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, do Código Civil. Ou seja, o empreendedor que decide executar uma obrigação empresarial de forma individual. A mesma possui responsabilidade limitada, preservando e não atingindo então, o patrimônio particular do empresário. Assim, a obrigação de tal é restringida aos bens que a empresa possui, não podendo afetar os haveres pessoais do proprietário ou responsabilizá-lo por eventuais prejuízos decorrentes da atividade de sua sociedade; salvo em casos excepcionais, previstos em lei.

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

Apesar de a “Doha Private Air Company Eireli” possuir competência limitada, entende-se que o caso em questão se configura em uma das exceções legais onde os bens do proprietário poderão ser atingidos com intuito de ressarcimento dos danos causados, vide que o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, versa sobre a desconsideração de personalidade jurídica da empresa, ressaltando-se 5º parágrafo:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Vide que o credor da dívida obtida pela empresa é um de seus consumidores, a personalidade limitada será desconsiderada, levando em conta que a mesma não possui mais patrimônios em nome próprio. Desta forma, o responsável pelo ressarcimento será Zayn, através do acesso legal aos seus bens, obtido pela desconsideração da personalidade limitada de sua empresa.

No âmbito do processo jurídico, o juiz de 1ª instância detém a competência para distanciar a norma que possibilita o acesso aos bens de Zayn, alicerçando-se nos preceitos jurídicos que demonstram a inconstitucionalidade da previsão legal.

A capacidade do magistrado de primeira instância advém do Controle de Constitucionalidade Repressivo Difuso. Este, é tido como repressivo por ser aplicado após a vigência da norma; e difuso porque pode ser executado por qualquer juiz ou tribunal que ao verificar a inconstitucionalidade da lei diante de determinado caso, pode deixar de aplicá-la. Todavia, ao operar o controle difuso de constitucionalidade, a lei atacada não será removida do ordenamento jurídico, permanecerá vigente, com eficácia e validade, somente não se concretizará no caso específico, pois perante o mesmo, foi determinada como inconstitucional. Diferentemente do controle de constitucionalidade Repressivo Concreto, onde apenas o Supremo Tribunal Federal possui a capacidade de analisar e julgar a constitucionalidade, ou falta dela. No controle difuso, como especificado acima, qualquer juiz, independentemente de instância, tribunal ou órgão especial, possuirá tamanha competência. Ademais, o Controle Difuso necessita de um caso concreto para que possa prevalecer, bem como o apresentado em questão.

A justificativa de Pedro Lenza é válida no tema abordado e complementa:

O sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade. (LENZA, Pedro. Direito Constitucional: Esquematizado. 16ª. Ed. São Paulo: Saraiva 2012. Pg. 267).

No tocante aos efeitos, o Controle de Constitucionalidade Repressivo Difuso refletirá de forma inter partes, ou seja, a decisão tomada sobre a inconstitucionalidade apenas afetará as partes envolvidas no processo, não surtindo impacto a todos indivíduos submissos à norma (efeito este denominado erga omnes). Outrossim, a decisão retroagirá, a fim de atingir os primórdios do ato, sendo assim, tal fato caracteriza os efeitos do Controle como ex tunc.

Como regra geral, os efeitos de qualquer sentença valem somente para as partes que litigaram em juízo, não extrapolando os limites estabelecidos na lide. No momento que a sentença declara que a lei é inconstitucional (controle difuso realizado incidentalmente), produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito. Produz, portanto, efeitos retroativos. Assim, no controle difuso, para as partes os efeitos serão: a) inter partes e b) ex tunc. (LENZA, Pedro. Direito Constitucional: Esquematizado. 16ª. Ed. São Paulo: Saraiva 2012. Pg. 275).

Há uma corrente jurídica que entende que a psicografia fere o artigo 19 da Constituição Federal, o qual garante a laicidade do Estado e sua imparcialidade diante de assuntos religiosos. Contudo, quando o mesmo aceita uma prova oriunda de um meio tão somente religioso, fere um princípio básico assegurado pela legislação vigente.

Iniciando da premissa do disposto no artigo 369 do Código de Processo Civil, que dispõe em tal, o direito das partes em operarem todos os meios legais, moralmente legítimos, mesmo que não evidenciados no Código, de modo a provar a veracidade dos fatos apresentados, a defesa e a inspirar a convicção expressa do magistrado.

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

A possibilidade de provas a serem utilizadas é farta, visando que os assuntos variam desde a licitude da prova, da aceitação do magistrado em relação à matéria, da caracterização como prova documental, e da utilização de perícias para comprovação da veracidade de tal. Todavia, não existem especificações necessárias para desconsiderar a mesma. Assim, tencionando que a psicografia não é uma evidência ilícita, é possível pronunciar que a carta psicografada deve ser utilizada como prova no contexto à reparação de danos materiais causados a herança do jornalista. Todavia, sua aplicabilidade dependerá de averiguação do juiz, levando em conta sua utilidade, como expresso no artigo 371 do Código de Processo Civil.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Conforme o artigo 443 do Código de Processo Civil, quando o magistrado julgar suficiente as provas documentais retratadas, poderá então, afastar a utilização de provas testemunhais.

Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:

- I - já provados por documento ou confissão da parte;
- II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

Salienta-se que este documento está sendo empregado por ser impraticável o ato de extrair testemunho do falecido jornalista, caracterizando a psicografia como prova documental, por atestar os requisitos do artigo 232 do Código de Processo Penal.

Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.

Nos casos de psicografia mecânica e semimecânica, utiliza-se a perícia prevista pelo artigo 174 do Código de Processo Penal, onde se dispõe o uso da grafotécnica, que é quando o perito não faz apenas comparações a olho nu, mas utilizam também instrumentos de alta tecnologia como scanners, microscópios etc. Tratando-se da psicografia intuitiva, avalia-se o conjunto probatório a fim de criar uma visão sistêmica sobre o caso.

Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

- I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;
- II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;
- III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;
- IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

Tratando-se de Elivelton, não se pode negar que houve alterações advindas do mesmo nas peças do avião em que Reinaldo Lobo embarcaria. Porém, deve-se ressaltar que subseqüentemente, o mesmo se arrependeu e restaurou todas as peças, colocando-as em seus lugares de origem e assim, inibindo os prejuízos.

Diante do exposto, deve-se empregar o arrependimento eficaz; pois embora o agente tenha desempenhado os meios necessários para concretizar o dano, logo depois reconsiderou seus atos e agiu de forma impeditiva à futura catástrofe que sua atitude poderia ocasionar.

A desistência pressupõe tenha o agente meios para prosseguir na execução, ou seja, ele ainda não esgotou o iter criminis posto à sua disposição [...] No arrependimento, subentende-se que o sujeito já tenha esgotado todos os meios disponíveis e que, após terminar todos os atos executórios (mas sem consumir o fato), pratica alguma conduta positiva, tendente a evitar a consumação. (ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. LENZA, Pedro. Direito Penal Esquemático: parte geral. São Paulo: Saraiva 2012. pg. 345).

Sendo assim, a pena de tentativa não pode ser aplicada, vide que os crimes tentados somente não são consumados por questões alheias a vontade do agente, e não por um ato voluntário oriundo de seu arrependimento ou desistência. Ou seja, a voluntariedade é fator determinante para que se configure tanto desistência quanto arrependimento eficaz. E mesmo que a vítima tenha

falecido, Elivelton não pode ser penalizado, pois o motivo da morte de Reinaldo é adverso ao efetuado pelo mecânico. Outrossim, uma analogia não pode ser aplicada, afinal, nosso Código não permite a analogia in malam partem, ou seja, aquela que prejudica o réu.

Proíbe-se, de outra parte, a analogia in malam partem, isto é, em prejuízo do sujeito ativo da infração penal, justamente por importar na criação de delitos não previstos em lei ou no agravamento da punição de fatos já disciplinados legalmente, atentando contra o princípio da legalidade. (ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. LENZA, Pedro. Direito Penal Esquematizado: parte geral. São Paulo: Saraiva 2012. pg. 167).

O Código Penal, em seu artigo 15, penaliza os atos anteriores ao arrependimento apenas se forem tipificados em lei, o que não ocorre no caso em questão.

Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

Em face do exposto, com base nas informações cedidas pela consulente e análise da legislação, opina-se sobre o acerto da carta psicografada como prova, e sobre as respectivas responsabilidades das partes, conforme exposto neste instrumento, considerando a legislação e a doutrina.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 15 de Setembro de 2018.

Gabriel Revelim de Souza
Ticiane Campos Cândido

Alunos do 4º Módulo de Direito
Centro Universitário Fundação de Ensino Octávio Bastos- UNIFEOB.

2.4 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 2º BIMESTRE

Em todo mês de dezembro é intensa a movimentação de pessoas nas diversas alas do aeroporto Santos Dumont. A ANAC recomenda que os passageiros se apresentem três horas antes do embarque em voos comerciais, propiciando um fluxo constante e cadenciado, que é, no mínimo, dobrado em época de férias, ainda mais nos dias que antecedem o Réveillon.

Com algum investimento adicional, esse tempo de espera pode ser consideravelmente reduzido, é claro. Altos executivos, celebridades e endinheirados em geral sempre recorreram a outras formas de voar, seja pela contratação de táxis aéreos ou mesmo com o uso de aeronaves particulares.

Reinaldo Lobo, diretor geral e âncora do principal telejornal do país, fazia parte dessa clientela selecionada. Passageiro frequente, sequer se lembrava para onde viajou na última vez que dividiu a cabine de um voo com outras 150 pessoas. Dizia que a preferência pela aviação executiva decorria da necessidade de melhor acomodação das pernas – embora o seu um metro e noventa de altura nunca tivessem sido obstáculo para as viagens de férias ao lado da primeira esposa em jatos comerciais, quando era apenas o redator de um pequeno jornal no interior de Minas Gerais. Os tempos de aperto haviam, literalmente, ficado para trás.

Tamanha posição de destaque no jornalismo fora conquistada a duras penas. Ainda que o esporte sempre tenha sido uma paixão, foi a política que norteou a sua atuação profissional desde o início. Mesmo antes da formatura na faculdade, Reinaldo denunciava as ilegalidades praticadas pelas autoridades municipais, quando perdia suas noites de terça-feira para levar documentos a uma Câmara de sonolentos Vereadores. Seu primeiro trabalho foi em uma rádio AM local, em que dava notícias ao vivo no jornal das 06h. A partir de então, ganhou visibilidade e respeito, passando por diversos veículos de comunicação, até atingir o sucesso, quando montou uma extensa rede de informantes para revelar um esquema de desvio de verbas públicas que culminou com a perda do mandato de dois Senadores da República. Sua crítica ácida, alimentada por informações inéditas e precisas, chamou a atenção dos diretores da maior emissora de TV do país, que contrataram Reinaldo Lobo a peso de ouro para integrar a grade de programação em horário nobre.

Como não poderia ser diferente, o jornalista fez muitas inimizades ao longo da sua carreira. Mas, mais do que a caras viradas, por força de recentes denúncias que colocavam em xeque a credibilidade de muitos ocupantes dos cargos de alto escalão da República, Reinaldo vinha se acostumando a ameaças de morte, feitas diretamente a ele

ou voltadas a seus familiares. Esses eventos, somados à ininterrupta sensação de insegurança pública no Rio de Janeiro, fizeram a sua atual esposa, Elisa, e os dois filhos menores, Henrique e Pedro, se mudarem para os Estados Unidos, onde estariam fora da mira de seus algozes.

Reinaldo sentia muita falta da esposa e dos filhos. Apesar da intensa rotina de trabalho, o jornalista não deixaria de passar o Réveillon ao lado da sua família. Por isso, decidido a viajar para os Estados Unidos dentro de poucos dias, enviou uma mensagem de texto para Adriano – seu motorista, quem ele considerava ser um grande amigo desde a sua mudança para a capital carioca há cerca de quatro anos –, pedindo a ele que fizesse a reserva de um táxi aéreo no próximo sábado. Em menos de quarenta minutos o serviço já estava contratado pelo motorista, que não vacilou em escolher a empresa “Doha” para fazer o transporte do chefe.

Adriano conquistou a mais absoluta confiança do jornalista em razão da presteza com que atendia os seus pedidos. Mas o funcionário jamais desempenhou suas atribuições de forma eficiente em razão de apreço ou respeito por Reinaldo. O dinheiro é que movia o trabalho de Adriano, sempre a procura de oportunidades que lhe pudessem ser mais rentáveis. Conhecedor do perfil mercenário do motorista há muitos carnavais (e réveillons também) o Deputado Federal Júlio, que vinha sendo investigado pela Polícia Federal após a veiculação de matéria no telejornal de Reinaldo, já havia conversado com Adriano há algumas semanas, oferecendo-lhe R\$ 800.000,00 em troca de informações que pudessem levar a cabo a vida do jornalista. O salário de R\$ 10.000,00 pago por Reinaldo era muito bom para um motorista particular, porém a proposta do parlamentar era 80 vezes maior, equivalente a mais de 6 anos de trabalho, tendo então Adriano optado pela oferta do Deputado. A escolha não se baseou em nada pessoal, apenas nos negócios.

Acostumado a contratar empresas de táxi aéreo para o jornalista, Adriano conhecia a frota completa de muitas delas. Optou pela “Doha” por saber que ela tinha uma única aeronave, e, desta forma, era certo o jato em que Reinaldo faria a sua última viagem.

A “Doha Private Air Company EIRELI” era uma empresa de táxi aéreo nova, montada por um bilionário investidor árabe chamado Zayn, que se mudou para o Brasil no ano de 2015 para cuidar de investimentos direcionados às Olimpíadas sediadas no Rio de Janeiro. Zayn, que havia sido procurado no Catar por empreiteiros brasileiros em busca de financiamento para a construção da Vila Olímpica, decidiu fazer uma visita ao

país e encontrou muitas oportunidades de negócio por aqui. Conheceu os quatro cantos do Brasil em um jato executivo Gulfstream de longas distâncias, adquirido pelo investidor especificamente para essa finalidade. Tendo concentrado seus negócios apenas na cidade de São Paulo, as viagens de Zayn pelo Brasil afora deixaram de ser tão frequentes, e a manutenção do jato particular passou a representar um custo desnecessário. Um bilionário só é bilionário porque sabe direcionar bem os seus investimentos. Desta forma, colocou a aeronave a venda, mas, não encontrando quem pagasse um preço justo por ela depois de dois meses anunciada, optou por empregá-la em um novo negócio, tendo constituído uma empresa individual de responsabilidade limitada para prestar serviços de transporte aéreo a particulares, cujo capital social fora todo integralizado com o jato executivo. A estrutura da empresa era bastante enxuta, com sede operante em uma sala comercial alugada, e apenas quatro funcionários, sendo uma secretária, dois pilotos e uma comissária de bordo.

Tão logo contratou o serviço de transporte, Adriano entrou em contato com o Deputado Júlio, informando a data e o horário do voo, a identificação da aeronave e a localização do hangar em que ela ficava no aeroporto carioca.

Em menos de duas horas, Cleiton e Alessandro foram, a pedido do Deputado, ao Santos Dumont para conversar com alguns mecânicos de manutenção dos jatos privados. Lá conheceram Elivelton, que naquele momento fazia uma inspeção no trem de pouso da aeronave da "Doha". Após alguns minutos de conversa, perguntaram ao mecânico o que poderia derrubar o avião, e Elivelton respondeu que a ruptura de uma das asas em voo de cruzeiro fatalmente provocaria um acidente. Intrigados, os capangas do Deputado indagaram se aquilo realmente poderia ocorrer, e Elivelton disse ser bastante improvável, por conta da flexibilidade da estrutura, a menos que algumas das peças fossem retiradas. Nesse momento, Cleiton pega um envelope do bolso da jaqueta contendo um bolo de notas de R\$ 50,00 e diz ao mecânico que pagaria R\$ 10.000,00 caso fizesse o que fosse necessário para sabotar a asa do Gulfstream. Ao ouvir a proposta, Elivelton montou um andaime abaixo da asa esquerda do avião, abriu uma parte da carenagem que recobre sua estrutura, e disse que poderia retirar três jogos de peças que faziam a ligação da asa com o corpo do avião, o que a deixaria ainda resistente para a decolagem, porém frágil no voo em altitude. Sem elementos para argumentar com o mecânico, os capangas pediram a ele que assim fizesse, e então Elivelton rapidamente tirou as peças, voltou a cobrir a estrutura da asa, desceu do andaime e pegou o envelope com o dinheiro. Considerando finalizada a missão, Cleiton e Alessandro se despediram e deixaram o aeroporto.

Elivelton, que estava em breve passagem pelo Rio de Janeiro, guardou o dinheiro em sua mochila e deu uma volta a pé do hangar para se certificar de que estava sozinho. Voltou a subir no andaime ainda montado e recolocou as peças na estrutura da asa do jato, deixando-a como nova. Em menos de duas horas estaria de volta ao aeroporto Luís Eduardo Magalhães, em Salvador, local em que efetivamente prestava serviços e onde aqueles dois rapazes mal encarados jamais o encontrariam.

Alessandro contou ao Deputado todo o ocorrido, mas ele ficou com dúvidas sobre a eficácia da medida adotada pelo mecânico para a queda do avião, e, inspirado na série Narcos que acabara de assistir, resolveu colocar uma bomba dentro do jato da "Doha", à moda Pablo Escobar.

Na manhã do dia seguinte, Alessandro voltou ao hangar no aeroporto Santos Dumont, e encontrou o Gulfstream sem qualquer vigilância, com a porta aberta e a escada de acesso à aeronave montada. Subiu até a cabine do avião e deixou sob um dos bancos o pacote com dinamites acoplado a um mecanismo de acionamento ativado por ondas de rádio. Agora, com dois métodos diferentes de sabotagem na aeronave, a morte do jornalista poderia ser dada como certa.

Vinte e cinco minutos antes do embarque, Reinaldo chegou ao Santos Dumont em companhia de Adriano. Ao se despedir do motorista, o jornalista seguiu para a área de embarque do aeroporto reservada aos voos particulares. Passou pelo posto de fiscalização e parou em uma cafeteria para tomar um expresso acompanhado de dois pães de de queijo, enquanto acompanhava o abastecimento dos aviões particulares pela parede envidraçada do *lounge*. Ele não imaginava que aquela seria a sua última refeição. Pagou os R\$ 38,90 devidos com uma nota de R\$ 50,00, deixando o troco como gorjeta para a atendente do balcão, desceu o elevador de acesso à pista e subiu as escadas do avião particular.

Às 22h43, o Gulfstream da "Doha" decolou, e, cinquenta e oito segundos depois, havia se transformado em uma bola de fogo que atravessava o céu da Cidade Maravilhosa. Câmeras de segurança instaladas nos prédios ao redor da Marina da Glória registraram o momento da explosão, tão repentina quanto intensa, similar a alguns dos fogos de artifício que estavam sendo instalados na praia de Copacabana. Os corpos carbonizados dos quatro ocupantes foram localizados com facilidade no mar, não muito distantes dos destroços da aeronave. Reinaldo Lobo, que diariamente levava informação a milhares de brasileiros, naquele instante se tornou a notícia.

Houve repercussão imediata do fato na imprensa brasileira e internacional. Elisa soube da morte do marido pela televisão, enquanto assistia a uma entrevista na rede CNN, que exibiu uma nota no rodapé da tela, ao lado de dezenas de outras informações: *Brazilian journalist Reinaldo Lobo dies, victim of an air accident whose causes are still unknown. There are no survivors.*

Precisando de apoio, Elisa veio com os filhos ao Brasil passar uma temporada na casa de seus pais no interior do Paraná. Estudiosa da doutrina espírita, a mãe da viúva tentava confortá-la dizendo que a missão de Reinaldo na Terra havia se encerrado, e que seu espírito, agora mais evoluído, em pouco tempo encontraria conforto.

Semanas após o acidente, Elisa foi a uma reunião mediúnica a convite da mãe, ocasião em que um dos médiuns presentes psicografou uma carta supostamente atribuída a Reinaldo. Nela, o jornalista se dizia em paz, e que no dia do acidente levaria aos Estados Unidos uma mala contendo US\$ 1.000.000,00, em espécie, referente a um bônus pago pela emissora de TV brasileira em razão dos picos de audiência do telejornal no último semestre.

Em consulta aos extratos bancários do jornalista, verificou-se a entrada da quantia referida na carta psicografada, seguida de um saque no mesmo valor. O dinheiro não foi encontrado na casa de Reinaldo. Entre os destroços da aeronave, não foram encontrados resquícios da suposta mala, nem de cédulas de papel moeda.

As investigações que seguiram o evento revelaram uma planejada ação para o assassinato de Reinaldo, com envolvimento do motorista Adriano, do Deputado Federal Júlio, dos capangas Cleiton e Alessandro, e do mecânico de aeronaves Elivelton.

Além disso, veio à tona a precariedade da empresa de táxi aéreo "Doha Private Air Company EIRELI", cujo único bem, o jato executivo Gulfstream, havia se perdido, embora seu proprietário, o investidor Zayn, detivesse vasto patrimônio. Maurício, primo de Elisa que havia acabado de se tornar advogado, disse que esse fato seria irrelevante, pois a responsabilidade da "Doha" estaria afastada em razão da culpa exclusiva de terceiro, nos termos do art. 14, §3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

Elisa, não confiando muito na opinião de seu primo advogado, decide procurar um outro escritório de advocacia para formular os seguintes questionamentos:

- 1) A empresa de táxi aéreo "Doha Private Air Company EIRELI" pode ser civilmente responsabilizada pela reparação dos danos decorrentes do acidente aéreo de origem criminosa?
- 2) Caso a "Doha" possa ser civilmente responsabilizada, tendo em vista que a empresa não possui bens, existe forma de atingir o patrimônio do proprietário Zayn para adimplemento da obrigação civil?
- 3) O juiz de primeira instância tem poder para afastar a aplicação da norma que autoriza o acesso aos bens de Zayn, com fundamento na inconstitucionalidade da previsão legal? Qual é essa forma de controle?
- 4) Na falta de outros elementos comprobatórios da perda da mala contendo US\$ 1.000.000,00 em espécie, a carta psicografada pode ser utilizada como prova para a reparação de danos materiais pelo espólio do jornalista?
- 5) Comprovado o recebimento da quantia de R\$ 10.000,00 por Elivelton, ele pode ser criminalmente responsabilizado, juntamente com os demais agentes, pelo assassinato de Reinaldo?

Na condição de advogados de Elisa, formulem um parecer jurídico que responda aos questionamentos apresentados de maneira fundamentada.

Comentários do elaborador:

- 1) Direito civil: a empresa de táxi aéreo "Doha" pode ser civilmente responsabilizada pela reparação dos danos, em que pese a origem criminosa do evento. É bem verdade que o Código de Defesa do Consumidor aponta a culpa exclusiva de terceiro como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor (art. 14, §3º, inciso II, do CDC), porém, no caso apresentado, há incidência de uma regra especial, em que a culpa de terceiro não afasta a responsabilidade do prestador de serviços: no contrato de transporte, o transportador só não responde pelos danos

causados por motivo de força maior (art. 734 do CC), sendo certo que sua responsabilidade não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva (art. 735 do CC). Em seus comentários à responsabilidade no contrato de transporte, Caio Mario da Silva Pereira afirma, com acerto, que a responsabilidade do transportador decorre do fato de ter assumido a obrigação de efetuar o transporte, devendo o usuário comprovar unicamente o dano sofrido, e não a culpa do prestador, mesmo nos casos em que o dano é causado por terceiro:

O Código de 2002 inova em seu art. 735 ao expressamente atribuir **responsabilidade ao transportador mesmo quando o dano é causado por fato de terceiro**. Até então reinava polêmica na doutrina e na jurisprudência sobre ser ou não o fato de terceiro excludente dessa responsabilidade. Agora o Código altera significativamente a responsabilidade do transportador, **somente admitindo a excludente da força maior e impondo ao transportador o dever de indenizar mesmo quando o dano decorra de fato de terceiro**, atribuindo ao transportador apenas o direito de obter regressivamente do culpado aquilo que tiver pago à vítima.

[...]

O *transportador* obriga-se, essencialmente, a conduzir a pessoa, de um local para outro, em tempo certo e previamente estabelecido no horário publicado, ou segundo o estipulado, e a coberto de riscos. Depois de vacilações grandes, assentou-se na doutrina e na jurisprudência e agora expressamente no art. 735 do Código Civil de 2002 que a responsabilidade do condutor é *contratual*. Em consequência, **tem responsabilidade objetiva pelos sinistros ocorridos durante a viagem de que resulte dano às pessoas transportadas ou suas bagagens**, salvo motivo de força maior. O princípio, assentado originalmente para definir a responsabilidade das estradas de ferro, passou a cobrir outras modalidades de transportes, mesmo urbanos. Corolário dele é que **o usuário não tem de fazer prova da culpa do transportador, mas do dano tão somente, pois que a sua responsabilidade decorre do fato de ter assumido a obrigação de efetuar o transporte** (PEREIRA, Caio Mario. Instituições de Direito Civil: Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 18. ed. p. 310, destacamos).

- 2) Direito empresarial: em sendo possível a responsabilização civil da “Doha”, admite-se que os bens do proprietário Zayn sejam atingidos para o adimplemento da obrigação por força da chamada desconsideração da personalidade jurídica. É bem verdade que a “Doha” possui uma personalidade própria, e que, a princípio, são seus bens particulares, e não o de seus proprietários, que responderão pelos débitos contraídos. Todavia, perfeitamente caracterizada a relação de consumo havida entre a empresa de táxi aéreo e Reinaldo Lobo, incide a regra prevista no CDC, segundo a qual o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando em havendo estado de insolvência (art. 28, *caput*) ou mesmo quando a personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao

ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores (art. 28, §3º). São os comentários de Fábio Ulhoa Coelho:

Por outro lado, o CDC introduz no direito nacional um dispositivo que autoriza, expressamente, a desconsideração da personalidade jurídica (art. 28). Para impedir que a autonomia patrimonial da sociedade empresária possa ser utilizada como instrumento de fraude ou abuso de direito em prejuízo da satisfação de um interesse do consumidor, prevê-se a desconsideração daquela autonomia para a efetivação da responsabilidade sobre o patrimônio de quem perpetrou mal uso da pessoa jurídica (COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2007. 19. ed. p. 106).

- 3) Direito constitucional: o juiz de primeira instância sempre pode afastar a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade. Trata-se do chamado controle de constitucionalidade difuso, que pode ser exercido por qualquer membro do Poder Judiciário. São comentários de Pedro Lenza a respeito desse instituto:

O **controle difuso**, repressivo ou posterior, é também chamado de controle *ela via* de **exceção** ou **defesa**, ou controle **aberto**, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil.

O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (***incidenter tantum***), prejudicialmente ao exame do mérito.

Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2017. 21. ed. p. 274).

- 4) Processo civil: a carta psicografada não pode ser utilizada como prova para a reparação de danos materiais referentes à perda da mala contendo US\$ 1.000.000,00 em espécie. O art. 371 do Código de Processo Civil estabelece que, ao valorar a prova, o juiz indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento. Mas, conforme ensinado pela melhor doutrina, não é qualquer motivação apta a atender o comando legal, devendo ela conter atributos de racionalidade:

A motivação deve ser racional: deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que atua o julgador. Não se confunde com uma ciência exata ou com a lógica absoluta da matemática pura. O que se espera é que atenda às regras da validade da argumentação e do raciocínio jurídico.

[...]

Por isso, não se admite decisão fundada em critérios de fé, baseada em concepções religiosas ou místicas. Não se admite, assim, decisão que reconheça força probatória a uma carta psicografada, por exemplo - nesse sentido, a juntada de carta psicografada é uma prova ilícita (DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: JusPodivm, 2017. 12. ed. p. 119/120).

5) Direito penal: ainda que comprovado o recebimento de valores entregues pelos capangas do Deputado, Elivelton não pode ser criminalmente responsabilizado, juntamente com os demais agentes, pelo assassinato de Reinaldo. Os elementos apresentados no texto não deixam claro se:

a) a sugestão oferecida (retirada de algumas peças da estrutura da asa) seria, efetivamente, capaz de provocar a ruptura das asas;

b) ainda que fosse um meio apto a causar o acidente, desde o início, o mecânico de aeronaves queria enganar os capangas para recebimento dos valores; ou

c) ainda que fosse um meio apto a causar o acidente, em momento posterior houve arrependimento do ato e tomada de providências para impedir o acidente, modalidade de arrependimento eficaz (art. 15, CP);

No primeiro caso, em sendo inapto o meio sugerido, a situação caracterizaria o "crime impossível", também chamado de "tentativa inidônea", de tentativa inadequada", ou de "quase crime", que, para a teoria objetiva adotada pelo Código Penal, "como não há no crime impossível os elementos objetivos da tentativa e o bem jurídico não corre perigo, não há tentativa e o agente não pode ser punido" (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011. 16. ed. p. 477), constituindo figura atípica.

No segundo caso, não haveria dolo, descaracterizando o homicídio por absoluta falta do *animus necandi* necessário à subsunção do fato à norma jurídica. Nem mesmo há que se cogitar em suposto dolo de perigo, não existindo qualquer conduta delituosa no ato de desmontar algumas peças da aeronave e recolocá-las logo em seguida. Nesse caso, Elivelton, desde o início, sabia que não ocorreria o problema nas asas, deixando claro que causar a morte dos ocupantes da aeronave jamais foi do seu desejo.

No terceiro caso, estaria configurado o "arrependimento eficaz", em que "o agente, após ter esgotado todos os meios de que dispunha - necessários e suficientes -, arrepende-se e evita que o resultado aconteça", caso em que o agente só "responderá pelos atos já praticados que, de per si, constituírem crimes" (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011. 16. ed. p. 474/475). Logo,

Elivelton responderia pela retirada das peças das asas, caso este ato, analisado isoladamente, configurasse um delito autônomo, o que não é o caso.

Assim, pelo que se observa, ainda que sejam desconhecidas particularidades referentes ao elemento subjetivo do agente, todas as hipóteses aventadas culminam com a sua não responsabilização criminal pela morte do jornalista.

Cyro

Sei que é possível melhorar a fundamentação, principalmente em relação à segunda hipótese.

Podemos ir conversando a respeito para enriquecer o trabalho, mas optei por liberar o texto nesse estado mesmo por conta do adiantar do calendário, a fim de que os demais elaboradores sugiram mudanças diversas no caso como um todo, não só referentes ao ponto de Direito Penal.

Atenciosamente

Rafael

2.5 MELHORES PARECERES – 2º BIMESTRE

**ANTÔNIO LOPES DA SILVA JUNIOR
THALITA CAROLINI COUTINHO ALVES**

PARECER JURÍDICO

UNIFEOB
CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS
SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP, 2018

ANTÔNIO LOPES DA SILVA JUNIOR 16000477
THALITA CAROLINI COUTINHO ALVES 17000837

PARECER JURÍDICO

Trabalho apresentado como requisito para composição da nota PI, do curso de Direito do UNIFEOB – Centro Universitário Fundação de Ensino Octávio Bastos, sob a orientação do Profº. Luiz Francisco Araujo S. Faria.

São João da Boa Vista, SP
2018

PARECER JURÍDICO

ASSUNTO: Ocorrências da inauguração da empresa *Impacto Eventos e Produções Ltda.*

CONSULENTE: Alessandro e Elias.

EMENTA: DIREITO EMPRESARIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL. EMBRIAGUEZ COMPLETA POR FORÇA MAIOR. SÚMULA VINCULANTE 49. RECLAMAÇÃO STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DE MENORES. RESPONSABILIDADE DE ADMINISTRADORES. PROVAS. PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE DE PROVA.

Trata-se uma consulta formulada por Alessandro e Elias sobre a possibilidade da não responsabilização da empresa *Impacto Produções e Eventos Ltda.* perante uma ação de cobrança movida em face da mesma, além da viabilidade de uma ação indenizatória contra MC Melzinho pelos danos causados ao estabelecimento, bem como o uso de uma prova em outro processo. Outro questionamento feito por Alessandro e Elias diz respeito a regularidade da cassação da licença de funcionamento e se há possibilidade de recurso em outras instância. Para finalizar, foi questionado o provável desfecho da ação penal movida contra o músico Marcos.

Elias, famoso organizador de eventos na época de faculdade, decide construir um espaço para realização de eventos, entretanto, não possui dinheiro, fato que o motivou a procurar Alessandro, antigo colega dos tempos de universidade para conseguir um empréstimo. Alessandro prontamente propôs uma sociedade, se comprometendo a investir 70% do capital necessário. Elias sempre contou com a ajuda de Luana para realizar os eventos, ou seja, era uma pessoa de confiança, que agora conseguiu o cargo de administradora da sociedade empresarial recém fundada *Impacto Produções e Eventos Ltda*. O contrato de Luana estabelecia que ela teria total liberdade para adquirir bens ou contratar serviços, até um limite estabelecido em R\$ 20.000,00 (Vinte mil reais), caso o valor ultrapassasse o teto, seria necessário a anuência de ambos os sócios.

No show de inauguração, Luana contratou dois DJ's no valor de R\$ 500,00 cada, além da atração principal, MC Melzinho, por uma quantia de R\$ 28.000,00, valor maior que limite estabelecido em contrato e sem a anuência de ambos os sócios.

Após a apresentação de MC Melzinho, o mesmo se dirigiu ao camarote para comemorar o aniversário de seu músico, Marcos. Seguranças imobilizaram Marcos e MC Melzinho o forçou a beber meia garrafa de Whisky. Completamente embriagado, o músico agarrou uma moça, mas foi detido por pessoas da festa e levado à Delegacia de Polícia e submetido a exames que constataram elevado teor de álcool em seu organismo. Enquanto isso, MC Melzinho, que tinha apenas 17 anos, estava no camarote aproveitando a festa, até que recebeu respostas negativas à seus flertes. Fato que desencadeou a fúria do menor de idade, que acabou destruindo o local.

Após a confusão, a Câmara aprovou uma lei caçando a licença de funcionamento da empresa, sob o pretexto de não permitir a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em uma mesma área.

Não houve apresentação de nenhum documento probatório, apenas um e-mail com as seguintes dúvidas:

Algo pode ser alegado em favor da Impacto Produções e Eventos Ltda na ação de cobrança movida pelo MC Melzinho?

A Impacto pode mover ação em face de MC Melzinho para buscar a reparação dos danos causados em seu estabelecimento (danificação do forro de gesso, parte da iluminação e espelho de grandes dimensões), mesmo ele sendo menor de 18 anos?

Caso o MC Melzinho reconheça, na ação de cobrança, que não recebeu o pagamento contratado em represália aos danos que ele próprio causou ao estabelecimento, a declaração pode ser utilizada como prova na ação indenizatória a ser movida pela Impacto Produções e Eventos Ltda em face dele ou de outras pessoas?

É regular a cassação da licença de funcionamento da Impacto Produções e Eventos Ltda com amparo na lei municipal que impediu a instalação de estabelecimentos comerciais de um mesmo ramo em determinada área? Em não sendo regular, e já estando esgotados os recursos na esfera administrativa, qual o meio jurídico adequado para a impugnação do ato?

Qual o provável desfecho da ação penal movida em face do músico Marcos?

É o relatório.

Passamos a opinar.

Acerca do primeiro questionamento, devemos primeiramente entender o funcionamento de uma sociedade.

Para o início da mesma, é necessário que cada sócio contribua com dinheiro, bens ou créditos, assim adquirindo quotas de participação que concluem a divisão do capital social. É importante destacar que todos respondem solidariamente pela integralização. Na

legislação encontra-se nos art. 1052 a 1086 do CC e pelas normas da Sociedade Simples, mas também pode ser feita pelas normas das Sociedades Anônimas.

Com o novo Código Civil, a sociedade limitada se tornou mais profissional, possibilitando a integração de um órgão administrador escolhido pelos sócios, para possuir poderes de administração interna e atuação externa, nas relações jurídicas com outras pessoas, desse modo representando a sociedade, tomando vários atos em seu nome, como a formalização de contratos para a realização de seu objeto social.

O Professor Rubens Requião explica de forma analógica:

"o órgão executa a vontade da pessoa jurídica, assim como o braço, a mão, a boca executam a da pessoa física"

O administrador deverá respeitar os deveres de diligência e de lealdade que for expresso no contrato, uma vez que algumas decisões só poderão ser tomadas pelos sócios. Desobedecendo tais ordens e causando danos à sociedade, será responsabilizado pessoalmente, conforme art. 1.015, parágrafo único, I, Código Civil:

Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

De acordo com José Lamartine Corrêa de Oliveira:

"Há simplesmente uma questão de imputação. Quando o diretor ou o gerente agiu com desobediência a determinadas

normas legais ou estatutárias, pode seu ato, em determinadas circunstâncias, ser inimputável à pessoa jurídica, pois não agiu como órgão (salvo problema de aparência) – a responsabilidade será sua, por ato seu. Da mesma forma, quando pratique ato ilícito, doloso ou culposo: responderá por ilícito seu, por fato próprio."

Mesmo ocorrendo dúvidas, não terá a sociedade perante terceiros, responsabilidade pelos atos dos administradores que extrapolam seus poderes. Segundo artigos 47 e 1.174 do Código Civil que constituem regras gerais aplicáveis a todas as sociedades:

Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Art. 1.174. As limitações contidas na outorga de poderes, para serem opostas a terceiros, dependem do arquivamento e averbação do instrumento no Registro Público de Empresas Mercantis, salvo se provado serem conhecidas da pessoa que tratou com o gerente.

Ao analisar a conduta da administradora Luana, verifica-se que houve quebra no contrato social, uma vez que foi estipulado que ela teria poderes limitados, podendo adquirir bens e serviços em valor superior a R\$ 20.000,00 se previamente autorizado por ambos os sócios, porém a mesma contratou o Mc Melzinho por R\$ 28.000,00 mil reais sem a autorização. Portanto, tendo como base os arts. 1.015, parágrafo único, I; Art. 47; e Art. 1.174 do Código Civil, fica evidente que será de responsabilidade de Luana assumir a cobrança.

Assim tem sido o entendimento nos tribunais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FIANÇA. PESSOA JURÍDICA. TEORIA ULTRA VIRES. EXCESSO DE PODERES INOCORRENTE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA PARA PRESTAR FIANÇA. 1. O atual ordenamento jurídico abarca a denominada teoria ultra

vires, estando positivados nos artigos 47 e 1.015, e respectivo parágrafo único, do Código Civil, os limites da atuação dos administradores em nome da sociedade. 2. Em que pese a existência de cláusula no contrato social que veda a assunção de obrigações por sócia isoladamente sem anuência das demais, a representante da empresa que firmou o contrato de sublocação apresentou autorização expressa, sendo prescindível a anuência mútua entre as duas sócias autorizadas para o ato. 3. A jurisprudência do STJ mitiga o rigor da teoria ultra vires como forma de proteção da boa-fé de terceiros. AgRg no AREsp 161.495/RJ. Apresentação de autorização que gerou legítima expectativa de regularidade da fiança prestada pela pessoa jurídica. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70070385489, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Beatriz Iser, Julgado em 24/08/2016).

(TJ-RS - AC: 70070385489 RS, Relator: Ana Beatriz Iser, Data de Julgamento: 24/08/2016, Décima Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 29/08/2016)

O segundo questionamento diz respeito sobre a possibilidade de mover uma ação contra o cantor a fim de buscar a reparação dos danos causados no prédio da empresa Impacto, apesar de ele ser menor de dezoito anos.

É importante conceituar a Responsabilidade Civil, bem como seus elementos e classificações para um entendimento melhor. Sendo assim, esse ramo do Direito é um fator derivado de uma atividade praticada por alguém, que ilicitamente viola uma norma legal ou contratual causando dano a outrem e, como efeito, tem a obrigação de reparar, repondo o estado anterior da coisa ou com compensação pecuniária. Na definição de M. A. Sourdat:

“Entende-se por responsabilidade a obrigação de reparar o prejuízo resultante de um fato do qual se é autor direto ou indireto”

Quando ocorre um dano, é preciso verificar os elementos presentes em toda e qualquer responsabilidade civil, desta forma são listados três: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade. A culpa para alguns autores é considerada como elemento accidental.

O primeiro elemento é a conduta humana, classificada como comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer) dirigido pela vontade do agente imputável que resulta o dano, isto é, a conduta é a liberdade de escolha com consciência. Portanto, sem a voluntariedade não há a ação humana, afastando a responsabilidade civil.

Uma observação, feita por RUI STOCO, com apoio na doutrina de CAIO MÁRIO, deve ser lembrada:

“cumpre, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de ‘voluntariedade’ o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar o prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma”

Seguindo a ordem o segundo elemento é o dano, o qual é indispensável para a configuração do ato ilícito, uma vez que sem o mesmo não há a necessidade de indenização ou ressarcimento. Em sua obra *Programa de Responsabilidade Civil*, o autor SÉRGIO CAVALIERI FILHO explica:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.”

O dano é uma lesão a um interesse jurídico tutelado, podendo ser patrimonial ou não, provocado por uma ação ou omissão do agente.

E por fim, o último elemento nexa de causalidade, podendo ser conceituado como a ligação entre a conduta do agente (positiva ou omissiva) que provoca o resultado danoso. Segundo PABLO STOLZE GAGLIANO, descreve o nexa causalidade como:

“Assim como no Direito Penal, a investigação deste nexa que liga o resultado danoso ao agente infrator é indispensável para que se possa concluir pela responsabilidade jurídica deste último. Trata-se, pois, do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano.”

É interessante destacar que existem três teorias, e segundo entendimento de Carlos Roberto Gonçalves:

“Das várias teorias sobre o nexa causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária”

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Para esta teoria, a causa é apenas o fato antecedente que ligado por um vínculo necessário ao resultado danoso, determina o dano como uma consequência sua.

A culpa, elemento accidental, não é um pressuposto básico da responsabilidade civil, ainda mais no Código Civil, considerado que há outro tipo de responsabilidade que dispensa esse elemento subjetivo para sua configuração, a responsabilidade objetiva. Nas palavras de Rodolfo Pamplona Filho:

“A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim accidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.”

Em relação às classificações, existem duas: responsabilidade subjetiva, que se configura quando o agente diretamente por uma ação ou omissão dolosa (quando há intenção), ou culposa, de forma imprudente (sem o devido cuidado que o homem médio teria), ou negligente (sem precaução, atenção) causa dano a terceiro. É fundamental que o autor comprove por meio de provas a culpa do réu. A responsabilidade subjetiva é mantida como regra geral no ordenamento jurídico, conforme art. 186, 187 e caput art. 927, CC.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

É importante destacar que na responsabilidade subjetiva, é indispensável a confirmação de quatro pressupostos:

1. Ação ou omissão;
2. Dolo ou culpa;
3. Dano;
4. Nexo de causalidade.

Referente a segunda classificação, na responsabilidade objetiva não é exigido a culpa ou dolo, basta a existência da ligação de causalidade entre a conduta do agente e o dano para que haja o dever de indenizar, ou seja, se entender que o motivo de dano está relacionado a responsabilidade de alguém já é o suficiente para que este seja responsabilizado. É primordial esclarecer que para ocorrer a responsabilidade objetiva, deverá estar escrita em lei ou quando a atividade do autor poderá causar risco a outrem. De acordo com o art. 927 Parágrafo único, CC.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Como já visto no artigo anterior, em determinados casos a lei especifica quais os atos que serão responsabilidade objetiva, caracterizada como espécies de responsabilidade civil indireta, por ato de terceiro ou por fator animal e da coisa. De acordo com o art. 932, I e 933 do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Porém, no Código Civil o legislador foi além, prevendo a possibilidade de o menor responder por seus atos, não importando de ser absolutamente ou relativamente incapaz:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Isso ocorre nas hipóteses em que o responsável não tem a obrigação ou não possui patrimônio suficiente para reparar o dano causado, assim fica sujeito o incapaz de responder pela sua conduta causadora do dano, com os seus bens.

Para entender melhor esse assunto, Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze explicam:

“(imagine que o pai esteja em coma, e o seu filho, órfão de mãe, haja ficado em companhia da avó idosa, ocasião em que cometeu o dano), ou for pobre, poderá a vítima demandar o próprio menor, objetivando o devido ressarcimento, caso haja patrimônio disponível.”

Observando a atitude do Mc Melzinho, é notório que estão presentes os três elementos que configuram a responsabilidade civil. A conduta humana com o comportamento positivo, quando o mesmo atirou a cadeira para o alto. O dano, no momento em que o objeto atingiu o teto e a parede, danificando o forro do gesso, parte da iluminação e um espelho. E por fim, o nexo de causalidade no qual a ação teve ligação direta com o dano.

É relevante que no momento de sua conduta o cantor era menor de idade, não podendo ser responsabilizado. Entretanto, observado que sua mãe, dona de casa e seu pai aposentado por invalidez, não possuem condições de arcar com o prejuízo, a responsabilidade recairá ao próprio causador do dano, uma vez que o mesmo apresenta patrimônio suficiente, nos termos do art. 928 do Código Civil.

Assim tem sido o entendimento dos tribunais no tocante à questão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL -

RESPONSABILIZAÇÃO DE INCAPAZ - ART. 928 DO CÓDIGO CIVIL - POSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - SENTENÇA ULTRA PETITA - INOCORRÊNCIA - ADEQUAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, consoante redação do art. 928 do Código Civil. A indenização prevista no artigo retro, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. É dever do magistrado adequar o valor da causa nas ações de indenização por danos morais, a fim de evitar enriquecimento ilícito de quem dela se beneficie, nem prive o incapaz da sua subsistência. Sentença parcialmente reformada. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0100393-03.2009.8.05.0001, Relator (a): Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Publicado em: 15/04/2015)

(TJ-BA - APL: 01003930320098050001, Relator: Maurício Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 15/04/2015)

EMENTA: APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL. ATO ILÍCITO. ARTIGOS 5º, INCISO X, DA CRFB/88 E 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. AGRESSÃO VERBAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. OFENSAS IRROGADAS POR VIZINHO DA AUTORA. DOENÇA MENTAL. INTERDIÇÃO. NEXO CAUSAL. ROMPIMENTO. INOCORRÊNCIA. Ação proposta por cidadã em face de seu vizinho, autor de agressões verbais consistentes em xingamentos infamantes que violaram direitos, os mais elevados, ao macular a sua honra e dignidade de tal forma que culminou por fazer com que tal ato ilícito atraísse responsabilização civil decorrente de ato ilícito cometido

contra os direitos da personalidade, direitos estes que cada um possui sobre seus atributos fundamentais. Fatos comprovados e não impugnados de forma eficaz pelo ofensor. Os fatos alegados pela curadora do réu não rompem o nexo causal, bem como a alegada doença mental, restando presentes os requisitos da responsabilidade civil subjetiva e presente, portanto, o dever de indenizar. Pedido indenizatório julgado procedente, corretamente, para condenar o réu ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de dano moral, eis que configurado o ato ilícito, o nexo causal e o dano moral. Alegação do réu de estar interditado na ocasião por motivo de doença mental desmistificado pelo Órgão Ministerial (fl. 382), no sentido de que à época dos eventos ele ainda não havia sido interditado. O documento de fls. 244/248, não impugnado, revela que os atos violentos que vinham sendo praticados não guardavam relação de causalidade com o quadro mental apresentado. Ademais, a incapacidade civil não é capaz de romper o nexo causal. Inteligência do art. 928 do Código Civil. Destaque-se que o réu não era interditado e, mesmo se o fosse, poderia a ação indenizatória ser proposta em face de sua curadora, consoante o disposto no art. 932, inciso II, do Código Civil. Quantificação da indenização que, nos termos do art. 944 do Código Civil, haveria mesmo de ser calculada com base na extensão do dano e não no grau de culpa do réu. Não há porque se reduzir o quantum indenizatório, por absorção da lógica do razoável, haja vista que o mesmo já havia sido mitigado na origem quando o magistrado o fixou bem observando todas as peculiaridades, dentre as quais o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso a que se nega provimento.

**(TJ-RJ - APL: 00058248820038190208 RIO DE JANEIRO
MEIER REGIONAL 7 VARA CIVEL, Relator: MARIO ASSIS
GONCALVES, Data de Julgamento: 23/01/2013, TERCEIRA
CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/01/2013)**

O terceiro questionamento trata sobre a possibilidade da utilização de uma prova produzida no processo de ação de cobrança, em ação indenizatória, movida pela empresa Impacto.

Inicialmente, é indispensável entender o que o Direito Processual Civil Brasileiro admite o uso de prova emprestada, que também é conhecida como prova trasladada. Sumariamente, é a prova de um fato produzida em um processo e transportada para outro. Nas palavras de *Fredie Didier Jr*:

“Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele”

De acordo com o Código de Processo Civil no art. 372:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Vale ressaltar ainda que o Brasil adotou o sistema de livre convencimento motivado, no qual o magistrado tem liberdade na apreciação das provas, devendo sempre fundamentar suas decisões com base nos meios de provas reunidos nos processos que o levou a tal entendimento. O art. 93, IX, da Constituição Federal nos traz este princípio.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Outro dispositivo legal que confirma a adoção desse sistema é o art. 369, do Código de Processo Civil.

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Sendo assim, a prova produzida na ação de cobrança poderá ser utilizada na ação de indenização, tendo em vista todos os artigos supracitados, e contando ainda com o apoio da doutrina de *Fredie Didier Jr*, desde que respeitado o devido processo legal, com a garantia do direito ao contraditório e da ampla defesa da outra parte.

Assim tem sido o entendimento dos tribunais acerca do tema:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE PROVA EMPRESTADA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ILEGALIDADE NÃO CONSTATADA. A prova emprestada não é restringível a processos que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente a sua aplicabilidade. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório, de fato, é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada. De maneira que, assegurado às partes o direito de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo. SEGURANÇA DENEGADA.

(TJ-GO - MS: 609615120188090000, Relator: DES. LEANDRO CRISPIM, Data de Julgamento: 05/09/2018, SECAO CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2598 de 28/09/2018)

EMENTA: IMPENHORABILIDADE – PEQUENA PROPRIEDADE RURAL - PROVA EMPRESTADA. 1 - É possível utilizar-se de provas emprestadas de outro processo, relativos ao mesmo imóvel, desde que respeitado o contraditório. 2 - Enquadrando-se o imóvel do devedor no conceito de pequena propriedade rural e sendo por ele trabalhado como única fonte para prover o seu sustento e de sua família, deve ser reconhecida a sua impenhorabilidade. Recurso não provido.

(TJ-SP : 2164626-12.2017.8.26.0000 SP
2164626-12.2017.8.26.0000, Relator: Itamar Gaino, Data de Julgamento: 07/11/2017, 21ª Câmara de Direito Privado, Data da Publicação: 07/11/2017)

Entretanto, o que pode gerar controvérsia é o fato do confitente não ter atingido a maioria, já que tem apenas dezessete anos, tendo em vista o art. 392, §1º do Código de Processo Civil.

Art. 392. § 1º A confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

No tocante à capacidade de exercer atos da vida civil, o art. 4º, I, do Código Civil elucida que os maiores de dezesseis, e menores de dezoito tem uma capacidade relativa

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

Em contrapartida, o art. 5º, V nos traz que a menoridade poderá cessar aos dezesseis anos, caso o jovem tenha um estabelecimento civil ou comercial, assim como pela

existência de relação de emprego, desde que o menor consiga a economia própria. *In verbis*:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

(...) V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A regra é que todos os menores de idade são incapazes, sendo que os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes, e entre dezesseis e dezoito anos esta incapacidade torna-se relativa. De acordo com os fatos narrados pelos consultantes Alessandro e Elias, o cantor MC Melzinho se encaixa nas condições descritas no art. 5º, V, uma vez que por realizar shows, assumindo compromissos profissionais para com empregadores, mantém vínculo empregatício, além de conseguir a economia própria, já que sua mãe é uma dona de casa e o pai fora aposentado por invalidez.

O quarto questionamento da consulta diz respeito à regularidade da cassação da licença de funcionamento da empresa amparada em uma lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais de um mesmo ramo e uma determinada área, além de questionar qual meio jurídico pode ser utilizado para impugnar o ato.

Antes de adentrarmos no mérito da questão, é necessário que saibamos que a Constituição Federal de 1988 traz as competências de todos os entes da Federação, sendo eles a União, Estados membros e Municípios, entre as quais podem ser legislativas e administrativas (não legislativas).

Pois bem, uma das competências privativas dos municípios é a de promover o ordenamento de seu território por meio de leis e atos normativos, com a finalidade de organizar o uso e o

espaço no solo. A organização ocorre tradicionalmente por zoneamentos, que se constitui basicamente na divisão do território urbano em zonas, que podem ou não ser exercidas atividades.

O art. 30, VIII, traz o exposto acima.

Art. 30. Compete aos Municípios:

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

Após a promulgação da Constituição da República, vários municípios editaram leis proibindo a instalação de estabelecimentos do mesmo ramo em uma zona, sob o pretexto de estar promovendo o ordenamento territorial do seu solo urbano.

Uma das competências exclusivas do Supremo Tribunal Federal é a de editar súmulas que vinculam todo o Poder Judiciário, bem como a Administração Pública. O art. 103-A da Constituição Federal é o dispositivo que trata sobre essa competência.

Art. 103 – A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O Supremo entende que a edição de lei proibindo a instalação de outros estabelecimentos em uma mesma área é inconstitucional, dado que impede o livre comércio, princípio consagrado no art. 170, IV, levando a um monopólio.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

De acordo com a **Súmula Vinculante 49**.

“Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”

Assim tem sido o entendimento nos tribunais.

A CF/1988 assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do poder público, salvo nos casos previstos em lei. 2. Observância de distância mínima da farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei municipal 10.991/1991. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada.

[RE 193.749, REL. MIN. CARLOS VELLOSO, RED. P/ O AC. MIN. MAURÍCIO CORRÊA, P, J. 4-6-1998, DJDE 4-5-2001.]

O reclamante impetrou mandado de segurança contra ato administrativo que implicou a negativa de pedido de concessão de licença para a instalação de posto de revenda de combustível no Município de Dourados/MS. Indeferida a ordem, a óptica veio a ser confirmada em segunda instância. O órgão reclamado concluiu pela constitucionalidade do art. 86, § 4º, I, da Lei Complementar local 205/2012, alusiva ao

zoneamento, uso e ocupação do solo e o sistema viário do Município de Dourados/MS. (...) Surge relevante a alegação. Ao admitir a validade do preceito, o Tribunal estadual desrespeitou o verbetes vinculante 49 da Súmula do Supremo, porquanto limitada, por meio de legislação local, a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em certa localidade. (...) Consoante se observa, o verbete encerra entendimento, em tese e vinculante, no sentido da invalidade de norma local voltada a restringir a abertura de comércios de idêntica atividade considerado o critério geográfico. No paradigma apontado, não há — certo ou errado, descabe, nesta via, perquirir — previsão de ressalva, inclusive no tocante à possível necessidade de tutelar-se a segurança de munícipes.

[RCL 24.383, REL. MIN. MARCO AURÉLIO, DEC. MONOCRÁTICA, J. 29-6-2016, DJE 141 DE 1º-8-2016.]

Como exposto acima, a cassação da licença de funcionamento da empresa *Impacto Produções e Eventos Ltda.* com amparo em uma lei municipal contraria o entendimento de uma súmula vinculante do STF. O instrumento utilizado para impugnar o ato pode ser encontrado no art. 103-A, § 3º.

Art. 103 – A – § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

O uso da reclamação só será aceito quando se tratar de uma ação ou omissão da Administração Pública com os recursos administrativos esgotados, como trata o art. 7º, § 1º da Lei nº 11.417/06, que regulamenta o art. 103 – A.

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

Dado que todos os recursos administrativos já foram utilizados, podemos nos valer da reclamação como forma de garantir o direito de funcionamento da empresa, já que se o STF julgá-la procedente irá anular o ato administrativo.

No tocante ao último questionamento, sobre o possível desfecho da ação penal movida contra o músico Marcos, devemos destacar que nosso Código Penal adotou a teoria bipartida, na qual o crime é um fato típico e antijurídico, com a culpabilidade servindo apenas como pressuposto para a aplicação da pena.

O fato típico consiste no fato que se adéqua aos elementos previstos no código penal: Conduta, Resultado, Tipicidade e Nexa de Causalidade.

Dado o relatório, constata-se que Marcos praticou o crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave

Estão reunidos os quatro elementos do Fato Típico, sendo a conduta um comportamento humano, positivo ou negativo, consciente e voluntário dirigido a um fim, além do resultado, que pode ser resumido como a modificação do mundo exterior como consequência da

conduta praticada pelo agente. De acordo com Fernando Capez, a teoria normativa descreve resultado como:.

“Resultado é toda lesão ou ameaça de lesão a um interesse penalmente relevante. Todo crime tem resultado jurídico porque sempre agride um bem jurídico tutelado. Quando não houver resultado jurídico não existe crime. Assim, o homicídio atinge o bem vida; o furto e o estelionato, o patrimônio etc.”

O terceiro elemento citado é a tipicidade, que podemos definir como a subsunção do fato à norma descrita no Código Penal. O nexó de causalidade, último elemento do fato típico, trata sobre ligação estabelecida entre uma conduta e o resultado, logo, o nexó de causal é o que diz se uma conduta deu ou não causa a um resultado.

Entretanto, como ressaltado no início da argumentação, o Código Penal Brasileiro adotou a Teoria Bipartida, na qual a culpabilidade serve apenas como pressuposto para aplicação da pena.

Culpabilidade é a capacidade de um agente ser punido por ter praticado determinado crime, sendo necessária a presença dos três pressupostos para sua aplicação: Imputabilidade, Potencial Consciência da Ilícitude e Exigibilidade de Conduta Diversa.

De acordo com Fernando Capez, a imputabilidade diz respeito à capacidade de um agente entender o caráter ilícito do fato praticado, ou, ao menos, conseguir se determinar de acordo com esse entendimento.

Em regra, todos são imputáveis, salvo a ocorrência de causas dirimentes, ou causas excludentes de culpabilidade, que são quatro: doentes mentais, agentes com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, além dos completamente embriagados por força maior ou caso fortuito, que eram ao tempo da ação ou omissão inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento, nos termos dos arts. 26 e 28, §1º do Código Penal.

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao

tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

Art. 28 - § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

A embriaguez é uma causa que pode excluir a capacidade de entendimento do agente, como no caso da embriaguez completa acidental motivada por força maior, que se configura com uma força externa ao agente que o obriga a consumir o álcool ou droga, assim como no caso do músico Marcos, em que os seguranças seguraram o mesmo e MC Melzinho o obrigou a ingerir meia garrafa de Whisky. Após ser levado para delegacia e submetido a exames, foi constatado que Marcos estava completamente embriagado, incapaz de entender o caráter ilícito do fato que acabara de praticar.

Assim tem sido o entendimento dos tribunais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL LEVE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 129, § 9º, DO CP. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE PELA EMBRIAGUEZ INVOLUNTÁRIA. ABSOLVIÇÃO. APELO MINISTERIAL. DÚVIDA QUANTO À IMPUTABILIDADE DA ACUSADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. Havendo dúvida sobre a embriaguez involuntária da acusada e sobre sua capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, a absolvição é medida que se impõe em homenagem ao princípio da presunção de inocência. 2. Recurso conhecido e improvido para manter a absolvição da acusada. APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL LEVE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 129, § 9º, DO CP. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE PELA EMBRIAGUEZ

INVOLUNTÁRIA. ABSOLVIÇÃO. APELO MINISTERIAL. DÚVIDA QUANTO À IMPUTABILIDADE DA ACUSADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. Havendo dúvida sobre a embriaguez involuntária da acusada e sobre sua capacidade de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, a absolvição é medida que se impõe em homenagem ao princípio da presunção de inocência. 2. Recurso conhecido e improvido para manter a absolvição da acusada. (TJPI | Apelação Criminal Nº 2013.0001.004655-9 | Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes | 2ª Câmara Especializada Criminal | Data de Julgamento: 19/02/2014)

(TJ-PI - APR: 201300010046559 PI 201300010046559, Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes, Data de Julgamento: 19/02/2014, 2ª Câmara Especializada Criminal)

Em face ao exposto, a partir das informações prestadas pela consulente e das análises da legislação, jurisprudência e doutrina, opina-se:

1- A responsabilidade deverá incidir sobre a administradora, tendo em vista que ocorreu quebra de contrato social ao analisar que estipulava um limite de valor e a mesma ultrapassou sem a permissão dos sócios.

2- A Impacto pode mover ação contra o Mc Melzinho mesmo ele sendo menor de idade, posto que seus pais não possuem condições para arcar com as custas do prejuízo causado e conforme art. 928, do Código Civil o incapaz será responsabilizado pelo prejuízo.

3- É permitido o uso de provas produzidas em outros processos, tendo como apoio jurídico os arts. 369 e 372, ambos do Código de Processo Civil.

4 - A cassação da licença de funcionamento não é regular, uma vez que contraria a Súmula Vinculante 49. O instrumento a ser utilizado para a impugnação do ato da administração pública é a reclamação ao STF, que está previsto no art. 103 - A, § 3º da Constituição Federal.

5 - O possível desfecho da ação penal em face ao músico Marcos é a não punição ao agente que, apesar de ter praticado o crime previsto no art. 215-A do Código Penal, não pode ser punido, já que ele é inimputável devido seu estado de embriaguez completa ser acidental, proveniente de força maior.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 10 de novembro de 2018

Antonio Lopes da Silva Junior
OAB: XXX.XXX

Thalita Carolini Coutinho Alves
OAB: XXX.XXX

UNIFEOB
Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos
CURSO DE DIREITO

PROJETO INTEGRADO / PARECER JURÍDICO II

Série: 4º Módulo Matutino A

Aluno(s): Daiane Veroni RA: 17001002

Luís de Sousa RA: 17000037

Makelly Vallim RA: 17000436

SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP

NOVEMBRO 2018

PARECER JURÍDICO

ASSUNTO: Ação de Cobrança de dívidas

Consultante (s): ALESSANDRO E ELIAS

EMENTA: DIREITO EMPRESARIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E PENAL. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR. POSSIBILIDADE DE MOVER AÇÃO INDENIZATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE ACEITAR CONFISSÃO. LEI MUNICIPAL INCONSTITUCIONAL E IMPUGNAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE POR EMBRIAGUEZ ACIDENTAL COMPLETA DECORRENTE DE FORÇA MAIOR. POSSIBILIDADE.

Trata-se de consulta formulada por Alessandro e Elias sobre um fato ocorrido no evento de inauguração da empresa Impacto Produções e Eventos Ltda. Dos referidos sócios já mencionados.

É preciso ressaltar alguns pontos importantes que antecedem o ocorrido. Primeiramente, Elias tinha o desejo de construir um salão de festas, logo no início de 2017, e procurou Alessandro para a princípio lhe pedir um empréstimo, mas ele se propôs a uma sociedade no empreendimento, se comprometendo a disponibilizar 70% do capital que fosse necessário.

Após a conclusão da obra, Alessandro gostaria de obter um negócio sólido em que estivesse fora da informalidade. Procurou o contador Pedro para lhe aconselhar sobre o empreendimento. Com isso, Alessandro constituiu uma Pessoa Jurídica de Responsabilidade Limitada, inserindo Luana na figura de administradora. Esta era uma antiga amiga de Elias que o auxiliava na organização dos eventos informais.

Para a salvaguarda do patrimônio social, ela teria poderes limitados no contrato social, só podendo adquirir bens e serviços em valor superior a R\$ 20.000,00 se previamente autorizada por ambos os sócios.

No evento inaugural, Luana contratou dois Djs no valor de R\$ 500,00 cada um, e como atração principal, contratou o funkeiro MC Melzinho, que estava recebendo grande atenção da mídia. Ela acertou com o produtor o valor de R\$ 28.000,00, para realização do show, e com isso, a quantia seria paga após o show quando a Impacto já teria o dinheiro em caixa.

Enquanto Elias divulgava o evento e Luana tratava da organização, Alessandro observava à distância os movimentos de seu sócio e da administradora.

No dia da inauguração, o prédio estava lotado e os ingressos haviam se esgotado em apenas dois dias de venda. O público estava eufórico com o primeiro Dj da noite, e quando MC Melzinho entrou no palco e cantou os seus maiores sucessos, ele saiu do palco sendo muito aplaudido, e o show durou 50 minutos.

O cantor estava com 17 anos e teve uma infância difícil. E ultimamente estava atingindo um padrão de vida jamais imaginado por ele.

Após a saída do cantor do palco, seguiu com seus pais e parte da sua equipe para o camarote no mezanino da casa. Normalmente o cantor deixava o local dos shows, mas naquele dia ele abriu uma exceção, pois era aniversário de Marcos, um dos músicos da banda.

No camarote havia muita bebida, e MC Melzinho quis fazer uma brincadeira com Marcos, que nunca havia bebido antes, durante ou depois dos trabalhos, e pediu aos seguranças para segurarem Marcos com toda força, e o forçou a tomar meia garrafa de whisky, de uma única vez. O músico ficou caído no chão por dois minutos, até conseguir se levantar novamente, estando totalmente embriagado.

Marcos totalmente desorientado, foi ao pavimento inferior, e no meio de tantas pessoas, agarrou uma moça, comprimindo o seu corpo contra o dela. Rapidamente as pessoas que estavam por perto libertaram-na dos braços do músico. Ele foi retirado do local e levado para a Delegacia de Polícia, no qual realizou exames que atestaram o elevado nível de embriaguez.

Enquanto isso, no camarote da festa, o cantor estava furioso e alcoolizado, atirou uma cadeira para o alto, e atingiu com isso, parte do teto e depois uma parede, danificando o forro do gesso, parte da iluminação e um espelho de grandes dimensões.

Diante disso, a repercussão do evento foi negativa. Corria a notícia de que uma jovem teria sido vítima de importunação sexual, e que houve um “quebra-quebra” no camarote.

Com isso, os vereadores rapidamente trataram de aprovar uma lei para impedir a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em uma determinada área. E devido a isso, o Município cassou a licença de funcionamento da Impacto Produções e Eventos Ltda.

Foi noticiado que o músico Marcos estava sendo processado pela prática do crime tipificado no Art. 215-A do Código Penal em decorrência do evento no dia da inauguração.

E por fim, a empresa foi citada em uma ação de cobrança movida pelo cantor MC Melzinho, que não recebeu o valor de R\$ 28.000,00 estabelecido, que seria pago após a Impacto ter o dinheiro em caixa.

Direito Empresarial

É o relatório.

A sociedade limitada consiste em separação patrimonial entre seus sócios e a empresa. É composta por duas pessoas ou mais, que possuem responsabilidade solidária e limitada diante das quotas adquiridas por cada um, cujo valor integraliza o capital social.

Nesse tipo de sociedade é permitida a contratação de funcionários e administradores para desempenhar funções que necessitam do consentimento dos sócios.

Diante dos fatos acima mencionados, no contrato social formulado, Luana só poderia contratar bens ou serviços acima do valor permitido, se houvesse prévia autorização dos sócios. Isso não ocorreu na prática, haja vista, a contratação do cantor acima do valor permitido, e a não aprovação expressa de um sócio.

Elias foi logo tratando da divulgação, enquanto Alessandro por não ter trabalhado no ramo, atuava somente como investidor, observando assim, as ações de seu sócio e de sua administradora.

Essa situação descrita enquadra-se na “*Teoria Ultra Vires Societatis*”, no qual é aplicada à sociedade simples, mas também subsidiariamente à sociedade limitada. Essa teoria dispõe que, se acaso o administrador, na prática de sua gestão, violar o objeto social previsto no ato constitutivo, este ato não poderá ser imputado à empresa.

Encontra respaldo no Código Civil de 2002 (legislação em que foi acrescentada). Determina os atos praticados pelos administradores que ultrapassem seus poderes, trazendo como consequência, a desvinculação da pessoa jurídica:

“Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;”

A figura do administrador não surge quando ele pratica atos regulares de gestão, então não há que se preocupar com a responsabilidade. Todavia, se o administrador praticar uma das possibilidades previstas no parágrafo único deste artigo, o terceiro que contratou com o administrador poderá apenas vinculá-lo, acarretando a exclusão da sociedade de ser imputada qualquer responsabilidade.

Mesmo que a sociedade tenha elegido esta administradora, não podemos analisar a culpa por tê-la contratado, mas sim o risco que o terceiro assumiu na contratação. Já que ele se trata de um empresário que deveria ter feito a análise do contrato social da sociedade, para vislumbrar quais os poderes da administradora, mas não o fez.

O empresário assumiu o risco por não ter analisado os atos constitutivos do contrato. Essa é uma exceção que o Código Civil traz, para que haja a proteção da pessoa jurídica, no caso, a Impacto Produções e Eventos LTDA.

Portanto, a ação movida por MC Melzinho contra a sociedade é nula. Devido a responsabilidade ser apenas da administradora, que extrapolou seus poderes, podendo o cantor mover ação somente contra ela.

Direito Civil II

É o relatório.

Na maioria dos casos a responsabilidade civil é subjetiva, concernindo ao agente provar a não existência de culpa. Porém, nas situações em que a lei determinar e que constituírem atividade de risco, a responsabilidade independerá da existência de culpa, se tratando então, de ser objetiva. Como expressa o parágrafo único do Artigo 927, do Código Civil:

“Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

A responsabilidade objetiva indireta ocorre quando o responsável pela reparação do dano, é divergente do agente direto que causou a lesão ao bem jurídico de outrem.

Na obra “Novo Curso de Direito Civil” de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (p.) afirma que:

“Todavia, há situações em que o ordenamento jurídico atribui a responsabilidade civil a alguém por dano que não foi causado diretamente por ele, mas sim por um terceiro com quem mantém algum tipo de relação jurídica. Nesses casos, trata-se, a priori, de uma responsabilidade civil indireta, em que o elemento culpa não é desprezado, mas sim presumido, em função do dever geral de vigilância a que está obrigado o réu.”

O cantor é menor de idade, sendo relativamente incapaz. Isso torna os seus pais responsáveis indiretos pelas suas ações, pois possuem vínculo legal de responsabilidade.

Os danos causados por MC Melzinho poderão ser alvo de pedido de reparação indenizatória, todavia, quem responde pelos atos são os pais do cantor, já que ele é menor de idade. Como está previsto no Código Civil:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;”

No caso, os pais do cantor além de ter sua autoridade estavam em sua companhia, o que viabiliza a responsabilidade deles pelos atos praticados pelo filho.

Art. 933, do Código Civil:

“As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

Portanto, a Impacto Produções e Eventos LTDA deve mover ação indenizatória em face dos pais de MC Melzinho, já que a responsabilidade no caso é objetiva indireta.

Direito Processual Civil II

É o relatório.

A confissão é um meio de prova utilizado para provar fatos controvertidos, que necessitam de esclarecimentos. Está presente no ordenamento jurídico e faz prova contra o confitente.

Pode ser produzida no depoimento pessoal (audiência de instrução e julgamento) ou no interrogatório, determinado de ofício pelo juiz em qualquer momento processual. Veja, a conceituação trazida pelo Código para tal preceito:

Art. 389, do CPC:

“Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.”

O cantor MC Melzinho possui dezessete anos e, com isso, possui capacidade para estar em juízo, decorrente da capacidade civil de direito concedida a todas as pessoas (Art. 70, do CPC). Todavia, não possui para a prática dos atos processuais válidos, aos quais dependerá da assistência de um responsável.

O Art. 5º, caput, do Código Civil esclarece:

“A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.”

Se acaso o cantor reconhecer na mesma ação, que não recebeu o pagamento do show, em razão dos danos que ele próprio causou à empresa, esta possível confissão não será considerada válida, estando passível de anulação, haja vista, que ele não possui capacidade plena para a concretização deste ato. E devido a isso, não poderá ser emprestada a outro processo, mesmo se tratando de prova pré-constituída.

Tendo em vista a presente situação, é cabível mencionar um dos requisitos para a validação da confissão, a capacidade plena do confitente. Observe-se os dizeres do autor Humberto Theodoro Júnior (2016):

“Como a confissão pode importar, reflexamente, verdadeira renúncia de direitos (os possíveis direitos envolvidos na relação litigiosa), só as pessoas maiores e capazes têm legitimidade para confessar”.

À Impacto é assegurado o direito de empregar todos os meios de provas legais ou moralmente legítimos (art. 369, CPC) na ação indenizatória em face do cantor Melzinho. Porém o Código de Processo Civil adotou o livre convencimento motivado do juiz, cabendo ao magistrado, diante do arcabouço probatório, valorar cada prova apresentada no processo. E diante dessa situação, o juiz deverá torná-la nula (a confissão do cantor).

Em síntese, se o cantor fosse maior e capaz, a possível confissão seria válida e produziria efeitos, mas como ele ainda é relativamente incapaz, acarreta a exclusão de um dos requisitos essenciais para a sua validação. Não poderá ser admitida em juízo na ação de cobrança e muito menos ser emprestada para constituir prova na ação indenizatória impetrada pela empresa contra o cantor e nem contra terceiros. Se trataria de uma prova ilegítima, que contrariou o regramento processual no momento de sua produção.

Direito Constitucional II

É o relatório.

Diante dos fatos, os vereadores da cidade elaboraram uma lei municipal que proibia a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. Mas se analisarmos a materialidade e a formalidade desta lei, segundo o entendimento do STF, transformado em súmula 646, é inconstitucional designada lei. Veja:

“Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

Com esse entendimento, a lei municipal fere os princípios da ordem econômica, previstos no Art. 170, IV, da CF, que defende a livre concorrência:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV- livre concorrência;”

Esses princípios presentes nesse artigo são considerados como um dos alicerces no sistema econômico capitalista, ao promover a competitividade entre as empresas. Acarretando equilíbrio e eficiência econômica, promovendo a pluralidade de fornecedores e aprimorando a constante manutenção de seus preços em patamares razoáveis, constituindo assim, um atrativo para os clientes.

São favoráveis em sentido de promover aos agentes econômicos a liberdade de atuação no mercado e a oportunidade de competir de forma justa, e de outra forma proporcionam aos consumidores preços mais favoráveis.

Além disso, a imposição de limitações geográficas à instalação de estabelecimentos comerciais concorrentes, consiste em uma intervenção que vai além dos limites da autonomia normativa dos municípios, no sentido de não poderem legislar sobre comandos constitucionais do Estado e da União.

Segundo a previsão do Art. 174 da Constituição Federal:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Houve uma conversão da súmula 646 em súmula vinculante 49, com a mesma redação, aprovada em Sessão Plenária em 2015. Isso ocasionou a atribuição ao já entendimento do STF, provocando força de lei e em decorrência disso, obrigando os magistrados de todos os tribunais a observarem o entendimento nela consolidado sobre o assunto.

Pode-se dizer que antes era apenas uma orientação da Corte, mas com a publicação no *Diário Eletrônico do STF*, se formou um vínculo jurídico e, sendo assim, não poderá ser contrariado pelos demais órgãos do Poder Judiciário, nem pela Administração Pública, sob a pena de cassação da decisão judicial ou do ato administrativo que ofender.

Jurisprudência

“O que decidido pela Corte de origem conflita com precedentes do Plenário, muito embora relativos a farmácias. Prevaleceu a conclusão sobre o caráter simplesmente indicativo para o setor privado, tal como previsto no artigo 174 da Constituição Federal: Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor privado. Confirmam com o [Recurso Extraordinário 199.517-3](#). Assim, não cabe ao Município, sob pena de olvidar o princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica, proibir a abertura de novo estabelecimento comercial similar ao existente dentro de uma distância de quinhentos metros. O procedimento acaba por criar uma verdadeira reserva de mercado, em desrespeito aos princípios contidos na Carta da República, especialmente o da livre concorrência. Nesse sentido o Verbete 646 da súmula deste Tribunal. 2. Ante os precedentes, conheço do extraordinário e o provejo para denegar a segurança. [RE 438.485, rel. min. **Marco Aurélio**, dec. Monocrática, j. 25-4-2011, DJE 83 de 5-5-2011.]”

Se forem esgotados todos os recursos na esfera administrativa, o meio jurídico adequado para a impugnação deste ato é a Reclamação direta ao STF-Supremo Tribunal Federal, aplicando-se uma das três hipóteses cabíveis, em que consiste a reclamação para garantir a autoridade das súmulas vinculantes, já que elas vinculam todas as autoridades judiciárias e administrativas do país.

Foi construída de forma jurisprudencial e depois foi sendo incorporada na CF, no art. 102, I, alínea “i”. Está regulamentada pelo artigo 13 da Lei 8.038/1990 e pelos artigos 156 e seguintes do Regimento Interno da Corte (RISTF), pertencendo à classe de processos originários do STF, sendo ajuizada diretamente à Corte.

Conclui-se, portanto que baseado nos Art. 170, IV, V, Art. 173, §3º, a lei municipal elaborada não é regular e fere a Constituição Federal, tanto em não respeitar a livre-concorrência e também por ferir a competência Estatal em legislar sobre esse determinado assunto. Sendo assim, essa lei não pode cassar a licença de funcionamento da Impacto Produções e Eventos Ltda. E deve a empresa impetrar a Reclamação direta ao STF para a impugnação do ato de cassação.

Direito Penal II

É o relatório.

Primeiramente é pertinente citar que o músico Marcos está sendo acusado por importunação sexual contra uma mulher, no dia da inauguração da empresa, após o encerramento do show de MC Melzinho. Também se faz relevante mencionar, que a prática desse crime está prevista no Art.215-A, do Código Penal em que traz a seguinte redação:

“Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.” (Incluído pela Lei n° 13.718, de 2018).

Em contrapartida, ao que está descrito nesse artigo, devemos analisar o contexto em que se encontrava o agente no momento da ação delituosa. No Direito Penal se

observa, que para a imposição de uma pena é necessário que o agente seja imputável, ou seja, que ele tenha a capacidade para ser responsabilizado por determinado delito.

Isso está presente dentro dos termos da Culpabilidade, e conseqüentemente está atrelada à capacidade do agente em entender o caráter ilícito do fato no momento da ação e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Uma das excludentes da culpabilidade é a embriaguez completa proveniente de força maior, cujo contexto se enquadra no caso em tela. Como prevê o art. 28, § 1º do Código Penal:

“ É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

A intoxicação decorrente de força maior provém de força externa ao agente, e opera contra a vontade de uma pessoa, compelindo-a a ingerir a bebida. É o caso do sujeito que é obrigado a ingerir álcool por coação física ou moral irresistível, perdendo, em seguida, o controle sobre suas ações.

Marcos foi vítima de uma coação física que estava longe de ser brincadeira, por ter sido segurado pelos seguranças e por Melzinho tê-lo forçado a ingerir meia garrafa de whisky de uma só vez. Diante dessas circunstâncias, o músico estava todo embriagado, não conseguindo discernir as suas ações naquele momento.

O fato de ter agarrado uma mulher no pavimento inferior demonstra que ele não sabia o que estava fazendo, já que depois que o levaram para a Delegacia, fizeram exames e constataram o elevado nível de bebida alcoólica.

Em síntese, o músico Marcos estava totalmente embriagado na ocorrência do fato, porque perdeu a capacidade de compreensão e vontade, portanto, cabe afirmar que será excluída a sua imputabilidade, tornando-o isento de pena, haja vista, que mesmo sendo um fato típico, um dos elementos para se determinar a culpabilidade não está presente.

PARECER JURÍDICO

Assunto: da possibilidade de ação indenizatória em face de menor relativamente incapaz; da responsabilidade civil de sociedade limitada; da regularidade da cassação de alvará de funcionamento e da imputabilidade penal.

Consultentes: XXXX e XXXX

EMENTA: DIREITO CIVIL. Responsabilidade civil. Reparação civil. Responsabilidade por ato de menor. Responsabilidade indireta. Aplicação do art. 927 do CC. Responsabilidade dos pais. Responsabilidade aquiliana do menor. Responsabilidade objetiva dos pais caracterizada. DIREITO EMPRESARIAL. Sociedade limitada. Aplicação da teoria ultra vires. Excesso de poderes do administrador. Aplicação do artigo 1.015 do CC. Responsabilidade da sociedade afastada. PROCESSO CIVIL. Incapacidade relativa. Litisconsórcio facultativo. Prova emprestada – cabimento. Confissão Judicial. Responsabilidade Subsidiária do Menor. Não prejudicialidade dos litisconsortes. DIREITO CONSTITUCIONAL. Teoria do direito adquirido. Cassação de alvará irregular. Aplicabilidade das Súmulas 473 e 646 do STF. Princípio da livre-concorrência. Mandado de Segurança – Cabimento. Direito líquido e certo. DIREITO ADMINISTRATIVO. Ato administrativo vinculado. DIREITO PENAL. Crime de importunação sexual. Culpabilidade elidida. Inimputabilidade do agente. Embriaguez completa por força maior caracterizada. Aplicação do §1º do artigo 28 do CP. Incapacidade de compreensão do caráter ilícito do fato. Inaplicabilidade da teoria actio libera in causa. Absolvição do réu.

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada por XXXX, nacionalidade (...), estado civil (...), profissão (...), portador do RG nº xx.xxx.xxx-x, inscrito no CPF sob nº xxx.xxx.xxx-xx, endereço completo (...), e XXXX, nacionalidade (...), estado civil (...), profissão (...), portador do RG nº xx.xxx.xxx-x, inscrito no CPF sob nº xxx.xxx.xxx-xx, endereço completo (...), acerca: **a)** da possível alegação em favor da empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” na ação de cobrança movida por “MC MELZINHO”; **b)** da possibilidade de ação por reparação de danos em face de

“MC MELZINHO” pela danificação no estabelecimento, tendo em vista que o mesmo é menor de 18 anos; **c)** da utilização de uma declaração de “MC MELZINHO” na ação de cobrança, na qual ele reconhece que o não recebimento do pagamento se deu em razão dos danos causados no estabelecimento, como prova em ação indenizatória em face dele ou de outras pessoas; **d)** da regularidade da cassação da licença de funcionamento da empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” com amparo na lei municipal que impediu a instalação de estabelecimentos comerciais de um mesmo ramo em determinada área, e, em caso de irregularidade, qual o meio jurídico adequado para impugnação do ato quando esgotados todos os recursos na esfera administrativa; **e)** do provável desfecho da ação penal movida em face do músico MARCOS.

Expostos os questionamentos levantados pelos consulentes e que embasam o presente parecer, seguem os breves relatos do fato:

Os consulentes ELIAS e ALESSANDRO constituíram uma pessoa jurídica na forma de sociedade de responsabilidade limitada no ramo de organização de eventos.

Antes de constituírem a empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, ELIAS atuava no ramo informalmente na companhia de LUANA, a qual era responsável por todos os preparativos, desde a compra de bebidas e pagamento de fornecedores até a contratação de bandas, competindo a ELIAS unicamente a divulgação dos eventos.

ELIAS percebeu com o tempo a enorme dificuldade em encontrar locais à altura dos eventos que junto de LUANA produzia, todos os salões de festa que conheciam na cidade, apresentavam ao menos um problema grave.

Determinado a construir seu próprio salão de festas, no início de 2017, ELIAS contactou ALESSANDRO, um amigo dos tempos de faculdade, a fim de conseguir um empréstimo para a construção, uma vez que conhecia sua boa condição financeira. ALESSANDRO, no entanto, propôs ao amigo uma sociedade no

empreendimento, se comprometendo a disponibilizar 70% do capital que fosse necessário. ELIAS aceitou a proposta de sociedade, desde que contratassem LUANA para auxiliar na organização dos eventos, dada sua experiência nesta função, com o que ALESSANDRO não discordou se estabelecessem bem qual a relação que teriam com ela.

Concluída a obra, os consultentes procuraram um contador em busca de orientações para a constituição de sua empresa, o qual os aconselhou a constituírem uma pessoa jurídica na forma de sociedade de responsabilidade limitada, com a colocação de LUANA na função de administradora, caso em que, para salvaguarda do patrimônio social, ela teria poderes limitados no contrato social, só podendo adquirir bens e serviços em valor superior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) se previamente autorizada por ambos os sócios. ALESSANDRO e ELIAS, concordando com a sugestão oferecida pelo contador, convidaram LUANA para ser a primeira funcionária e administradora da empresa, que aceitou prontamente, dando assim início à “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”.

Para o evento inaugural, LUANA contratou dois DJs, um para abertura e outro para encerramento da noite, ao custo de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada um deles. Como atração principal contratou “MC MELZINHO”, cantor de funk muito famoso. Com o produtor do “funkeiro”, LUANA ajustou o valor de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), a ser pago após o evento, quando a “IMPACTO” já teria dinheiro em caixa.

“MC MELZINHO”, com apenas 17 anos teve uma infância humilde, filho de uma dona de casa e de um pai aposentado por invalidez, nasceu e foi criado juntamente de seus cinco irmãos em uma comunidade do Rio de Janeiro. Há um ano, desde que começou a fazer sucesso na internet, alcançou um padrão de vida jamais imaginado.

No dia da inauguração, o prédio da “IMPACTO” estava lotado, “MC MELZINHO” após a sua apresentação, na companhia de parte de sua equipe e de seus pais que estavam presentes no evento, seguiu para o camarote no mezanino da casa.

Geralmente, “MC MELZINHO” deixava o local logo após os seus shows, mas naquela ocasião resolveu permanecer por mais tempo para comemorar o aniversário de MARCOS, um dos músicos da banda.

No camarote, com muita bebida sendo servida, todos ficaram eufóricos. Naquele clima de descontração, “MC MELZINHO” resolveu fazer uma brincadeira com o aniversariante, que nunca bebia durante seu trabalho: pediu aos seguranças para segurarem MARCOS com toda força, e o forçou a tomar meia garrafa de whisky, de uma só vez. O músico foi ao chão, e ali permaneceu por dois minutos até conseguir se levantar novamente, totalmente embriagado.

Absolutamente desorientado, MARCOS desceu ao pavimento inferior e foi em direção ao banheiro. No caminho, passou por diversas pessoas, mas uma moça chamou sua atenção, deixando o músico tomado pelo desejo. Aproximando-se pelas costas, ele a agarrou, comprimindo o seu corpo contra o dela. As pessoas que estavam ao redor rapidamente flagraram a ação, e a libertaram dos braços do músico. MARCOS foi retirado do local e levado para a Delegacia de Polícia, onde realizou exames que atestaram o elevado nível de embriaguez.

Enquanto isso acontecia, “MC MELZINHO”, no camarote, após duas mulheres recusarem suas investidas, atirou uma cadeira para o alto, que atingiu parte do teto e depois uma parede, danificando o forro de gesso, parte da iluminação e um espelho de grandes dimensões.

Na manhã seguinte, a repercussão do evento foi bastante negativa, os veículos de comunicação locais noticiaram o ocorrido na noite anterior, informando ainda que o músico MARCOS estava sendo processado pela prática de crime tipificado no artigo 215-A do Código Penal.

Todos os incidentes da noite do evento, levaram os vereadores da cidade a aprovar uma lei para impedir a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em uma determinada área, o que levou o município a cassar a licença de funcionamento da “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”. A empresa ainda foi citada em uma ação de cobrança movida por “MC MELZINHO”,

em razão do não recebimento dos R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais) pactuados para a realização do show.

É o relatório.

Passamos a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO

a) Da possível alegação em favor da empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” na ação de cobrança movida por “MC MELZINHO”.

O contexto empresarial brasileiro abre margem para a constituição de diversos tipos de empresa, sendo que os sócios podem se adequar àquela que mais for favorável para o exercício da atividade empresarial, sendo que uma sociedade empresarial, de maneira simples, pode ser definida como um conjunto de empresários que se unem com o objetivo de exercer esta atividade.

No leque de atividades empresariais mais conhecidas apresentadas pelo Código Civil de 2002, o legislador apresentou a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI (Art. 980-A e seguintes), a Sociedade Anônima (art. 1088 e seguintes) e a Sociedade Limitada (Art. 1052 e seguintes). É justamente esta última o nosso objeto de estudo, tendo em vista ser a modalidade na qual se enquadra a Pessoa Jurídica “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”.

A princípio, nota-se a questão da limitação de responsabilidade, principal característica desse tipo de atividade empresarial. O pressuposto para a limitação de responsabilidade dos sócios, por dívidas da pessoa jurídica, é a divisão patrimonial. Assim, a integralização do capital social por parte dos sócios para constituir o patrimônio empresarial, será o ponto de partida para a

diminuição dos riscos da atividade empresarial. Nesse sentido, conceitua VENOSA:

“A criação de um tipo societário com regime de responsabilidade limitada é imperativo econômico para a diminuição do risco da atividade empresarial. Na sociedade limitada existe separação entre o patrimônio social e o dos sócios, cuja responsabilidade é limitada ao valor de sua quota integralizada. A regra é a sociedade ser responsável com seu patrimônio pelo cumprimento das obrigações sociais”. (2017, p. 150)

De maneira análoga, observamos que a Responsabilidade de cada sócio está intimamente ligada às quotas, conforme o art. 1.052 do Código Civil dispõe:

Art. 1.052. Na sociedade limitada, **a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas**, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. *(Grifo nosso)*

Por conseguinte, importante destacar que essa limitação só se concretizará junto à integralização total do capital social, ficando, todos os sócios vulneráveis aos riscos empresariais, conforme ainda observa VENOSA:

“Entretanto, enquanto o capital social subscrito não for totalmente integralizado, pelo montante em aberto respondem todos os sócios solidariamente; mesmo os sócios que já integralizaram suas quotas são responsáveis pelo valor a completar por parte de outro sócio. Respondendo solidariamente pela integralização da quota do remisso, os que pagaram tal valor têm direito de regresso contra aquele. Portanto, a limitação da responsabilidade plena ocorre somente após a integralização total do capital social.” (2017, p. 150)

Sendo assim, a integralização plena do capital social por parte dos sócios é o que lhes garantirá a limitação da responsabilidade, nos termos legais. Cumpre

salientar, neste sentido, que no caso da “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, trata-se de uma Sociedade De Responsabilidade Limitada, na qual ALESSANDRO se comprometeu com 70% do capital e o outro sócio, ELIAS, com 30%. Portanto, constituíram regularmente a integralização do capital social e, assim, estão resguardados dos riscos da atividade empresarial e gozando da limitação de responsabilidade.

Outrossim, nota-se que o legislador determinou às regras da Sociedade Simples legislação suplementar para as Sociedades Limitadas. Desta maneira, em caso de lacunas no texto que rege as Sociedades Limitadas (Capítulo IV - Da Sociedade Limitada, Art. 1.052 e seguintes – Código Civil de 2002), deve-se recorrer às regras da Sociedade Simples (Capítulo I – Da Sociedade Simples; Art. 997 e seguintes – Código Civil de 2002), conforme expressa o Art.1.053 do dispositivo:

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

No entanto, nada impede que os sócios optem pela regência suplementar da Sociedade Anônima, desde que conste no contrato social. São casos esses, comumente, quando há uma intenção de migrar, futuramente, para esta modalidade social. Porém, a maioria das Sociedades Limitadas optam pela regência suplementar da Sociedade Simples, justamente pela pessoalidade entre os dois tipos de sociedade, o que proporciona uma maior flexibilidade para ajustes periódicos.

Ademais, dentre as maiores peculiaridades da modalidade limitada, nos empenharemos em estudar sua administração, bem como os poderes de um administrador, visto que a situação problema gira em torno da questão da administradora da “IMPACTO” ter atuado com excesso de poderes ao contratar um show de valor superior ao que o contrato social lhe dava poderes.

A administração, no tipo social em que se enquadra a “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, poderá ser exercida por sócio ou terceiros, sendo os poderes distribuídos de formas diversas e desvinculados à qualidade de sócios. Será administração direta quando por um sócio, e indireta quando por um terceiro. Neste último caso, a administração indireta será dada pela escolha de um ou mais administradores, por meio de votação dos sócios e regularmente registrada no contrato social.

Importante papel tem o contrato social em relação à administração, pois expressará a forma de administração, os administradores gerais e específicos, bem como suas atribuições de poderes e se será exercida conjunta ou separadamente. Essa designação poderá ser feita em ato separado, desde que com devido registro. Neste sentido, dispõe VENOSA:

“A forma de administração da sociedade limitada, por sócio ou terceiro, deve vir expressa no contrato social, bem como deverá ser especificado se a administração será exercida conjunta ou separadamente (art. 1.014). Nada impede, porém, que a designação do administrador seja feita em ato separado, desde que regularmente registrado. Na prática, a designação do administrador vem prevista no contrato social originário e suas modificações, em ato separado, em assembleia ou reunião de sócios por meio de alteração do contrato social.” (2017, p. 157)

Nesta mesma percepção, destaca-se a importância do registro a respeito dos poderes atribuídos ao administrador. Desta forma, os sócios garantem a segurança da empresa e se resguardam dos riscos da atividade empresarial. Sobre esta importância, também dispõe VENOSA:

“(…) os poderes inerentes a cada administrador devem vir claramente definidos e descritos, pois cada um terá responsabilidade sobre os atos que praticar na sua área. O contrato social deve definir os limites dos poderes e de atuação do administrador.” (2017, p. 157)

Após a anuência da totalidade dos sócios, caso o capital social ainda não esteja totalmente integralizado ou mediante aprovação de dois terços dos sócios,

quando o capital já estiver totalmente integralizado, é necessário o registro, como orienta o artigo 1.060, *caput*, 1.062 e 1.063 do Código Civil:

Art. 1.060. A sociedade limitada é **administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado.**

Art. 1.061. A designação de administradores não sócios dependerá de **aprovação da unanimidade dos sócios, enquanto o capital não estiver integralizado, e de 2/3 (dois terços), no mínimo, após a integralização.**

Art. 1.062. O administrador designado em ato separado investir-se-á no cargo mediante termo de posse no livro de atas da administração.

§ 1º Se o termo não for assinado nos trinta dias seguintes à designação, esta se tornará sem efeito.

§ 2º Nos dez dias seguintes ao da investidura, deve o administrador requerer seja **averbada sua nomeação no registro competente**, mencionando o seu nome, nacionalidade, estado civil, residência, com exibição de documento de identidade, o ato e a data da nomeação e o prazo de gestão. (*Grifos nossos*)

A importância da publicidade do registro se dá principalmente para que terceiros tomem ciência a respeito da administração da sociedade. No caso em questão, observamos que os sócios ALESSANDRO e ELIAS, concordaram em eleger LUANA como administradora da “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, desde que estabelecessem com clareza seus poderes. Desta forma, na constituição da sociedade de responsabilidade limitada, os seus poderes foram limitados no contrato social. A atribuição se condicionou na aquisição de bens e serviços no valor de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Para maiores aquisições, deveria ser previamente autorizada pelos consultentes ALESSANDRO e ELIAS. Outrossim, para prosseguirmos a análise da conduta da administradora LUANA, nos é importante averiguar sob o prisma dos poderes propriamente do administrador da sociedade limitada. A definição dos poderes atribuídos no contrato social delimita a atuação do representante na sociedade. A esse respeito, comenta SANCHEZ:

“Os poderes de gestão da sociedade conferidos ao administrador são definidos no contrato social, desde que o assunto não seja de competência privativa da assembleia de sócios. Os administradores possuem o poder de representar a sociedade, tomando vários atos em seu nome, como a formalização de determinados contratos para a realização de seu objeto social. No exercício de tais poderes, pode o administrador causar danos à sociedade. Na ocorrência de tais danos, ele se responsabilizará pessoalmente, se agir em desacordo com os deveres de diligência e de lealdade.” (2017, p.81)

Com o poder de representar a empresa, e atuar em seu nome, não é raro casos de administradores extrapolarem o limite das atribuições para qual foi designado, e através disso, trazerem prejuízo à organização. Nestes casos, ao agir de forma desconsoante aos limites do contrato social, os danos serão pessoalmente a ele imputados, eximindo a sociedade. O legislador cuidou de dispor sobre essa possibilidade no parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil, vejamos:

Art. 1.015. Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I - **se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;**

II - provando-se que era conhecida do terceiro;

III - **tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade** *(Grifos nossos)*

Conforme disposto, se o contrato não delimita, terá o administrador poderes amplos. Frise-se, ressaltamos aqui a importância da delimitação de poderes no contrato social. Entretanto, se houver sido disposto um pacto limitativo de poderes, ou seja, cláusula que expresse os limites atribuídos a ele, e neste não constar o ato do qual se origina o dano causado à empresa, será o prejuízo imputado ao próprio administrador. Se este dano for, por exemplo, uma dívida com terceiros, a responsabilidade pelo excesso ou abuso de poder recairá sobre o representante.

Retomando a situação da “IMPACTO”, observamos que ALESSANDRO e ELIAS cuidaram de delimitar poderes à função de LUANA, limitando sua aquisição de bens ou serviços, em nome da sociedade, no valor de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Para o evento de Inauguração do salão de festas, LUANA contratou algumas atrações, sendo a principal o show de “MC MELZINHO”. A administradora fechou um contrato de prestação de serviços com o produtor do “funkeiro” no valor de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), valor que seria pago após o evento, quando a empresa já tivesse dinheiro em caixa. É justamente nesse ato que se averigua o excesso de poder por parte dela. O contrato social dispôs de um pacto limitativo de poderes que expressou o valor máximo de R\$20.000,00 (vinte mil reais) para a administradora contratar bens ou serviços. Ao fechar um contrato de prestação de serviços no valor superior a este, LUANA agiu com excesso de poderes, configurado pelo inciso I do art. 1.015 do Código Civil. Ademais, analisando o disposto na doutrina e jurisprudência nesse contexto de excesso de poderes por parte do administrador empresarial, denomina-se esses atos como “*atos ultra vires societatis*”, provenientes da teoria “*ultra vires societatis*”. Essa teoria jurisprudencial refere-se a operações estranhas ao objeto social e tem sido aplicada em julgados no ordenamento jurídico brasileiro, conforme afirma NEGRÃO ao discorrer sobre a teoria:

“Na jurisprudência brasileira a teoria encontra aplicação, tornando nulos os atos praticados por gerentes sociais em atividades estranhas ao objeto social da sociedade. (...) A matéria foi disciplinada pelo parágrafo único do art. 1.015 do CC, passando a legislação a admitir a oposição de excessos praticados pelos administradores, na ocorrência de uma das situações indicadas em seus incisos. (...) O Código Civil prevê, portanto, a aplicação dos efeitos da teoria inglesa *ultra vires doctrine*, atingindo o ato quando “evidentemente estranho” aos negócios sociais, invalidando-o, isto é, a sociedade não responderá pelo ato, mas sim o administrador ou sócio que o praticou”. (2017, p. 64)

Apesar de alguns julgados acolherem a teoria da Aparência, a qual responsabiliza a Sociedade, ainda que o administrador tenha agido com excesso de poderes, em favor do terceiro, que agiu com boa-fé ao vincular-se com a

empresa, os Tribunais, em geral, inclusive o STJ, tem adotado a teoria “*ultra vires*”, conforme se extrai do seguinte julgado:

DIREITO EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SOCIEDADE ANÔNIMA. DIRETORIA. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODER E FORA DO OBJETO SOCIAL DA COMPANHIA (ATOS ULTRA VIRES). RESPONSABILIDADE INTERNA CORPORIS DO ADMINISTRADOR. RETORNO FINANCEIRO À COMPANHIA NÃO DEMONSTRADO. ÔNUS QUE CABIA AO DIRETOR QUE EXORBITOU DE SEUS PODERES. ATOS DE MÁ GESTÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. DEVER DE DILIGÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE DOLO E CULPA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RESSALVAS DO RELATOR. 1. As limitações estatutárias ao exercício da diretoria, em princípio, são, de fato, matéria interna corporis, inoponíveis a terceiros de boa-fé que com a sociedade venham a contratar. E, em linha de princípio, tem-se reconhecido que a pessoa jurídica se obriga perante terceiros de boa-fé por atos praticados por seus administradores com excesso de poder. Precedentes. 2. Nesse passo, é consequência lógica da responsabilidade externa corporis da companhia para com terceiros contratantes a responsabilidade interna corporis do administrador perante a companhia, em relação às obrigações contraídas com excesso de poder ou desvio do objeto social. 3. Os atos praticados com excesso de poder ou desvio estatutário não guardam relação com a problemática da eficiência da gestão, mas sim com o alcance do poder de representação e, por consequência, com os limites e possibilidades de submissão da pessoa jurídica - externa e internamente. Com efeito, se no âmbito externo os vícios de representação podem não ser aptos a desobrigar a companhia para com terceiros - isso por apreço à boa-fé, aparência e tráfego empresarial -, no âmbito interno fazem romper o nexo de imputação do ato à sociedade empresarial. Internamente, a pessoa jurídica não se obriga por ele, exatamente porque manifestado por quem não detinha poderes para tanto. Não são imputáveis à sociedade exatamente porque o são ao administrador que exorbitou dos seus poderes. 4. Portanto, para além dos danos reflexos eventualmente experimentados pela companhia, também responde o diretor perante ela pelas próprias obrigações contraídas com excesso de poder ou fora do objeto social da sociedade. 5. Se a regra é que o administrador se obriga pessoalmente frente a companhia pelos valores despendidos com excesso de poder, quem excepciona essa regra é que deve suportar o ônus de provar o benefício, para que se possa cogitar de compensação entre a obrigação de indenizar e o suposto proveito econômico, se não for possível simplesmente desfazer o ato exorbitante. Vale dizer, com base no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, eventuais acréscimos patrimoniais à pessoa jurídica constituem fatos modificativos ou extintivos do direito do autor, os quais devem ser provados pelo réu (art. 333, inciso II, CPC). 6. Assim, no âmbito societário, o diretor que exorbita de seus poderes age por conta e risco, de modo que, se porventura os benefícios experimentados pela empresa forem de difícil ou impossível mensuração, haverá ele de responder integralmente pelo ato, sem possibilidade de eventual "compensação". No caso em apreço, e especificamente quanto aos contratos de patrocínio da SPFW e os celebrados com a Campari Itália S.P.A., as instâncias ordinárias não reconheceram nenhum retorno para a companhia, seja patrimonial, seja marcário. Tal conclusão não se desfaz sem reexame de provas, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 7. Entendimento da douta maioria quanto aos contratos de publicidade celebrados com África São Paulo Ltda. e 3P Comunicações Ltda. (notas taquigráficas): atos de que resultaram bom

proveito para a companhia. Incidência do art. 159, § 6º, da Lei n. 6.404/1976: "O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia". É possível reconhecer que a publicidade em rede aberta de televisão favorece a exposição da marca. Ausência de prejuízo à companhia. Interpretação do art. 158 da LSA, invocado no recurso especial e prequestionado. Ressalva do ponto de vista do relator: é incabível a aplicação do art. 159, § 6º, da Lei n. 6.404/1976, à falta de prequestionamento, não sendo o caso de fazer incidir o art. 257 do RISTJ, com aplicação do direito à espécie. Quanto aos referidos contratos de publicidade, já existia limitação decorrente do acordo de acionistas de conhecimento de todos. Excesso de poder reconhecido. Exegese do art. 118, § 1º, da LSA e do art. 1.154, caput, do Código Civil de 2002. 8. Tendo o acórdão recorrido assentado peremptoriamente que as festas promovidas pelo diretor em nome da companhia eram estranhas ao objeto social, tal conclusão não se desfaz sem reexame de provas. Incidência da Súmula 7/STJ. 9. Por atos praticados nos limites dos poderes estatutários, o administrador assume uma responsabilidade de meio e não de resultado, de modo que somente os prejuízos causados por culpa ou dolo devem ser suportados por ele. Daí por que, em regra, erros de avaliação para atingir as metas sociais não geram responsabilidade civil do administrador perante a companhia, se não ficar demonstrada a falta de diligência que dele se esperava (art. 153 da LSA). 10. Não obstante essa construção, no caso em exame, segundo apuraram as instâncias ordinárias, não se trata simplesmente de uma gestão infrutuosa - o que seria tolerável no âmbito da responsabilidade civil -, caso não demonstrada a falta de diligência do administrador. Segundo se apurou, tratou-se de gastos com nítidos traços de fraude, como despesas em duplicidade, hospedagens simultâneas em mais de uma cidade, notas fiscais servis a encobrir despesas particulares próprias, de parentes e outros. Incidência, no particular, da Súmula 7/STJ. 11. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ - REsp: 1349233 SP 2012/0113956-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 06/11/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/02/2015)

Nesse diapasão, tendo em vista a limitação de responsabilidade dos sócios ALESSANDRO e ELIAS, bem como a atuação com excesso de poderes da Administradora LUANA, caracterizado por contratar prestação de serviços em nome da Sociedade, fora dos limites atribuídos, a Sociedade ficará eximida da responsabilidade consequente dos atos "*ultra vires*" praticados pela administradora. Em perfeita conformidade com o art. 1.015, bem como a teoria "*ultra vires societatis*", constata-se que a "IMPACTO" não será responsabilizada por ato da administradora. É certo que a maioria dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais defenderem que a teoria "*ultra vires*" se aplique em hipótese de ocorrência do inciso III do artigo 1.015, importante destacar que a presença de apenas um de qualquer dos incisos é capaz de configurar os atos tidos como "*ultra*

vires”, tanto que o próprio legislador fez questão de assim o determinar, como se observa no trecho: “*se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses*”. Sendo assim, apesar de a contratação de um show não configurar operação estranha aos negócios da empresa (inciso III do artigo 1.015), a negociação acima do valor permitido (hipótese prevista no inciso I do artigo 1.015) é perfeitamente suficiente para se configurar o excesso de poderes de LUANA. Sendo assim, resta claro que a responsabilidade pela ação de cobrança movida por “MC MELZINHO”, para recebimento de R\$28.000,000 (vinte e oito mil reais) referente ao show contratado por LUANA, recairá exclusivamente sobre a administradora.

b) Da possibilidade de ação por reparação de danos em face de “MC MELZINHO” pela danificação no estabelecimento, tendo em vista que o mesmo é menor de 18 anos.

As relações sociais estreitam frequentemente os conflitos entre os indivíduos. Dentre essas contendas, vemos, reiteradamente, casos de dano, que resultam na indenização do ofendido, por parte do agente causador. O dano é um prejuízo, por meio de uma lesão a um bem jurídico. Observemos o que discorre TARTUCE, ao disciplinar sobre:

“Como é notório, para que haja pagamento de indenização, além da prova de culpa ou dolo na conduta é necessário comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém. Em regra, não há responsabilidade civil sem dano (...)” (2018, p. 554)

Essa ofensa, seja material ou moral, merece destaque, pois se encontra como um dos elementos que compõe a responsabilidade civil, juntamente com a conduta e o nexos de causalidade. Ainda sobre o Dano, na esfera da responsabilidade civil, discorre nobremente GAGLIANO (Apud Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16):

“Havendo dano, produzido injustamente na esfera alheia, surge a necessidade de reparação, como imposição natural da vida em sociedade e, exatamente,

para a sua própria existência e o desenvolvimento normal das potencialidades de cada ente personalizado. É que investidas ilícitas ou antijurídicas no circuito de bens ou de valores alheios perturbam o fluxo tranquilo das relações sociais, exigindo, em contraponto, as reações que o Direito engendra e formula para a restauração do equilíbrio rompido.” (2017, p. 68)

Sendo assim, só é possível exigir reparação, se realmente for comprovado o dano, nas palavras de GAGLIANO (p. 85, 2017): *“Sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade.”* Em conseqüente, analisaremos o contexto no qual se origina o dano, para afirmarmos com clareza a possibilidade de exigir a reparação dos danos causados por “MC MELZINHO” no estabelecimento da “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, e mais, a conseqüência civil em relação à menoridade dele.

Há uma grande discussão atual que gira em torno da questão da atribuição de responsabilidade. Uma das questões envolvidas é a responsabilização do Estado para com os encarcerados, sendo assim, os danos que possivelmente atingirem ao detento durante o cárcere, seriam atribuídos à Máquina Estatal. Neste mesmo contexto, tem se destacado à responsabilização de empresas por danos ocasionados a empregados, durante o período de trabalho.

Importante destacar que a Responsabilidade Civil é o resultado do descumprimento ou inadimplemento de uma obrigação, seja esta, de dar, fazer ou não fazer. A esse respeito, disciplina TARTUCE:

“A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da Lex Aquilia de Damno, do final do século III a.C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.” (p. 515, 2018)

Analogamente, é justamente essa obrigação que confere ao credor o direito de exigir que o devedor cumpra com sua prestação e pode despontar de vontade do Estado, no caso de Lei, por exemplo, obrigação de recolher impostos, ou de vontade Humana, seja esta unilateral ou bilateral, ou ainda oriunda de ato ilícito. É

justamente esta última, ou seja, a obrigação decorrente de ato ilícito, em que se enquadra o dever de reparação em face da “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”. O art. 927 do Código Civil de 2002, no Título IX (Da Responsabilidade Civil) e Capítulo I (Da Obrigação De Indenizar) enseja ao infrator a obrigação de reparar, vejamos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Cabe, para melhor compreensão do que se refere o legislador com relação ao ato ilícito, a também exposição dos artigos 186 e 187:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A clara interpretação dada aos dispositivos, à luz jurisprudencial e doutrinária, primeiramente nos leva a entender que o Código adotou a regra geral da responsabilidade subjetiva, com base no art. 186. Assim, o dano é decorrente da conduta culposa ou dolosa do agente, devendo, essa culpa, ser comprovada pela vítima para exigir reparação. Nesse sentido, no que tange a “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” para se exigir a reparação de danos, deverá provar a culpa de “MC MELZINHO”. Diferente é a Teoria da responsabilidade objetiva, aplicável a casos específicos e explícitos no parágrafo único do mesmo

artigo, na qual não é necessário comprovar a culpa do agente, bastando o liame entre conduta e dano.

Outrossim, além da classificação quanto ao fundamento, conforme analisamos acima, é interessante também, notar a categorização quanto ao fato gerador e a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. Nesta primeira, é resultado de quebra de contrato fixado anteriormente pelas partes. Já no caso da responsabilidade extracontratual, mais conhecida como Aquiliana, o inadimplemento é normativo, ou seja, decorre da inobservância das normas jurídicas. Sendo assim, constatado que a conduta de “MC MELZINHO” extrapolou os limites legais, a partir do momento que lesionou os bens patrimoniais de outrem, caracteriza-se a responsabilidade aquiliana.

À luz da regra geral, a empresa que foi lesada pela conduta do cantor, deve provar a sua culpa com relação ao dano por ele ocasionado. Para tanto, nota-se, por parte de “MC MELZINHO”, a ação voluntária de violar direito patrimonial e causar dano ao patrimônio da “IMPACTO”, quando, dolosamente, atirou uma cadeira ao alto, danificando o forro de gesso, iluminação e grande espelho nas dependências da empresa. Portanto, observamos a sua culpa em danificar o patrimônio do prédio. Consequentemente, também reunidos os elementos e nexos entre conduta e dano, resta claro a responsabilização pela reparação do dano.

Porém, ao prosseguirmos a leitura do Código Civil, na sequência do art. 927, encontramos ressalvas quanto ao responsável pela conduta danosa. Há casos em que um sujeito seja responsabilizado e sofra as consequências da conduta danosa de terceiro, devido a algum vínculo que os ligue. É o que chamamos de responsabilidade indireta ou por ato de terceiro. No art. 931 o legislador cuidou de assegurar a responsabilidade do fornecedor pelos produtos lançados em circulação no mercado. Adiante, no art. 932, lista um rol taxativo de responsáveis indiretos, conforme exposto:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

(Grifo nosso)

Ao respeito das possibilidades de responder por atos danosos de outrem, disserta VENOSA:

“A ideia original é de que a ação praticada pelo próprio agente o incumbirá de indenizar. No entanto, na responsabilidade civil, tendo em vista o maior equilíbrio das relações sociais, por vezes o autor do dano não será o responsável ou ao menos responsável único pela indenização. Os empregados, por exemplo, agindo com culpa, farão com que o dever de indenizar seja dos patrões, assim como nas demais situações do art. 932. Trata-se da responsabilidade por fato de outrem, que se distingue da responsabilidade primária por fato próprio.” (2017, p. 579)

Desta maneira, nos é interessante, analisar o inciso I do art. 932, o qual trata sobre a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores. Por uma questão biológica, desde o nascimento, os genitores respondem pela atuação de seus descendentes, inclusive quanto as condutas danosas, bem como reflete GAGLIANO (p. 2014, 2017) “*Pela ordem natural da vida, os pais — biológicos ou adotivos, pouco importa — são responsáveis por toda a atuação danosa atribuída aos seus filhos menores.*”. A respeito do dever implícito dos pais, também doutrina nobremente NADER:

“As normas sobre a responsabilidade civil dos pais encontram o seu fundamento na ordem moral. A geração de filho há de ser um ato conseqüente, responsável. Os pais assumem, com o nascimento, os deveres inerentes ao poder familiar, entre os quais o de educação e vigilância sobre os atos dos filhos, na medida em que estes se desenvolvem física e intelectualmente. Se os seres humanos nascessem autossuficientes, capazes de gerir a sua vida autonomamente, razão não haveria para o poder familiar e, conseqüentemente, pela responsabilidade dos pais por atos e omissões de seus filhos menores”. (2016, p. 177)

Para prosseguirmos o raciocínio, faz-se essencial destacar a regra da responsabilidade objetiva com relação aos sujeitos elencados no art. 932, adotada pelo Código Civil no art. 933, *in verbis*:

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, **ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.** (*Grifo nosso*)

Desta maneira, para efeito de responsabilidade, por exemplo, dos pais com relação aos filhos, não se fala culpa, sendo, nos casos do art. 932, sempre responsabilidade objetiva. Assim, de nada serviria a alegação e prova de que não houve participação culposa deles no evento nocivo.

Neste mesmo contexto, nota-se a extensão para hipóteses de responsabilidade de pais com relação aos filhos. Apesar de correntes em contrário, a maioria da doutrina discorre no sentido do dever de vigilância, sendo assim, não somente os pais serão agentes responsáveis, mas qualquer pessoa que estiver na função de vigilante. Nesse sentido, nos ensina NADER:

“Caso as crianças ou adolescentes se encontrem sob a autoridade e em companhia de seus avós, por exemplo, caberá a estes responder por eventuais danos causados por seus netos. (..) O fundamento em que se apoiou o legislador para a imputação de responsabilidade é o dever de o vigilante não apenas controlar a conduta de quem se encontra sob o seu poder, mas ainda de escolher os seus comandados entre as pessoas com aptidão física, profissional e moral para a sua função.” (2016, p. 171)

Nesta lógica, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, já decidiu, conforme se extrai o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO. MENOR PÚBERE. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS. SOLIDARIEDADE. ART. 1.518, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRECEDENTES DO S.T.J. 1. Os pais respondem solidariamente pelos atos ilícitos praticados por seus filhos, mesmo que sejam menores púberes. Inteligência do art. 1518, parágrafo único do Código Civil. 2. Têm os pais legitimidade para figurar no pólo passivo da ação postulando indenização por dano causado por menor púbere. 3. Jurisprudência do E. STJ. 4. Apelação provida. Sentença reformada.

(TRF-2 - AC: 200002010712934 RJ 2000.02.01.071293-4, Relator: Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, Data de Julgamento: 11/02/2003, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data::19/03/2003 - Página::153)

Destarte, nota-se clara a autoridade e companhia dos pais com relação a seu filho, “MC MELZINHO”, inclusive, no evento de inauguração, onde houve culpa ao causar prejuízos a “IMPACTO”. Fato esse comprovado quando, logo após o show, acompanharam o filho, quando ele desceu do palco com parte da equipe e seguiram juntos para o camarote, no mezanino da casa, com a finalidade de comemorar o aniversário do músico MARCOS, e alguns minutos depois, o menor danificou o patrimônio do local.

Além disso, importante destacar que o poder familiar é a instituição que deve zelar pela boa formação e instrução da criança e do adolescente para evitar conflitos nas relações sociais. Ao falhar no processo de conscientização do menor, responderá diretamente pelos prejuízos decorrentes. Nessa mesma linha de raciocínio, discorre NADER:

“A responsabilidade dos pais independe do tipo de dano causado pelo filho a terceiro. A Lei Civil não distingue, também, para efeito dessa responsabilidade, os valores dos prejuízos. Quanto ao pagamento efetuado pelos responsáveis indiretos, este não constitui adiantamento da legítima, nem poderia ser, pois, se o ilícito leva a marca direta do menor, indiretamente carrega a dos pais, que

falharam, quando nada, no processo educacional. Ao indenizar a vítima, os pais respondem tanto pela culpa do menor quanto por suas próprias falhas e erros.” (2016, p. 177)

Outrossim, a opção do legislador por consagrar a responsabilidade como objetiva no Código Civil de 2002, resguarda a vítima. Isso porque, ao transferir a responsabilidade de indenizar para os pais, aumenta as chances de recebimento, já que o menor, geralmente, não possui patrimônio suficiente para tal. No entanto, importante ressaltar que pelo nosso Código Civil o dever de indenizar recairá sobre o menor caso este possua melhor condição financeira do que os pais, ou quando os seus genitores não tiverem a obrigação de fazê-lo conforme dispõe o artigo 928, *in verbis*:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Resta, portanto, configurada a responsabilidade indireta dos pais de “MC MELZINHO”, por sua conduta danosa, visto sua menoridade – 17 anos, devendo seus genitores responder civilmente pelos danos causados, sendo o menor responsável apenas em caso de demonstração de melhores condições financeiras do que os pais. Em se tratando do caso em análise, haverá o dever de indenizar seja através dos pais (responsabilidade indireta) ou através da responsabilidade subsidiária de “MC MELZINHO”.

c) Da utilização de uma declaração de “MC MELZINHO” na ação de cobrança, na qual ele reconhece que o não recebimento do pagamento se deu em razão dos danos causados no estabelecimento, como prova em ação indenizatória em face dele ou de outras pessoas.

No Direito, quando um indivíduo se encontra em plena capacidade de exercer todos os atos de sua vida civil ele detém o que chamamos de capacidade civil. Podemos dizer de modo resumido que esta atuação plena consiste no poder de responder por suas ações no âmbito civil, como realizar contratos, compras, vendas, entre outros. Não por acaso o Código Civil Brasileiro tem como um dos requisitos de validade do negócio jurídico o agente capaz, conforme disposição do artigo 104 *in verbis*:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I – agente capaz;
- II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III – forma prescrita ou não defesa em lei.

À luz do nosso Código Civil, todo e qualquer ato jurídico requer um agente capaz, uma vez que a capacidade civil é também entendida como a capacidade de se contrair direitos e obrigações. É certo que todo homem é detentor de direitos (personalidade jurídica), no entanto, sua aptidão para contrair obrigações pode sofrer certas limitações levando em conta sua maturidade, o que só explica o fato de o legislador prever a presença de um agente capaz na realização dos negócios jurídicos.

Buscando, sobretudo conferir maior proteção aos incapazes, a lei civilista tratou de assegurar que eles, dada a sua imaturidade físico-psíquica, sejam representados ou assistidos, uma vez que não estão aptos a praticar por si próprios nenhum ato ou negócio jurídico.

Tal abordagem acerca da capacidade civil do indivíduo faz-se necessária no estudo do caso analisado tendo em vista que “MC MELZINHO”, com 17 anos de idade, não detém plena capacidade para o exercício dos atos de sua vida civil, sendo considerado pelo nosso código, relativamente incapaz, conforme dispõe o artigo 4º do CC:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
(...)

“MC MELZINHO” enquanto relativamente incapaz, não está apto a praticar todos os atos de sua vida civil, devendo ser assistido por seus pais ou tutor, neste sentido disserta MONTEIRO FILHO:

“Os jovens nessa idade ainda não atingiram o pleno desenvolvimento físico-psíquico. Achando-se em estágio de formação, já são dotados de uma determinada dose de compreensão sobre os fatos da vida e das consequências de seus atos. Como não é possível aferir-se o grau de consciência e amadurecimento de cada um, a lei estabelece um critério objetivo, presumindo que entre os dezesseis e os dezoito anos ainda não se encontram eles aptos a participar do comércio jurídico com plena autonomia. Daí a necessidade de serem auxiliados, na realização dos atos negociais, por alguém mais experimentado, isto é, pelos pais ou tutor”. (2012, p. 68)

Em consequente, é importante destacar que uma linha tênue delimita a diferença entre os menores absolutamente incapazes e os relativamente incapazes. Na esfera processual, a maior diferença reside na representação: enquanto aqueles que têm a incapacidade absoluta, serão representados pelos responsáveis, os que possuem incapacidade relativa, serão somente assistidos pelos respectivos responsáveis, que conforme já abordado preliminarmente, corresponde à situação de “MC MELZINHO”.

Ademais, a incapacidade relativa é necessária para limitar que o menor realize negócios jurídicos sem a assistência legal dos pais, tutores ou curadores. O que basicamente a lei permite é que a expressão da vontade do menor seja respeitada, sendo que esta expressão deverá ser validada pelos responsáveis, através da assistência.

No entanto, apesar de não possuírem ainda total responsabilidade sobre seus atos, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos já atingiram certo desenvolvimento intelectual. É por isso que a lei os concede algumas atuações, relativamente autônomas, na esfera jurídica, desde que assistidos por seus representantes. Nessa linha de raciocínio, discorre MONTEIRO FILHO:

“Os relativamente incapazes são pessoas cujo desenvolvimento físico-mental não é pleno. Porém, o *déficit* neles existente, quanto ao discernimento é menos intenso. Possuem um certo grau de compreensão acerca dos fatos da vida, pelo que o legislador admite a sua participação pessoal nos negócios e atos jurídicos. Vale dizer, permite-lhes o exercício pessoal e direto de seus direitos, mas, como não possuem o desenvolvimento intelectual suficiente para proceder com autonomia e independência, impõe que sejam assistidos por uma pessoa mais experiente. Leva em conta, pois, a sua vontade, tanto que se não quiser a prática do ato, ele não se realiza. Só que o reverso também é verdadeiro. Se o assistente entender inconveniente o negócio, ele não se consuma. São, enfim, pessoas não inteiramente privadas do poder de deliberação”. (2012, p. 65)

No contexto processual, para o exercício do direito de ação é necessária a demonstração das condições de ação, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 354 e inciso VI do art. 485 CPC). Em se tratando de incapazes, embora muitas vezes no caso concreto haja a legitimidade *ad causam*, que se refere essencialmente ao direito material, a legitimidade *ad processum* também chamada da capacidade de estar em juízo, que consiste na aptidão para a prática processual independente de assistência ou representação, não se faz presente, devendo os menores serem representados ou assistidos. Neste sentido o artigo 71 do Novo Código de Processo Civil, que trata exatamente da capacidade processual, assim dispõe:

Art. 71. O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.

Importante ressaltar que pelo fato de todo processo decorrer da existência de uma relação jurídica, tendo em vista a análise de um direito material, as condições de ação representam nada menos do que um requisito de validade do processo, assim como ocorre no âmbito civil com a validade do negócio jurídico, quando o agente capaz constitui um dos elementos fundamentais.

Observando tal raciocínio sob a ótica processualista, por óbvio “MC MELZINHO” não possui autonomia para figurar individualmente no polo passivo de uma ação indenizatória a ser movida pela empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”. Pelo fato de ser menor e relativamente incapaz, a ação de indenização deverá ser interposta em face de seus assistentes ou em face dele em

litisconsórcio com seus pais (assistentes). Cumpre destacar que o litisconsórcio ocorre quando há pluralidade de sujeitos em um ou ambos os polos de uma relação processual e está previsto no artigo 113 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

- I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
- II – entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;
- III – ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

A formação do litisconsórcio pode ocorrer de duas maneiras: facultativa ou necessária. No litisconsórcio facultativo como o próprio nome sugere, não há obrigatoriedade de vários sujeitos em um dos polos do processo. Já no necessário, existe essa obrigatoriedade, que se dá por determinação legal ou porque a eficácia da sentença depende da presença de todos os sujeitos em juízo.

É certo que no caso em análise, “MC MELZINHO”, enquanto relativamente incapaz, não possui aptidão para figurar individualmente o polo passivo da demanda, sob pena de nulidade, devendo a ação indenizatória ser movida em face de seus assistentes no caso os pais, ou em face dele em litisconsórcio com seus pais. Nota-se portanto um caso litisconsórcio facultativo, uma vez que fica a critério do autor (“IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”), a escolha de quem deverá ser acionado na ação indenizatória: os assistentes unicamente, ou os assistentes juntamente com o menor. Para que seja possível constatar qual seria a melhor opção, faz-se mister analisar a natureza jurídica da indenização, isto é, o dever de reparação pelo dano causado.

Importante ressaltar que a responsabilidade civil é intrínseca às relações obrigacionais e está fundamentada no fato de que ninguém pode ferir direito de outrem. Caso o agente contrarie esta verdade, causando danos a outrem, será responsabilizado a repará-los, conforme dispõe o art. 927 Código Civil brasileiro, *in verbis*:

“Art.927 - Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Desta maneira, a responsabilidade é a consequência jurídica do descumprimento da relação obrigacional, seja esta relação oriunda da vontade obrigacional humana ou do Estado. Por muito tempo, no Direito Romano, o que respondia pelo inadimplemento, era o próprio corpo do devedor. Entretanto, com a evolução do Direito Obrigacional, contemporaneamente, em respeito principalmente à dignidade da pessoa humana, o patrimônio do devedor é o que responde pela sua inadimplência, excetuando-se apenas os casos de pensão alimentícia, nos quais poderá ser aplicada a prisão.

Sendo assim, a responsabilização civil incidirá sobre aquele que causou dano a outrem, e como consequência dessa conduta danosa, deverá repará-lo e dependendo na natureza do caso, também indenizar. Nessa lógica, explana GAGLIANO (apud: Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 16.)

“(…) Ao escolher as vias pelas quais atua na sociedade, o homem assume os ônus correspondentes, apresentando-se a noção de responsabilidade como corolário de sua condição de ser inteligente e livre. Realmente, a construção de uma ordem jurídica justa — ideal perseguido, eternamente, pelos grupos sociais — repousa em certas pilastras básicas, em que avulta a máxima de que a ninguém se deve lesar. Mas, uma vez assumida determinada atitude pelo agente, que vem a causar dano, injustamente, a outrem, cabe-lhe sofrer os ônus relativos, a fim de que se possa recompor a posição do lesado, ou mitigar-lhe os efeitos do dano, ao mesmo tempo em que se faça sentir ao lesante o peso da resposta compatível prevista na ordem jurídica. Na satisfação dos interesses lesados é que, em última análise, reside a linha diretiva da teoria em questão, impulsionada, ab origine, por forte colaboração humanista, tendente a propiciar ao lesado a restauração do patrimônio ou a compensação pelos sofrimentos experimentados, ou ambos, conforme a hipótese, cumprindo-se assim os objetivos próprios”. (2017, p. 68)

Conforme abordamos, ao constatar-se o dano, sendo este a lesão real de um bem jurídico material ou moral, ou seja, um prejuízo causado a outrem decorrente da conduta do agente, fica este obrigado a repará-lo. Diante da constatação, surge a responsabilidade de reparar o dano, “*ao estado que ante*”, ou seja, ao estado anterior à lesão, é o que se denomina responsabilidade direta. Todavia, em

algumas hipóteses, a consequência jurídica é a responsabilidade indireta, quando a reconstrução se dá de maneira equivalente ou por meio de indenização pecuniária.

Prosseguindo à análise, nos fixaremos em tratar a respeito da natureza jurídica da indenização, cabível na reparação por um dano. É importante destacar que junto aos outros dois elementos, conduta e nexos causal, o dano é o fato constitutivo do dever de indenizar. Sobre esse dever, disciplina GAGLIANO:

“Sendo a reparação do dano, como produto da teoria da responsabilidade civil, uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo em favor do lesado, temos que, em regra, **todos os danos devem ser ressarcíveis, eis que, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao status quo ante, sempre se poderá fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação.**” (2017, p. 89) (*Grifos nossos*)

É essa lesão ao bem jurídico que determina os parâmetros da indenização, conforme deixa claro o legislador, já no primeiro artigo do Capítulo II, o qual trata sobre a Indenização, no Código Civil brasileiro, *in verbis*: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Sendo clara a regra geral, entende-se que há uma relação de proporcionalidade entre o prejuízo e o valor a ser quantificado, como esclarece GAGLIANO (2017):

“A concepção que se deve ter, portanto, em relação à indenização, é que ela tem por finalidade integrar — ou, mais precisamente, recompor — o patrimônio daquele que se viu lesionado.”

Entretanto, verdade é que, sobre essa quantificação pecuniária da indenização, há grande discussão doutrinária, dada pela dificuldade ao estabelecer os parâmetros, mesmo diante das orientações dos demais artigos que seguem o art. 944, os quais orientam sobre essa quantificação, variando entre as peculiaridades do caso e dos envolvidos. Como nas outras relações obrigacionais, reconhecido o dever de indenização, a sua liquidação terá início, como esclarece GAGLIANO (2017): “Tradicionalmente, três métodos são invocados para a quantificação de

obrigações ilícitas: simples cálculos, artigos de liquidação ou arbitramento.”. Sendo assim, o instituto escolhido dependerá da peculiaridade do dano, principalmente se o valor do prejuízo já está estabelecido ou deverá ainda ser estipulado.

No caso em análise, de maneira breve, a responsabilidade civil se dá pelo dano material, resultante da conduta de “MC MELZINHO”. Daí surge o dever de indenizar a empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” pelos danos em suas dependências, decorrente do dever de reparo, conforme o art. 927 do Código Civil Brasileiro.

Ademais, posto claro a temática da Responsabilidade Civil resultante de dano, bem como a Natureza da indenização, se faz necessário analisar a atribuição desta responsabilidade, visto a inimputabilidade de “MC MELZINHO”.

O estudo da responsabilidade civil geralmente gira em torno de, basicamente, o agente que causou o dano e o sujeito que foi lesado, o qual tem o direito de ser reparado e em alguns casos, indenizado. No entanto, o Código Civil abre margem para que esses polos sejam, de certa forma, reestruturados. Trata-se da responsabilidade civil por ato de terceiro, também denominada responsabilidade indireta. É o caso de quando um sujeito responde pela atuação danosa de outro, devido a algum vínculo que os une.

Dentre as possibilidades de responsabilidade por ato de terceiro, se enquadra a responsabilidade dos pais com relação aos filhos, conforme menciona o inciso I do art. 932 do Código Civil brasileiro:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.”

Dessa maneira, entende-se clara a responsabilidade dos pais pelos filhos menores, assim, responderão pela reparação civil de danos dos seus descendentes incapazes, relativa ou absolutamente.

Outrossim, importante destacar que essa responsabilidade será objetiva, não prevalecendo a alegação de que os pais não tiveram culpa no evento, conforme aduz o art. 933 do Código Civil:

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Sendo assim, todos os responsáveis indiretos, mencionados pelo art. 932, possuem responsabilidade objetiva, inclusive os pais com relação aos filhos.

Diante dessa análise, nos é trazido à convicção, no contexto da reponsabilidade civil, de que o dever de reparar recairá sobre os pais de “MC MELZINHO”, já que, no momento da conduta culposa, o cantor se encontrava com apenas 17 anos, sendo um menor relativamente incapaz e por isso, inimputável, ficando resguardado os atos civis, os quais são assistidos pelos pais.

Antes de firmar essa certeza, no entanto, se faz necessário observar a ressalva que é disposta pelo art. 928 do Código Civil, conforme exposto:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Diante da interpretação do art. 928, temos a subsidiariedade do menor na responsabilização dos pais, nos casos em que não forem obrigados a reparar ou não possuírem recursos suficientes. Sobre essa hipótese, dispõe MONTEIRO FILHO:

“(…) o menor entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, responde subsidiariamente pelos prejuízos que causar na forma do art. 928 do Código vigente (quando as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes)”. (2012, p. 69 e 70)

O parágrafo único apenas cuida de trazer uma proteção ao menor, o qual não responderá subsidiariamente, se o valor quantificado para a indenização o privar, ou privar as pessoas dependentes dele, do necessário.

Diante da abordagem, tendo em vista que os pais não possuem de meios suficientes para arcar com a indenização devido à vida financeira escassa e por outro lado, “MC MELZINHO” possuindo vasto recurso financeiro decorrente de sua ascensão no mercado musical, compreende-se que, no caso em questão, os pais continuarão com a responsabilidade pelo reparo do dano, porém, “MC MELZINHO” atuará juntamente como responsável subsidiário. Neste sentido, a respeito da responsabilização subsidiária do menor, tem sido favorável a jurisprudência, conforme se extrai o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM - PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES. ATO ILÍCITO COMETIDO POR MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL MITIGADA E SUBSIDIÁRIA DO INCAPAZ PELOS SEUS ATOS (CC, ART. 928). LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. 1. A responsabilidade civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada (CC, art. 928). 2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). 3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação - nem legal, nem or força da relação jurídica (unitária) - da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC, 73, art. 46, II) intente ação contra ambos - pai e filho -, formando-se um litisconsórcio facultativo e simples. 4. O art. 932, I do CC ao se referir a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade parental não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos. 5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1436401 MG 2013/0351714-7, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/02/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2017)

No que tange a declaração de “MC MELZINHO” na ação de cobrança movida em face da “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, na qual ele reconhece que o não recebimento dos R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais) se deu em razão dos danos causados no estabelecimento da referida empresa, entende-se que se trata de uma confissão, uma vez que “MC MELZINHO” admite fatos alegados pela outra parte e que são contrários ao seu interesse. Neste sentido, leciona GRECO (2015):

“A confissão, como meio de prova, está regulada nos artigos 348 a 354 do Código de 1973 e 385 a 395 do Código de 2015 e pode ser conceituada como o ato probatório que consiste no reconhecimento intencional por uma das partes da veracidade de fatos a ela desfavoráveis e que, assim, possivelmente beneficiará a parte contrária”.

Importante ainda salientar que a confissão pode ser judicial ou extrajudicial. Tem-se a confissão judicial aquela que ocorre através de um ato processual, ou seja, dentro de um processo, seja mediante contestação, depoimento pessoal, etc. Já a confissão extrajudicial se dá de maneira externa ao processo, podendo ser feita mediante representação ou por escrito. No caso em análise, a declaração de “MC MELZINHO” na ação de cobrança configura uma confissão judicial, uma vez que ocorreu no curso de um processo, de maneira provável e mais lógica no momento de seu depoimento pessoal e não em contestação, considerando que ele figurava no polo ativo da demanda.

Tendo em vista que a confissão de “MC MELZINHO” é judicial, ainda tratando sobre as classificações da confissão, outro tipo de divisão diz respeito à forma de sua produção: espontânea e provocada. Observe-se o que dispõe o artigo 390 do novo Código de Processo Civil:

Art. 390. A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada.

§1º A confissão espontânea pode ser feita pela própria parte ou por representante com poder especial.

§ 2º A confissão provocada constará do termo de depoimento pessoal.

Conforme o raciocínio explanado anteriormente, a declaração de “MC MELZINHO” na ação de cobrança muito provavelmente ocorreu no momento de seu depoimento pessoal em audiência de instrução e julgamento, o que pela leitura do §2º do artigo acima nos leva a crer que quanto ao modo de produção, sua confissão foi provocada e não espontânea, bem como esclarece GRECO (2015): *“A confissão provocada produz-se por meio de depoimento pessoal, que é o depoimento oral, prestado normalmente na audiência de instrução e julgamento”*. Até mesmo porque o depoimento pessoal busca essencialmente obter a confissão do depoente acerca de fatos que sejam a ele desfavoráveis.

Durante muitos anos a confissão foi considerada a “rainha das provas”, mas com o tempo essa afirmação caiu em desuso, sobretudo com o advento do novo CPC de 2015, haja vista que não existe hierarquia entre as provas, podendo as partes empregar todos os meios legais para influir no convencimento do juiz, sejam elas típicas ou atípicas, conforme dispõe o artigo 369 *in verbis*:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Mesmo diante da inexistência de hierarquia entre as provas, não se pode negar que a confissão de “MC MELZINHO” mostra-se de grande relevância como prova em ação indenizatória movida pela “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”. Dada a natureza jurídica da indenização (*“aquele que por ato ilícito causar dano a outrem será obrigado a repará-lo”*) e o fato de a regra do Código Civil ser a responsabilidade subjetiva (teoria da culpa) para que haja efetivamente o dever de reparar é indispensável a demonstração de conduta, nexos de causalidade e dano. Quando “MC MELZINHO” admite que o não recebimento dos R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais) se deu em razão de uma conduta ilícita que causou um prejuízo à empresa, sendo sua responsabilidade subjetiva, restam configurados e reconhecidos pelo próprio confitente todos os elementos da responsabilidade civil:

conduta, nexo causal e dano. Apenas ressaltando a força probante da confissão, discorre GRECO (2015):

“A confissão é meio de prova com grande força probante. O reconhecimento de fatos desfavoráveis por um dos litigantes exerce grande persuasão sobre o órgão julgador e gera, inclusive, a presunção de veracidade dos fatos que a parte reconheceu em seu prejuízo”.

Em relação à utilização de declaração de “MC MELZINHO” feita na ação de cobrança como prova em ação de indenização, entende-se perfeitamente possível, pois consiste no instituto da prova emprestada prevista em nosso código de processo civil. A prova emprestada é uma inovação trazida pelo Novo CPC permitindo que a prova produzida em outro processo tenha efeitos no processo em questão. O antigo código de 73 não trazia tal previsão, considerando atípica a prova emprestada, cumpre destacar que o novo CPC a adotou de maneira expressa, especificamente em seu artigo 372:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Ainda sobre a prova emprestada, nas palavras de DIDIER JR.:

“Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, **confissão**, **depoimento pessoal** ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele” (2006, p. 523) (*Grifos nossos*)

Destarte a confissão de “MC MELZINHO” por meio de depoimento pessoal na ação de cobrança constitui, como bem se observa nas palavras de DIDIER JR., prova capaz de ser utilizada em outro processo.

Dentre os benefícios da prova emprestada podemos mencionar o princípio da celeridade e economia processual, uma vez que evita demasiadas repetições de atos processuais, sendo que estes já se produziram em outro momento. Ainda

assim, muitos doutrinadores entendem que tal instituto desrespeita os princípios do devido processo legal, do contraditório e do juiz natural. Este questionamento reside na permissão de a prova emprestada ser utilizada em processo atual, no qual muitas vezes as partes não participaram da relação processual pretérita. No entanto, vale lembrar que a este respeito o STJ já decidiu a favor da utilização deste tipo de prova:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PROVA EMPRESTADA ENTRE PROCESSOS COM PARTES DIFERENTES.

É admissível, assegurado o contraditório, prova emprestada de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada. A grande valia da prova emprestada reside na economia processual que proporciona, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo. Igualmente, a economia processual decorrente da utilização da prova emprestada importa em incremento de eficiência, na medida em que garante a obtenção do mesmo resultado útil, em menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo, inserida na CF pela EC 45/2004. Assim, é recomendável que a prova emprestada seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. Porém, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade sem justificativa razoável para isso. Assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, o empréstimo será válido.

EREsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014.
Informativo nº 0543

Cumprido destacar que as críticas em relação à prova emprestada, sobretudo no que diz respeito ao contraditório, não se aplicam ao caso em análise, visto que os sujeitos da relação processual na ação de cobrança são exatamente os mesmos da indenizatória, somente ocupando polos opostos. No entanto, a única ressalva sobre a possibilidade de utilização da confissão na ação indenizatória, reside na existência de um litisconsórcio passivo. O CPC permite a confissão como meio de prova, mas fez questão de frisar que produza efeitos probatórios apenas contra o confitente e não contra os litisconsortes, conforme dispõe o artigo 391 *in verbis*:

Art. 391. A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.

Conforme argumentado anteriormente, no caso em análise estamos diante de um litisconsórcio facultativo e não necessário, visto que a empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” pode optar por ingressar com a ação em face dos pais ou em face deles em litisconsórcio com o menor “MC MELZINHO”, não estando obrigada a acionar todos, devido à inexistência de previsão legal neste sentido.

Sabendo que por força do artigo 928 do Código Civil a responsabilidade civil do menor é sempre subsidiária à dos pais caso estes não tenham obrigação de fazê-lo ou não disponham de recursos financeiros suficientes, de maneira mais lógica, tendo em vista que os pais do menor não possuem recursos para arcar com a indenização dada a sua origem humilde, resta claro que a empresa “IMPACTO PRODUÇÕES EVENTOS”, conhecendo a trajetória de sucesso e fama do cantor, como garantia de recebimento da indenização deve ingressar contra os pais (assistentes) e contra o menor optando, portanto pelo litisconsórcio passivo. Cumpre destacar que tal entendimento se funda na impossibilidade de se ingressar unicamente contra “MC MELZINHO” que em razão de sua menoridade deve ser assistido na relação processual pelo que dispõe o artigo 71 do CPC, conforme demonstrado anteriormente.

Diante todas essas questões, a problemática gira em torno da possível utilização da confissão de “MC MELZINHO” em ação indenizatória, uma vez que sua admissão poderia produzir efeitos prejudiciais aos litisconsortes, no caso os pais. Para isso, importante analisar o caso sob a ótica do Direito Civil, sobretudo no que tange a responsabilidade e o dever de indenizar. Sabendo que a responsabilidade civil do menor é subsidiária, quem deverá indenizar a empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS” é o próprio cantor, uma vez comprovada a insuficiência de recursos de seus pais, fazendo com que a confissão recaia sobre o próprio confitente, não prejudicando, no caso, os litisconsortes.

Ademais, por se tratar a conduta danosa de “MC MELZINHO” de responsabilidade subjetiva, a qual exige a demonstração de culpa do agente, temos que a sua

confissão se torna um elemento indispensável para determinar o seu dever em indenizar.

É, portanto perfeitamente possível que a prova apresentada em um processo produza efeitos em outro, mediante o instituto da prova emprestada. Sendo assim, a confissão de “MC MELZINHO” na ação de cobrança pode ser utilizada como prova em ação indenizatória a ser movida pela “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”. A única ressalva feita pela lei é que esta confissão não faça prova contra os litisconsortes, que no caso em análise, correspondem aos pais na condição de assistentes, visto que o cantor é menor relativamente incapaz. No entanto, o que se observa é que dada a subsidiariedade da responsabilidade, a confissão recairá sobre o próprio confitente, sendo ainda o seu valor probatório relevante apenas em face do próprio “MC MELZINHO” (responsabilidade subjetiva).

d) Da regularidade da cassação da licença de funcionamento da empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” com amparo na lei municipal que impediu a instalação de estabelecimentos comerciais de um mesmo ramo em determinada área, e, em caso de irregularidade, qual o meio jurídico adequado para impugnação do ato, quando esgotados todos os recursos na esfera administrativa.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (L.I.N.D.B) em seu artigo 6º *caput* assegura que: *“a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”*. Não se pode olvidar que tal previsão encontra respaldo no texto constitucional, uma vez que o inciso XXXVI do artigo 5º da CF assim garante:

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Mister se faz a interpretação do aludido dispositivo, pois nele se encontra todo o fundamento para apurar a regularidade da cassação do alvará de funcionamento da empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”. É certo que o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição não proíbe a retroatividade da lei, isto é, sua capacidade para alcançar fatos pretéritos. No entanto, o que se percebe em tal disposição é a não prejudicialidade da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, ateremos a este último por entender ser o mais adequado ao caso ora analisado.

O direito adquirido consiste num direito incorporado ao patrimônio jurídico de seu titular, podendo já ser consumado ou não, resultante de um fato jurídico que já sucedeu, RAMOS assim tratou de classificar:

“(…) entendem-se adquiridos: (a) os direitos que já podem ser exercidos pelo titular (isto é, não estão sujeitos a condição ou a termo); (b) os direitos sob condição suspensiva (vale dizer: não podem ainda ser exercidos, na pendência da condição (e nesse sentido estrito não são ainda “adquiridos”), mas são considerados adquiridos em sentido lato para efeito da superveniência de lei nova); (c) os direitos a termo, isto é, aqueles cujo exercício está sobrestado por termo inicial”. (2016, p. 104 e 105)

Para que um direito seja efetivamente considerado adquirido é de suma importância que todos os requisitos acima, que tratam de seu processo de formação sejam observados, neste sentido ainda discorre RAMOS:

“Em termos simples, direito adquirido é aquele que completou suas etapas de formação, segundo a lei vigente ao tempo em que aquelas etapas se esgotaram. Sobrevindo uma lei revogadora, o direito adquirido permanece intacto, protegido pelo art. 5º, XXXVI, Constituição Federal”. (2016, p. 103)

Resta claro, portanto que o alvará de funcionamento da “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, ou seja, a licença para o exercício de suas atividades empresariais, constitui direito adquirido da empresa, tendo em vista que preenche todos os requisitos em seu processo de formação, como por exemplo a obediência a todos os critérios para sua obtenção na data em que foi expedido, mediante

legislação municipal aplicável e em vigor na época, não estando sujeito a qualquer condição ou termo.

A concessão de alvará de funcionamento consiste num ato vinculado da Administração Pública, uma vez que ocorre de maneira inteiramente prevista em lei. O poder vinculado não se submete à liberdade do agente público, mas sim ao mandamento legal. Neste sentido, discorre ALEXANDRE:

“O ato administrativo vinculado (ou regrado) é aquele em que o agente público que o pratica não possui liberdade de ação, visto que a lei já estabeleceu antecipadamente os requisitos e condições para sua realização. Em outras palavras, no ato administrativo vinculado, uma vez presentes as condições previstas na lei, a autoridade é obrigada a praticar o ato, a exemplo do que ocorre com a licença para construção de um imóvel. Nesse caso, se o requerente comprovar a satisfação de todos os requisitos legais, a autoridade competente somente pode adotar um comportamento, qual seja, expedir o respectivo alvará de construção. Em caso de negativa ou omissão, o interessado tem o direito subjetivo de exigir, inclusive judicialmente, a edição do ato”. (2017, p.370)

Observados tais ensinamentos, no caso do alvará de funcionamento, não há dúvida de que se trata de ato vinculado, pois somente após serem preenchidos todos os requisitos legais é que a autoridade municipal concede a licença, da mesma forma que somente pode negá-la de maneira fundamentada em lei.

É certo que no caso em análise, o que se busca com a nova lei é garantir a ordem social e a preservação dos direitos daqueles que venham a comparecer em eventos como os produzidos pela “IMPACTO” diante dos acontecimentos relatados, visando portanto o interesse público. No entanto, por óbvio isso não oferece ao poder público a capacidade de ferir um mandamento constitucional que assegura a defesa de um direito adquirido. Tal entendimento já foi manifestado pelo STF através da Súmula 473 que assim dispõe:

Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Faz-se mister observar a inteligência da Súmula 473 e sua aplicabilidade ao caso analisado. A cassação do alvará da “IMAPCTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” corresponde à anulação/revogação de um ato (vinculado) da administração pública, e embora o STF reconheça tal possibilidade, tratou de pôr a salvo os direitos adquiridos. Tal entendimento se baseia na proteção aos direitos adquiridos manifestada em nossa Magna Carta (inc. XXXVI, art. 5º).

Cumprido destacar que além do direito adquirido, a cassação de alvará com fundamento na proibição da instalação de estabelecimento comercial de um mesmo ramo em uma determinada área, evidentemente fere um dos princípios da ordem econômica: o da livre concorrência, que está previsto no inciso IV do artigo 170 da nossa Magna Carta:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

A livre concorrência é um princípio que busca coibir o abuso de poder econômico que vise à dominação de mercados através da eliminação de concorrência, fazendo com que os lucros sejam obtidos de modo arbitrário. A cassação de alvará tendo como fundamento a proibição de atividade comercial de um mesmo ramo em determinada área, constitui completa ilegalidade por parte do município, contrariando a Súmula 646 do STF que assim dispõe:

Súmula 646. Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

Ante todo o exposto, não nos resta qualquer dúvida de que o ato praticado pelo agente de fiscalização municipal, o qual resultou na cassação do alvará da empresa, constitui completa ilegalidade devido à violação de um direito adquirido, sendo assim, passível de tutela jurisdicional do Estado mediante impetração de

Mandado de Segurança, quando esgotados todos os recursos administrativos para sua impugnação.

Apenas reforçando a defesa deste posicionamento, observe-se os seguintes julgados que versam sobre cassação de alvará de funcionamento por autoridade municipal, em um deles exatamente tratando da teoria do direito adquirido em um contexto muito semelhante ao do caso em análise:

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - MUNICÍPIO DE MURIAÉ/MG - POSTO DE COMBUSTÍVEL - EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE LICENCIA DE FUNCIONAMENTO - APLICAÇÃO DA LEI SUPERVENIENTE AOS FATOS PRETÉRITOS QUE ATRAVESSAM O PRESENTE - TEORIA DO DIREITO ADQUIRIDO - MUTABILIDADE VERSUS CONFIANÇA - ANÁLISE DO CASO CONCRETO - PREVALÊNCIA DO VALOR SEGURANÇA - CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Tendo em vista que as leis novas entram em vigor para imediata aplicação, elas passam a incidir sobre todas as relações jurídicas surgidas na sua vigência, e, por outro lado, aplicam-se igualmente às relações em curso, ou seja, ainda não exauridas. Dessa forma, as relações jurídicas surgidas no passado, que se encontram em curso no presente e se projetam para o futuro, em princípio, poderiam, daí por diante, ser alcançadas pela lei nova, sem que, por conta disso, se configure ofensa ao princípio da estabilidade das relações sociais. 2. Todavia, mesmo sem haver retroação, a imediata aplicação da lei nova às relações já em curso pode constituir fonte de perturbação indesejada à certeza dos objetivos consagrados pela lei revogada. Para atender a tais situações, surgiu a noção de direito adquirido, cuja função precípua é a de assegurar a incidência da lei antiga sobre certas situações despontadas no passado e em curso no presente em que o valor segurança deva ser posto em relevo. 3. Se o comportamento da Administração, na vigência da lei anterior, desperta no administrado a confiança de que, uma vez implementadas certas e determinadas melhorias em seu estabelecimento, ele poderia ali permanecer explorando o seu objeto social, não pode a lei nova, que traz novo critério incontornável para o exercício de sua atividade comercial, incidir sobre essa situação, em atenção à análise da aplicação da lei no tempo sob a ótica da teoria do direito adquirido. Do contrário, estar-se-ia a fulminar a legítima expectativa do administrado, de modo a comprometer, arbitrária e desarrazoadamente, a sua atividade empresarial, conduzindo-a ao perecimento.

(TJ-MG - AC: 10439110080389001 MG, Relator: Elpídio Donizetti, Data de Julgamento: 04/04/2013, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 29/04/2013)

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº. 1.129/2002. MUNICIPALIDADE QUE INDEFERE REQUERIMENTO DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO DE COMÉRCIO EM RAZÃO DE NORMA MUNICIPAL QUE DETERMINA DISTÂNCIA MÍNIMA PARA INSTALAÇÃO DE ESTABELECIMENTO DO MESMO RAMO EMPRESARIAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL ATRAVÉS DA SÚMULA 646. LEI MUNICIPAL QUE OFENDE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA INSCULPIDO NO ART. 170, INCISO IV, DA CARTA MAGNA. IMPETRANTE QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA INSTALAÇÃO DO COMÉRCIO NA LOCALIDADE REQUERIDA ADMINISTRATIVAMENTE. SEGURANÇA QUE DEVE SER CONCEDIDA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA É DESPROVIDA.

(TJ-RN - Remessa Necessária: 78547 RN 2010.007854-7, Relator: Juiz Jarbas Bezerra (Convocado), Data de Julgamento: 11/01/2011, 1ª Câmara Cível)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. CASSAÇÃO DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO E INTERDIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL - MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL - Nº 377/2010. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. A concessão de liminar na via mandamental exige que o direito líquido e certo seja demonstrado por prova documental inequívoca e pré-constituída. Revela-se abusiva e ilegal a cassação de alvará de funcionamento e interdição de estabelecimento sem prévio procedimento administrativo que garanta ao particular o exercício da ampla defesa e do contraditório. A decisão administrativa que aplica penalidade deve guardar relação com o suporte fático, estar devidamente motivada, com indicação dos fundamentos jurídicos, sob pena de incorrer em vício relativo à inexistência dos motivos, conforme estatuem o art. 2º, d, da Lei n.º 4.717/65 e o art. 50, VIII da Lei nº 9.784/99. Caso em que o agente de fiscalização municipal, de forma sumária, cassou o alvará de localização e funcionamento e interditou o estabelecimento comercial, sob a justificativa de que as atividades desenvolvidas pela impetrante eram diversas daquelas previstas na autorização municipal No caso, a motivação do ato impugnado é insuficiente para justificar a autoexecutoriedade dos atos de cassação do alvará de funcionamento e de interdição preventiva do estabelecimento comercial, além de impossibilitar o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo particular. Decisão reformada. Liminar concedida. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70073164394, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 13/07/2017).

(TJ-RS - AI: 70073164394 RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Data de Julgamento: 13/07/2017, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/07/2017)

O mandado de segurança está previsto no inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal:

LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público

Considerado um dos instrumentos de tutela constitucional das liberdades, o mandado de segurança será aplicável aos casos em que não for cabível o *habeas corpus* ou o *habeas data*. Trata-se de um remédio constitucional que visa coibir lesão atual ou iminente de direito líquido e certo resultante de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade do Poder Público. Além de sua previsão constitucional, o mandado de segurança, por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada (necessita da existência de uma norma infra constitucional para sua aplicação) é regulado pela Lei Federal nº 12.016/09. O artigo 1º da referida lei dispõe que:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou abuso de poder qualquer pessoa física ou **jurídica** sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (*Grifo nosso*)

Atenção daremos ao termo destacado no dispositivo supra, o qual estabelece que podem figurar no polo ativo do mandado de segurança “qualquer pessoa física ou jurídica”, o que somente reforça a ideia de que a empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, possui legitimidade ativa para a propositura da ação.

Verificada a legitimidade ativa do remédio constitucional, passamos a avaliar seu objeto: direito líquido e certo. Ante o exposto preliminarmente, evidente que a empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” é detentora de um direito adquirido – o alvará de funcionamento que possibilita o exercício de suas atividades empresariais, ademais, como consequência nos leva a presumir a existência de violação de um direito tido como líquido e certo. A este respeito explica MORAES (2017, p.167)¹:

¹ *RTJ* 83/130. Conferir, ainda: STF – “A noção de direito líquido e certo, para efeito de impetração de mandado de segurança, ajusta-se, em seu específico sentido jurídico, ao conceito de situação que deriva de fato incontestável, vale dizer, de fato passível de comprovação documental imediata e inequívoca” (STF – Pleno – MS nº 21.865-7/RJ – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 1ºdez. 2006, p. 66).

“Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca”.

Nota-se que as possíveis dúvidas em relação ao objeto da ação recaem sobre os fatos, uma vez que o direito sempre será líquido e certo, não necessitando assim de comprovação. Diante do caso em análise, a autorização municipal, isto é, o alvará de funcionamento, constitui direito adquirido da empresa e em se tratando de mandado de segurança, representa efetivamente o direito líquido e certo violado, objeto da ação, uma vez que a comprovação de sua existência mediante documentação específica se dá de maneira inequívoca e incontestável.

Ademais, um dos motivos pelos quais a carta magna assegura que a lei nova não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada é o de conferir segurança jurídica, tendo em vista que o Estado embora detentor do poder maior, não pode se utilizar de demasiadas modificações capazes de cercear os direitos de seu povo. É o que ocorre com a irretroatividade da lei, que visa coibir qualquer espécie de violação de um direito conquistado, que atendeu a todos os requisitos determinados pela lei vigente da época, mediante a aplicação de uma lei nova.

Ademais, o fato de a cassação se fundar em motivo contrário à Súmula 646 do STF, resta também configurada a lesão de um princípio constitucional: a livre concorrência, ferindo portanto um direito líquido e certo da empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” – o de exercer livremente sua atividade econômica.

Importantes são os questionamentos levantados pelos consulentes em relação ao meio jurídico adequado para impugnação do ato após esgotados todos os recursos na esfera administrativa. O artigo 5º da Lei nº 12.016/09 tratou de arrolar as hipóteses em que não será cabível o mandado de segurança:

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

O dispositivo supra fez questão de frisar que de ato do qual caiba recurso na esfera administrativa não será concedido o mandado de segurança. Tendo em vista que o questionamento dos consulentes gira em torno da inexistência de qualquer recurso administrativo para impugnação do ato, entende-se cabível o mandado de segurança diante do caso concreto.

Completos os requisitos legitimidade ativa e objeto do mandado de segurança, passaremos a analisar o polo passivo da ação: a autoridade coatora. O artigo 6º *caput* da Lei 12.016/09 determina que a petição inicial indique “*além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual se exerce atribuições*”. Para fins de impetração de Mandado de Segurança, passaremos a observar tal disposição pela ótica do Direito Administrativo. Cumpre destacar que o § 3º do Artigo 6º da Lei 12.016/09 deixa claro que considera-se autoridade coatora “*aquela que tenha praticado o ato impugnado ou do qual emane a ordem para a sua prática*”, no caso da “IMPACTO”, a que efetivamente cassou seu alvará ou deu ordem para tal.

Sendo o Mandado de Segurança cabível contra “*autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*”, nota-se que a Constituição Federal garante expressamente que podem figurar no polo passivo da ação tanto o agente público quanto o agente delegado (particular que exerce função pública por delegação). Sobre os servidores estatais assim nos ensina GARCIA:

“Servidores estatais são todos aqueles que mantêm com as entidades da Administração Direta e Indireta, públicas ou privadas, relação de trabalho de natureza profissional em caráter não eventual, sob vínculo de dependência”. (2014, p.284)

O município consiste numa das pessoas políticas da Administração Pública Direta, e, portanto, os servidores vinculados a ela seja por delegação ou não, configuram agentes públicos para fins de impetração de mandado de segurança. Neste diapasão, a autoridade pública municipal que cassou o alvará de funcionamento

da “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” deve figurar no polo passivo da ação, conforme previsão do Art. 6º *caput* da Lei nº 12.016/09.

d) Do provável desfecho da ação penal movida em face do músico MARCOS.

A culpabilidade é imprescindível para a completa configuração do delito, pois consiste em um dos elementos do conceito analítico de crime, sendo este, portanto, fato típico, antijurídico e culpável. Tal instituto tem natureza essencialmente axiológica, uma vez que corresponde a um juízo de reprovação social sobre a conduta do autor do delito.

Além de permitir a responsabilização criminal do agente, a culpabilidade também é um importante instrumento para a aplicação de uma pena justa, evitando excessos por parte do poder punitivo estatal. Sempre que há transgressão de uma norma penal surge o *jus puniendi* e é neste exato momento que a culpabilidade se torna um instituto fundamental para evitar que penas injustas sejam aplicadas pelo Estado, a este respeito sabiamente já nos ensinava BECCARIA² que o homem sacrifica parte de sua liberdade para gozar do resto com mais segurança, e que o conjunto de todas essas liberdades dá origem ao direito de punir, no entanto, de modo literal em suas palavras: “*todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça*”.

A culpabilidade, devido sua natureza valorativa, permite identificar a capacidade do indivíduo em agir conforme o Direito, pois se inexistente tal consciência, inexistente a necessidade de impor a ele uma sanção penal, funcionando assim como fundamento e instrumento para se medir a aplicação de uma pena. Tal entendimento se ampara no princípio *nulla poena sin culpa* (não há pena sem culpabilidade), neste sentido, discorre BITENCOURT:

² BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. p. 28

“Tradicionalmente, a culpabilidade é entendida como um juízo individualizado de atribuição de responsabilidade penal, e representa uma garantia para o infrator frente aos possíveis excessos do poder punitivo estatal. (...) Nesse sentido, a culpabilidade apresenta-se como fundamento e limite para a imposição de uma pena justa”. (2017, p.446)

Já mencionamos preliminarmente que para perfeita configuração do delito é preciso que o fato seja típico, antijurídico e culpável. Importante ressaltar que não há em nosso Código Penal uma definição expressa do que seja considerado culpabilidade. Assim como a antijuridicidade, a culpabilidade é identificada apenas mediante a ausência de qualquer das excludentes previstas no Código Penal.

Em face de MARCOS foi proposta uma ação penal pela prática de conduta tipificada no artigo 215-A do Código Penal, crime de importunação sexual:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Avaliaremos o caso em questão sob o prisma da culpabilidade, pois apesar de restar claro que a conduta do músico MARCOS configure fato típico e antijurídico, nos falta ainda constatar a capacidade de lhe imputar crime tendo em vista a possível aplicação de alguma das excludentes de culpabilidade.

Os artigos 26 a 28 do Código Penal Brasileiro tratam da imputabilidade penal, isto é, a capacidade de se atribuir a responsabilidade criminal a alguém, em outras palavras, pode-se dizer que nos referidos dispositivos encontramos hipóteses em que a culpabilidade do indivíduo será elidida. As excludentes de culpabilidade admitidas em nosso ordenamento jurídico são: a inimputabilidade, a ausência de potencial conhecimento da ilicitude e de exigibilidade de conduta diversa.

Ateremos a analisar a inimputabilidade, tendo em vista que no caso em discussão trata-se de embriaguez, conforme previsão do Art. 28, § 1º do Código Penal:

§ 1º - É **isento de pena** o agente que, por **embriaguez completa**, proveniente de **caso fortuito** ou **força maior**, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (*Grifos nossos*)

Ao interpretar o dispositivo supra, nota-se que existem duas condições para que a embriaguez resulte na isenção de pena: que seja completa e acidental. A embriaguez acidental ocorre contra a vontade do agente podendo ser proveniente de caso fortuito ou força maior. Tem-se a embriaguez acidental por caso fortuito aquela em que o agente não sabe que está ingerindo álcool ou substâncias de efeitos análogos. Já na embriaguez por força maior, o agente sabe que se trata de bebida alcoólica ou substância similar, no entanto, a ingestão não é voluntária e ocorre mediante força maior, ou seja, contra a sua vontade. Neste sentido, vejamos o que nos ensina BITENCOURT:

“Força maior é algo que independe do controle ou da vontade do agente. Ele sabe o que está acontecendo, mas não consegue evitar. Exemplo de força maior seria a coação, onde o sujeito é forçado a ingerir uma substância tóxica de qualquer natureza”. (2017, p.508)

Inegável que no caso do músico MARCOS, trata-se de embriaguez acidental por força maior, encaixando-se perfeitamente no exemplo retratado por BITENCOURT. O músico não se embriagou voluntariamente, mas sim de modo forçado, quando “MC MELZINHO” ordenou que parte da sua equipe o segurasse com toda força, fazendo-o ingerir quantidade excessiva de álcool.

Ainda de acordo com o § 1º do Artigo 28 do Código Penal, tem-se como segundo requisito para isenção de pena a embriaguez completa, isto é, aquela capaz de comprometer inteiramente a capacidade psíquica do indivíduo, afetando seriamente a sua coordenação e conseqüente entendimento do caráter ilícito da conduta, como se observa no trecho que se extrai do referido dispositivo: *“inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento”*. Neste sentido, sobre a embriaguez discorre NUCCI (apud Enrico Altavilla, Psicologia judiciária, v. 1, p. 283):

“A consciência está fortemente obnubilada, produzem-se estados crepusculares com fenômenos de desorientação, perturbações humorais profundas, desordens psicossensoriais sob a forma de fenômenos ilusórios e alucinatórios, alterações da forma e especialmente do conteúdo ideativo até ao delírio”. (2014, p. 250)

No caso em análise, nota-se que em perfeita consonância com a descrição supra, MARCOS, no momento da conduta, se encontrava em estado completo de embriaguez, pois assim que avistou a vítima, sua percepção foi tomada por uma série de fenômenos ilusórios e alucinatórios.

Sempre que se fala em embriaguez vem à tona a teoria da “*actio libera in causa*”, na qual o agente, quando imputável, utiliza-se da embriaguez para se colocar em condição de inimputabilidade. Tal teoria consiste na única possibilidade em que a embriaguez completa não acarretaria na isenção de pena, a qual NUCCI perfeitamente esclarece:

“Com base no princípio de que a “causa da causa também é causa do que foi causado”, leva-se em consideração que, no momento de se embriagar, o agente pode ter agido dolosa ou culposamente, projetando-se esse elemento subjetivo para o instante da conduta criminosa. Portanto, quando o indivíduo, resolvendo encorajar-se para cometer um delito qualquer, ingere substância entorpecente para colocar-se, propositadamente, em situação de inimputabilidade, deve responder pelo que fez dolosamente – afinal, o elemento subjetivo estava presente no ato de ingerir a bebida ou a droga”. (2014, p. 251 e 252)

Por óbvio, não podemos concordar que tal teoria se aplique ao caso de MARCOS, tendo em vista que a conduta tipificada no artigo 215-A do CP não foi de modo algum premeditada (planejada no momento em que ingeria a bebida) e nem sequer a embriaguez foi voluntária, uma vez que diante da presença de testemunhas resta comprovada a coação sofrida pelo músico no momento da ingestão da bebida.

Ademais, não se pode ainda olvidar, que de acordo com exames realizados pela Polícia foi possível atestar o elevado nível de embriaguez, o que sugere a completa perda de capacidade de MARCOS compreender o caráter ilícito da sua conduta, uma vez que antes de descer do camarote e praticar conduta tipificada

no artigo 215-A do Código Penal, permaneceu ao chão durante alguns minutos antes que pudesse retomar sua capacidade de colocar em pé novamente. Tal fato, só confirma a ideia de que MARCOS, naquele momento, não tinha capacidade de realizar qualquer movimento com precisão, apresentando dificuldade em até mesmo em se levantar, quem dirá agir racionalmente para discernir uma conduta contrária ao Direito. Tamanho estado de embriaguez, conforme frisado anteriormente, pôde ser constatado através de exames laboratoriais e testemunhas, neste sentido, reforça NUCCI:

“Pode-se constatar esse estado de três maneiras diferentes: a) exame clínico, que é o contato direto com o paciente, analisando o hálito, o equilíbrio físico, o controle neurológico, as percepções sensoriais, o modo de falar, a cadência da voz, entre outros; b) exame de laboratório, que é a dosagem etílica (quantidade de álcool no sangue); c) prova testemunhal, que pode atestar as modificações de comportamento do agente. Naturalmente, o critério mais adequado e seguro é a união dos três, embora se existir apenas um deles já possa ser suficiente, no caso concreto, para demonstrar a embriaguez”. (2014, p. 250)

No caso do músico, existe a constatação da embriaguez através das três maneiras apresentadas por NUCCI, conforme o trecho supra: mediante a presença de testemunhas, e da realização de exames clínicos e laboratoriais feitos pela Polícia.

Tendo em vista que a embriaguez se trata de mera perturbação transitória, não comporta medida de segurança como o que o ocorre nos casos de desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26 do Código Penal). Ademais, por ficar caracterizada a embriaguez completa por força maior, MARCOS, na condição de réu, deverá ser absolvido na ação penal que está respondendo pela prática de crime de importunação sexual, nos exatos termos do inciso VI, do artigo 386 do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz **absolverá o réu**, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e **§ 1º do art. 28**, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (*Grifos nossos*)

Observe-se a inteligência do dispositivo supra em reconhecer a absolvição do réu mediante a existência da excludente de culpabilidade prevista no §1º do art. 28 do Código Penal, encontrando-se em perfeita consonância com o princípio *nulla poena sin culpa*, o que entendemos ser aplicável ao caso do músico, configurada a embriaguez acidental completa por força maior.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, a partir das informações prestadas pelos consulentes, seguida de análise da legislação aplicável, opina-se:

a) Pela alegação de que a administradora da “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, LUANA, excedeu os poderes que lhe foram conferidos ao contratar um show no valor de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais) quando só poderia fechar negociações no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) sendo que em hipótese de exceder esse limite estaria sujeita à prévia autorização dos sócios ELIAS e ALESSANDRO, o que na prática não ocorreu, uma vez que a administradora contratou serviços em valor superior ao que lhe era permitido sem a devida anuência dos sócios, conforme estabelecido em contrato social da empresa. Sendo assim, restam caracterizados os atos “*ultra vires*” de LUANA, opinando-se, portanto, pela aplicação da teoria “*ultra vires societatis*” com fundamento no artigo 1.015 do Código Civil, especificadamente em seu inciso I, a qual determina que o administrador que age com excesso de poderes deve responder pessoalmente pelas dívidas da pessoa jurídica, devendo a “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” e os seus sócios ELIAS e ALESSANDRO, dada sua responsabilidade limitada, serem eximidos da responsabilidade na ação de cobrança movida por “MC MELZINHO”, fazendo com que a administradora LUANA seja responsabilizada pessoalmente pela dívida;

b) Pela possibilidade de ação de reparação de danos por danificação do estabelecimento da “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, tendo em vista que houve dano proveniente de ato ilícito do menor, e por força do artigo 927 do Código Civil *“aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”*, configurando a responsabilidade indireta dos pais, conforme previsão do inciso I do artigo 932 do Código Civil, devendo seus genitores serem responsabilizados civilmente pela conduta danosa do filho menor, dada sua responsabilidade objetiva – independente da comprovação de culpa, sendo o menor responsável apenas em caso de demonstração de melhores condições financeiras do que os pais. Em se tratando do caso em análise, haverá o dever de indenizar seja através dos pais (responsabilidade indireta) ou através da responsabilidade subsidiária de “MC MELZINHO”, conforme dispõe o artigo 928 do Código Civil;

c) Pela possibilidade de utilização de uma declaração de “MC MELZINHO” na ação de cobrança – a qual configura uma confissão judicial – como prova em ação indenizatória a ser movida pela “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, uma vez que o novo Código de Processo Civil admite o instituto da prova emprestada (art. 372), permitindo que a prova produzida em outro processo tenha efeitos no processo em questão. Ademais, em se tratando a declaração de “MC MELZINHO” na ação de cobrança de uma confissão judicial, diante do previsto pelo artigo 391 do CPC, a confissão judicial *“faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes”*, a única ressalva, portanto, em relação à sua utilização reside no fato de se afetar os litisconsortes, no caso os pais. Cumpre destacar que “MC MELZINHO” é menor relativamente incapaz, portanto estamos diante de um litisconsórcio passivo facultativo, o qual permite que a empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” escolha quem deverá ser acionado na ação indenizatória: apenas seus pais, na condição de assistentes ou eles em litisconsórcio com “MC MELZINHO”. Visto que por força do artigo 928 do Código Civil a responsabilidade do menor incapaz é subsidiária e que os pais do cantor não dispõem de recursos financeiros suficientes para arcar com a

indenização, a empresa “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, como maneira de garantir o recebimento da indenização deverá propor ação indenizatória em face dos pais em litisconsórcio com o menor. Neste diapasão, dada a subsidiariedade da responsabilidade, a confissão recairá sobre o próprio confitente sendo seu valor probatório relevante apenas em face do próprio “MC MELZINHO”, uma vez que sua responsabilidade subjetiva (necessita da demonstração de culpa) possuindo valor probatório irrelevante e não prejudicial em relação aos seus pais na condição de litisconsortes;

d) Pela irregularidade da cassação do alvará da “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA”, tendo em vista que a licença de funcionamento para exercício de suas atividades empresariais constitui direito adquirido da empresa, não podendo ser prejudicado pela aplicação de lei nova, conforme o disposto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal: *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*. Ademais, mesmo se tratando o alvará de funcionamento de um ato vinculado da Administração Pública, sendo passível de revogação ou anulação, por força da Súmula 473 do STF tais modificações deverão respeitar os direitos adquiridos. Além da violação de um direito adquirido, a cassação de alvará tendo como fundamento a proibição de instalação de estabelecimentos comerciais de um mesmo ramo em determinada área, contraria a Súmula 646 do STF, ferindo, portanto um dos princípios da ordem econômica: a livre concorrência (art. 170, inc. IV CF/88). Diante da presença de tais ilegalidades, por se tratarem de direito líquido e certo o direito adquirido e o livre exercício da atividade econômica, o meio adequado para impugnação do ato quando esgotados todos os recursos na esfera administrativa é o Mandado de Segurança, remédio constitucional previsto no inciso LXIX do artigo 5º da Carta Magna e regulado pela Lei nº 12.016/09, a ser impetrado pela “IMPACTO PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA” (que possui legitimidade ativa) em face da autoridade pública municipal que determinou a cassação de seu alvará (autoridade coatora);

e) Pela absolvição do músico MARCOS na ação penal proposta pelo crime de importunação sexual, tendo como fundamento o inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal, por restar comprovada mediante provas testemunhais e periciais a embriaguez completa e accidental por força maior (§ 1º do artigo 28 do Código Penal Brasileiro) do músico no momento em que praticou a conduta tipificada no artigo 215-A do CP, circunstância esta capaz de isentar o réu de pena, por constituir uma das excludentes de culpabilidade admitidas em nosso Código Penal, encontrando-se em perfeita consonância com o princípio *nulla poena sin culpa*.

É o parecer.

Local e data.

ADVOGADO

OAB nº xxx.xxx

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3. ed., revista atualizada e ampliada, São Paulo: Método, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1., 23. ed., SP: Saraiva, 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p.523.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Vol. XIII**, 3. ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARCIA, Wander. **Manual Completo de Direito Administrativo**. 1. ed., Indaiatuba, SP: Foco Jurídico, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**, Vol. 3, 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil, volume II**, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTEIRO FILHO, Raphael Barros. **Comentários ao Novo Código Civil das Pessoas Arts. 1º a 78**, Vol. 1, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed., São Paulo: Atlas, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**, 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Atualizada de acordo com o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.015/2015)**, São Paulo: Saraiva, 2016.

SANCHEZ, Alessandro. **Método de estudo OAB - Direito empresarial**, 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**, 8. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**, 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**, 7^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

4º módulo A – noturno

BÁRBARA BRUNA ZANELLO ARMIDORO
BIANCA CAROLINA FERREIRA

18000613
17001342

MARCOS VINÍCIUS DE PAIVA, 17000411
SABRYNA APRIGIO PELUCHI DE OLIVEIRA, 17000410

PARECER JURÍDICO

Trabalho apresentado como requisito da unidade de estudos Projeto Integrado IV – 2º Bimestre, do curso de Direito do UNIFEOB – Centro Universitário Fundação de Ensino Octávio Bastos, sob a orientação do Profº. Luiz Francisco Araújo S. Faria.

São João da Boa Vista, SP

11 de novembro de 2018

PARECER JURÍDICO

Assunto: questionamentos acerca dos ocorridos durante o evento de inauguração da empresa Impacto Produções e Eventos Ltda.

Consultentes: Alessandro e Elias (Impacto Produções e Eventos Ltda.)

EMENTA: DIREITO EMPRESARIAL. SOCIEDADE LIMITADA. CONTRATO SOCIAL. TEORIA ULTRA VIRES. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MENOR RELATIVAMENTE INCAPAZ. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFISSÃO. PROVA EMPRESTADA. DIREITO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 49. RECLAMAÇÃO. DIREITO PENAL. EMBRIAGUEZ FORTUITA COMPLETA. EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE.

Trata-se de consulta verbal formulada pelos sócios da empresa Impacto Produções e Eventos Ltda., Alessandro e Elias, acerca de uma citação em uma ação de cobrança movida pelo cantor de funk Mc Melzinho e busca de informações em relação aos ocorridos durante o evento de inauguração da empresa citada.

O consultente Elias informa que tinha o sonho, desde os tempos de faculdade, de possuir um local para organização de festas, onde sua amiga Luana, o ajudava em todos os preparativos, como contratação de bandas, compra de bebidas e alimentos, etc. A cada ano que passava, mais festas eles organizavam juntos, mas sempre era difícil procurar um local adequado para a realização delas.

Luana nunca concordou e achava muito arriscado investir, mas determinado na construção de um local, Elias entrou em contato com Alessandro, que foi um antigo amigo de faculdade, para pedir um empréstimo, e ele lhe ofereceu que fossem sócios, para surpresa de Elias. Assim, constituíram juntos uma Sociedade

Limitada, onde Alessandro é o sócio investidor de 70% das quotas, enquanto Elias investiu o restante e também está mais presente em tudo que ocorre com a sociedade. Eles possuem apenas uma funcionária, Luana, a amiga dos tempos de faculdade citada anteriormente, que através de um contrato social feito por eles foi declarado que ela seria a administradora e possuiria poderes limitados, onde não pode adquirir bens e serviços em valor superior a R\$20.000,00 se não for autorizada por ambos os sócios, mesmo que Alessandro seja apenas o investidor.

O consultante Alessandro informa que para a inauguração Luana queria atrações que chamassem bastante a atenção do público, e devido à isso, contratou dois DJ's, um pra abertura e outro pra finalizar a noite, ao custo de R\$500,00 para cada um, e uma atração principal, o cantor de funk Mc Melzinho, que receberia R\$28.000,00 após o evento, quando a Impacto já teria dinheiro suficiente em caixa. No total, a administradora se comprometeu com R\$29.000,00 na aquisição de serviços para a noite de inauguração da Impacto, sem pedir a devida autorização aos sócios. Elias ficou animado com a contratação, e começou com a divulgação da festa, enquanto Alessandro observou tudo sem dizer nada.

Os ingressos se esgotaram rapidamente, com apenas 2 dias de venda, e no dia da inauguração, o prédio da Impacto estava lotado. O público se animou muito já com a performance do primeiro DJ da noite, e todos se animaram ainda mais na entrada de Mc Melzinho, que cantou os seus maiores sucessos por 50 minutos, e saiu do palco muito aplaudido.

Sabe-se que Melzinho possui apenas 17 anos e veio de uma família muito humilde, onde sua mãe é dona de casa e seu pai é aposentado por invalidez, estes que criaram com muita dificuldade os cinco filhos. Há um ano a sua vida vinha se transformando por conta do grande sucesso na internet, onde a cada mês, o valor dos shows e número de apresentações lhes proporcionavam um padrão de vida jamais imaginado.

Ao sair do palco após sua apresentação, Melzinho seguiu com seus pais e equipe para o camarote da casa. Normalmente, ele não continua no local dos

shows após suas apresentações, mas abriu uma exceção naquele dia para comemorar o aniversário de um dos músicos da banda, Marcos, este que não bebia nem antes, durante ou depois de seus trabalhos, mas que foi segurado com toda força pelos seguranças, a pedido de Melzinho, forçando-o a tomar meia garrafa de whisky, de uma só vez. O músico foi ao chão, permanecendo ali por 2 minutos até conseguir se levantar novamente, totalmente embriagado.

Marcos, totalmente desorientado, desceu ao pavimento inferior pra ir ao banheiro, e passou por diversas pessoas, onde uma moça em particular chamou sua atenção, aproximou-se pelas costas, a agarrou e comprimiu o seu corpo contra o dela. As pessoas que estavam ao redor rapidamente flagraram a ação, e a libertaram dos braços do músico. Marcos foi retirado do local e levado para a Delegacia de Polícia, onde exames comprovaram o elevado nível de embriaguez.

Enquanto isso acontecia, no camarote Melzinho foi rejeitado por duas mulheres, o que gerou um mau humor no cantor, que atirou uma cadeira para o alto, atingindo parte do teto e uma parede, danificando o forro de gesso, parte da iluminação e um espelho de grandes dimensões.

Na manhã seguinte, a repercussão do evento foi muito negativa. Nos veículos de comunicação locais corria a notícia de que, logo na noite da inauguração, uma jovem havia sido vítima de importunação sexual, e que houve um “quebra-quebra” no camarote da Impacto. E também, na mídia foi notificado que o músico Marcos estava sendo processado pela prática do crime tipificado no Art. 215-A do Código Penal. Depois de tudo isso, os vereadores da cidade aprovaram uma lei para impedir a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em uma determinada área. Assim, a licença de funcionamento da Impacto Produções e Eventos Ltda. foi cassada pelo Município, e após todo o ocorrido, Mc Melzinho citou a Impacto em uma ação de cobrança por não ter recebido os R\$28.000,00 pactuados para a realização do show.

Os consulentes buscando ajuda, compareceram ao nosso escritório, formulando as seguintes questões:

1. Algo pode ser alegado em favor da Impacto Produções e Eventos Ltda. na ação de cobrança movida pelo Mc Melzinho?

2. A Impacto pode mover ação em face de Mc Melzinho para buscar a reparação dos danos causados em seu estabelecimento (danificação do forro de gesso, parte da iluminação e espelho de grandes dimensões), mesmo ele sendo menor de 18 anos?

3. Caso o Mc Melzinho reconheça, na ação de cobrança, que não recebeu o pagamento contratado em represália aos danos que ele próprio causou ao estabelecimento, a declaração pode ser utilizada como prova na ação indenizatória a ser movida pela Impacto Produções e Eventos Ltda. em face dele ou de outras pessoas?

4. É regular a cassação da licença de funcionamento da Impacto Produções e Eventos Ltda. com amparo na lei municipal que impediu a instalação de estabelecimentos comerciais de um mesmo ramo em determinada área? Em não sendo regular, e já estando esgotados os recursos na esfera administrativa, qual o meio jurídico adequado para a impugnação do ato?

5. Qual o provável desfecho da ação penal movida em face do músico Marcos?

É o relatório.

Passamos a opinar.

Dado os fatos apresentados pelos consulentes, buscamos da melhor forma possível responder os questionamentos trazidos. Acerca das questões, podemos formular os seguintes argumentos:

A primeira questão objeto de análise diz respeito à possibilidade ou não de existir alguma alegação favorável à Impacto Produções e Eventos Ltda. diante a ação de cobrança movida por Mc Melzinho. De início, deve-se registrar que a Impacto é uma Sociedade Limitada, ou seja, há uma separação entre os

patrimônios da empresa e dos sócios, onde a responsabilidade de cada um é limitada e restrita de acordo com o valor de suas quotas, mas respondendo solidariamente sobre a integralização do capital social, esta que é a primeira transferência de dinheiro, créditos ou bens pelos proprietários para a empresa. Sendo assim, mesmo que a responsabilidade de cada sócio seja referente ao seu investimento inicial, em caso de dívidas com terceiros, todos serão responsáveis pelo capital total da Sociedade. Descrito no Art. 1.052, do Código Civil:

Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

No caso em questão, Alessandro se comprometeu com 70% do valor, sendo apenas sócio investidor, enquanto Elias arcou com os 30% que restaram, possuindo uma participação maior em tudo que ocorre na sociedade. Lembrando que não é necessário que haja uma divisão exata entre as quotas, podendo ser valores iguais ou desiguais, como descrito no Art. 1.055, do Código Civil:

Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.

Além de um investimento inicial, a sociedade também precisa de um contrato social para oficializá-la, indicando o capital social, a distribuição de quotas, nome empresarial, sede, qual tipo de atividade será exercida pela empresa e designar os responsáveis pela administração, seja sócio ou não, além de cláusulas facultativas, essas que estarão expressas as vontades dos sócios, localizado no Art. 997, do Código Civil:

Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:

I - nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência dos sócios, se pessoas naturais, e a firma ou a denominação, nacionalidade e sede dos sócios, se jurídicas;

II - denominação, objeto, sede e prazo da sociedade;

III - capital da sociedade, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária;

IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

V - as prestações a que se obriga o sócio, cuja contribuição consista em serviços;

VI - as pessoas naturais incumbidas da administração da sociedade, e seus poderes e atribuições;

VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas;

VIII - se os sócios respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais.

Assim sendo, para complementar em relação ao contrato social, o professor Waldecy Lucena (2003, p. 112) disserta:

Em suma, o contrato de uma sociedade limitada, tal como ocorria com a sociedade por quotas, deve conter, como refere Halperin (1975, p. 27), além dos requisitos próprios a esse tipo social, “os requisitos gerais de todos os contratos – capacidade, consentimento, objeto – e os das sociedades em geral – aporte, fundo comum, *affectio societatis*, participação nos benefícios e contribuição às perdas”.

No contrato social da Impacto Produções e Eventos Ltda., Alessandro e Elias foram designados sócios, e Luana ficou como administradora, possuindo poderes limitados, ou seja, só poderia adquirir bens ou serviços em valor superior a R\$20.000,00 apenas com a autorização de ambos os sócios, e mesmo que um deles seja apenas investidor, ele deve ser ouvido antes de decisões serem tomadas. O que não ocorreu, pois, Luana realizou a contratação das três atrações da noite antes de comunicar Elias e Alessandro, para saber sobre os valores e demais detalhes, ou seja, os dois sócios deveriam entrar em comum acordo pra saber se fariam ou não a contratação de dois DJ's e um cantor. Mesmo que Elias tenha gostado da ideia de contratar Mc Melzinho e começar com a divulgação da festa, Alessandro não consentiu com o gasto a mais de R\$9.000,00. Dessa forma, ocorreu a Teoria Ultra Vires, pois, Luana agiu com excesso de poderes, descumprindo as deliberações dos sócios da sociedade e praticando atos contrários às disposições do contrato social, assim devendo responder

ilimitadamente por seus atos. No Art. 47, do Código Civil, entende-se que os atos dos administradores que não estejam em conformidade com o contrato social, não obrigam a pessoa jurídica:

Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Possuindo uma relação com o Art. 1.015, do Código Civil, onde é reforçado aquilo que está no artigo supracitado:

Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

- I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;
- II - provando-se que era conhecida do terceiro;
- III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

E ao discorrer sobre a Teoria Ultra Vires, podemos citar as palavras de Celso Barbi Filho (1990, p. 28):

Atos ultra vires não se confundem com teoria ultra vires. São ultra vires não apenas os atos que excedem ao objeto social, mas também aqueles que, não sendo indispensáveis à realização do objeto social, não são expressamente autorizados pelo estatuto. Como também os atos de qualquer natureza por ele vedados. Quando uma sociedade, por meio de seus administradores, praticar atos contrários ou excedentes ao objeto social, não expressamente permitidos ou vedados pelo estatuto, responderá perante aqueles que, de boa-fé, sofreram prejuízos; sejam acionistas, sócios, credores, concorrentes ou terceiros direta ou indiretamente prejudicados. Assim, a sociedade responde perante terceiros, o administrador responde perante a sociedade, e ao sócio ou acionista fica ressalvado o direito à dissolução

parcial ou à retirada. A sociedade só não responderá quando puder provar a má-fé de quem pretende responsabilizá-la.

Há uma grande diversidade em relação a Teoria Ultra Vires, pois, alguns doutrinadores não acreditam que essa seja uma teoria que deve ser adotada no Brasil, como Fábio Ulhoa Coelho (2002, p.447), ou até mesmo Celso Barbi Filho, que acredita que é algo que está em decadência, sendo assim, não é uma teoria utilizada de forma absoluta, mesmo que esteja presente no Código Civil. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Conselho da Justiça Federal criaram o Enunciado 219, na III Jornada de Direito Civil, onde é descrito que:

Está positivada a Teoria Ultra Vires no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato ultra vires não produz efeitos apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da Teoria Ultra Vires, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade (...)

E estes buscam um equilíbrio entre a Teoria Ultra Vires e a Teoria da Aparência, esta que considera que uma situação irreal pode ser aceita como verídica se seguir determinados requisitos. Então, caso a primeira teoria não seja possível ser aplicada, será utilizada a segunda, buscando apenas em último caso, se nenhuma das duas não serem cabíveis, a desconsideração da personalidade jurídica, consagrada no Art. 50, do Código Civil:

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

Antes de finalizar a questão, nota-se que também houve uma enorme confusão durante a inauguração da Impacto Produções e Eventos Ltda., iniciada justamente por Mc Melzinho, onde este danificou boa parte da estrutura do prédio,

e também a importunação sexual causada por um membro de sua equipe, Marcos, com uma moça que também estava presente no recinto. Tudo isso acarretou em uma má repercussão na divulgação da empresa, já que houve grandes escândalos no primeiro dia de portas abertas, correndo o risco da Impacto não poder funcionar mais.

Conclui-se que, a Impacto Produções e Eventos Ltda. pode alegar em seu favor que por ser uma Sociedade Limitada, o patrimônio de seus sócios não podem ser atingidos pelo ocorrido, principalmente por eles não terem entrado em acordo em relação a contratação dos músicos, e terem sido informados apenas depois do ato da administradora. Ou seja, Luana que não tem vínculo como sócia, e sim como administradora, pode ser responsabilizada justamente pelo fato de ter agido indevidamente, contrário ao que estava estipulado no contrato social, e com excesso de poderes, sendo utilizado aqui a Teoria Ultra Vires já citada anteriormente.

A contratação do músico feita sem o consentimento dos sócios não deveria ter ocorrido, e por isso, Luana responderá perante Alessandro e Elias, que sofreram prejuízos tanto na imagem da empresa, quanto na estrutura do prédio, onde o forro de gesso, parte da iluminação e um espelho foram danificados. E, pra finalizar, Alessandro e Elias também poderiam alegar que devido a confusão gerada por Melzinho e equipe, este estaria agindo de má-fé na ação de cobrança, não podendo responsabilizar os sócios por não ter recebido o valor pelo show.

Antes de começar a responder a segunda questão formulada pelos sócios Alessandro e Elias, devemos relacionar os atos praticados por Melzinho, na noite de inauguração da Impacto, com os elementos da responsabilidade civil. Houve conduta humana a partir do momento em que Melzinho, voluntariamente, atirou uma cadeira para o alto, sendo esse um comportamento negativo; também houve dano (ou prejuízo) aos sócios, pois grande parte da estrutura do salão foi destruída; e por fim, houve o nexo de causalidade, por conta da relação existente entre a conduta e o resultado. Ou seja, o cantor cometeu ato ilícito, conforme Art. 186, do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

E como houve um dano a outrem, Melzinho possui responsabilidade civil de reparar os danos que causou, assim como descrito no Art. 927, do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Ainda sobre a responsabilidade civil, e como complemento ao que está nos artigos supracitados, Rui Stocco (2007, p. 114) ensina:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

Como foi exposto no relatório, Melzinho é menor relativamente incapaz, ou seja, possui idade entre dezesseis e dezoito anos, e devido a isso ainda não possui a capacidade jurídica plena para exercer todos os seus direitos, e portanto, deve ser assistido por seus responsáveis. O relativamente incapaz está relatado no Art. 4º, do Código Civil:

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I – Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Pela sua idade, a responsabilidade de reparar o dano causado também pode ser de seus pais, vide Art. 932, I, do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Foi dito anteriormente que os pais de Melzinho estavam presentes durante a inauguração da Impacto e presenciaram o momento em que o filho causou os danos, não fazendo nada para que toda aquela situação fosse evitada. Portanto, eles também podem ser responsabilizados pelas atitudes do filho.

Porém, devemos recordar que antes da fama e do enorme sucesso de Mc Melzinho, ele vivia em uma comunidade no Rio de Janeiro, onde foi criado humildemente por sua mãe (dona de casa) e seu pai (aposentado por invalidez), onde passaram por diversas dificuldades na vida e na criação de Melzinho e seus quatro irmãos. Faz apenas um ano que o cantor começou a fazer sucesso e passou a proporcionar um padrão de vida melhor à si mesmo e seus familiares, e ainda que seus pais sejam seus responsáveis legais, eles não possuem o patrimônio suficiente para arcar com os prejuízos causados pelo filho. Assim sendo, mesmo que Melzinho seja relativamente incapaz, será ele o responsável por responder pelos prejuízos causados, como exposto no Art. 928, do Código Civil:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Equitativo, presente no Parágrafo único, diz respeito a algo que deve ser justo, ou seja, não tirar de alguém aquilo que é necessário para a sua sobrevivência. E, como Melzinho estava recebendo em média R\$28.000,00 por cada show realizado, com sua agenda cada vez mais lotada, uma indenização não seria prejudicial nem a ele e nem a sua família, já que estavam vivendo em um padrão de vida jamais imaginado.

Além do Art. 928, do Código Civil, também é retratado sobre a responsabilidade do menor arcar com seus prejuízos no Art. 116, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.

O pagamento da indenização pode ser realizado de diferentes formas possíveis: substituindo o que foi destruído por algo novo, pagando em dinheiro ou fazendo algum trabalho que ajude a compensar tudo que foi quebrado. No caso em questão, o fato de Melzinho ser um cantor de sucesso fará com que ele responda com seu próprio patrimônio pelos prejuízos causados.

Quanto ao ressarcimento, pode ser utilizado como preceito a jurisprudência proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Comarca de Xaxim:

Processo 0001937-94.2016.8.24.0081 - Processo de Apuração de Ato Infracional - Furto (art. 155) - Investigado.: M. C. N. - Autor: M. P. do E. de S. C. - ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE o pedido constante da representação e, em consequência, APLICO ao representado M. C. N. a medida socioeducativa de reparação do dano (ECA, art. 116), consistente no pagamento de R\$ 300,00 (trezentos reais) ao Município de Xaxim/SC, pela prática do ato infracional compatível com o crime de furto simples, descrito no art. 155, caput, do Código Penal. Sem custas. À Defensora Dativa nomeada ao representado, Dra. Emanoele Cristina da Silva Carraro, arbitro honorários em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais). Restitua-se a res furtiva ao M. de X., com as devidas anotações no SAJ. Publique-se, observado o segredo de justiça. Registre-se. Intimem-se. Transitada em julgado: (a) expeça-se a certidão de honorários à advogada nomeada; (b) forme-se o processo de execução (art. 39, Lei n. 12.594/2012). Tudo cumprido, archive-se.

Então, respondendo a dúvida trazida pelos consulentes, a Impacto Produções e Eventos Ltda., pode mover uma ação de indenização por danos materiais contra Melzinho, o próprio causador dos danos, mesmo que ele seja menor, pois, estará sendo representado ou assistido por seus pais.

Ante os fatos apontados acerca do terceiro questionamento, sabe-se que MC Melzinho apresentado em juízo na ação de cobrança, com seu depoimento, gerou uma confissão, onde o mesmo admite que não recebeu o dinheiro em represália aos seus atos, por ter causado um grande dano ao estabelecimento, ou seja, ele admite que foi o responsável pelos prejuízos gerados.

Feita a confissão em juízo por parte de Melzinho, o mesmo criou um meio de prova, disposta no Art. 389, do Novo Código de Processo Civil:

Art. 389. Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.

A respeito da confissão feita por Melzinho, o Doutrinador Humberto Theodoro Junior (1997, p. 432/433) cita os ensinamentos de João Monteiro e Lessona, dissertando sobre seu conceito e como a mesma cria a possibilidade de gerar até mesmo um ato favorável ao confitente, o que era esperado pelo réu, achando que resolveria a lide perdendo o dinheiro do show feito mas pagaria os danos causados ao estabelecimento:

Confissão é a declaração, judicial ou extrajudicial, provocada ou espontânea, em que um dos litigantes, capaz e com ânimo de se obrigar, faz da verdade, integral ou parcial, dos fatos alegados pela parte contrária, como fundamentais da ação ou da defesa. Não se trata de reconhecer a justiça ou injustiça da pretensão da parte contrária, mas apenas de reconhecer a veracidade do fato por ela arrolado. É a confissão apenas um meio de prova, que, como os demais, se presta a formar a convicção do julgador em torno dos fatos controvertidos na causa. Pode muito bem ocorrer confissão e a ação ser julgada, mesmo assim, em favor do confitente. Basta que o fato confessado não seja causa suficiente, por si só, para justificar o acolhimento do pedido.

Partindo da premissa de que toda prova tem o efeito de convencer o juiz acerca da veracidade dos fatos e o mesmo deve apreciar os fatos conforme disposto no Art. 371, do NCPC:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Nota-se necessário ressaltar que ao impugnar a jurisdição para solucionar uma lide, o juiz atua como terceiro imparcial, garantindo que todos os fatos sejam apreciados e que as provas recebam o devido valor, já que o destinatário final da prova é o juiz e a mesma é realizada para reconstituir os fatos anteriores. Nosso sistema de processo, adota o livre conhecimento motivado do juiz também disposto no Art. 371, onde tal princípio parte da premissa de que o juiz é livre para formar seus conhecimentos, desde que fundamente sua conclusão com base nos fatos demonstrados pelas provas.

Acerca da confissão ainda pode-se utilizar como parâmetros a jurisprudência proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho TST - RECURSO DE REVISTA: RR 10803-50.2015.5.15.0074:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. COMPROVAÇÃO DO FORNECIMENTO DE EPI. CONFISSÃO DO AUTOR. ART. 389 DO CPC/2015.

Diante da possível ofensa ao art. 389 do CPC/2015, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. COMPROVAÇÃO DO FORNECIMENTO DE EPI. CONFISSÃO DO AUTOR. ART. 389 DO CPC/2015. Nos termos do art. 389 do CPC/2015, há confissão quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário. Nesse contexto, diante da confissão do Autor de que recebia os EPIs corretamente, não há falar na exigência de comprovação documental acerca do seu recebimento. Dessarte, em respeito ao princípio da primazia da realidade, não há como modificar a verdade factual entre as partes apenas pela apresentação de determinado documento. Recurso de Revista conhecido e provido.

Diante disso, surge a questão se a empresa Impacto Produções e Eventos LTDA. pode ingressar com uma nova ação indenizatória contra Mc Melzinho e

outros, visando reparar os danos utilizando a confissão feita em juízo anterior. Caso a mesma seja proposta, cabe a análise de fatos importantes para a propositura.

Uma ação indenizatória tem como principal função reparar danos ocorridos, ou seja, restituir a coisa a sua forma ou função original, no caso em questão, a imagem da empresa e os danos patrimoniais ocorridos em seu interior. O Código Civil, trata desse assunto no Art. 186:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Sobre a indenização em si pode-se destacar o princípio da reparação integral do dano, provinda do Art. 944 do Código Civil, no qual trata sobre o valor da indenização medida pela extensão dos prejuízos sofridos pelo lesado, tal princípio é de origem francesa seguindo a frase: *tout le dommage, mais rien que le dommage* ("todo o dano, mas nada mais do que o dano"), impondo que o lesado vai ser sim reparado totalmente, mas que também nunca será reparado a mais, evitando assim o enriquecimento injusto mas propiciando a devida reparação:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Mc Melzinho encontra-se com idade inferior a dezoito anos, tendo o mesmo dezessete, o que implicaria o fato de que ele deverá ser assistido por seus pais, pois, é considerado relativamente incapaz na esfera civil, acerca dessa questão dispõe Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 181):

[...] não havendo disposição especial em contrário, os relativamente incapazes devem figurar nos atos jurídicos com a assistência do pai ou da mãe, ou de um tutor se estiverem sob o regime de tutela. Para proporem ações judiciais também necessitam da assistência, e para figurarem como réus nessas ações devem ser citados juntamente com os assistentes.

A ação a ser proposta pode ser movida em face de Mc Melzinho em litisconsorte com seus pais já que os mesmos encontravam-se na festa e tinham dever legal de controlar os atos de seu filho, que por impulso causou o dano. Os dois adquirem então responsabilidade para reparar em conjunto com Melzinho. Tal dever vem expresso no Art. 932, I, do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Nota-se que seus pais que figuraram outro polo em conjunto com Melzinho, são dotados de baixa renda, sua mãe é dona de casa e seu pai aposentado por invalidez e ainda devem sustentar mais quatro filhos.

Já que MC Melzinho faz sucesso com seus shows, como no caso em questão, somente uma apresentação de cinquenta minutos era suficiente para arrecadar uma quantia exorbitante de R\$ 28.000,00 reais, sucesso esse que lhe concedeu outro padrão de vida. Disposto que Melzinho ganha muito mais que seus pais, mesmo sendo relativamente incapaz, o Código Civil adere a ele a responsabilidade de arcar com seus próprios atos causadores de dano. Visando assim a reparação total da empresa, já que a mesma não receberia nada se movesse ação somente contra Mc Melzinho. Tal efeito pode ser encontrado no Art. 928, do Código Civil:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Pode-se realizar a ação de indenização, vindo então à questão se é possível utilizar a prova produzida no outro processo por Mc Melzinho, lembrando que a prova produzida foi uma confissão.

A respeito desse assunto o Novo Código de Processo Civil adotou um sistema de prova emprestada, que dá a possibilidade ao juiz de utilizar alguma

prova produzida em outro processo pela mesma parte desde que observe o princípio do contraditório e atribua-lhe o valor que julgar adequado. Tal disposição é encontrada no Art. 372, do NCPC:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Nelson Nery JR. (2004, p. 190) disserta sobre a prova emprestada na seguinte forma:

[...] aquela que, embora produzida em outro processo, se pretende produza efeitos no processo em questão. Sua validade como documento e meio de prova, desde que reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado, é admitida pelo sistema brasileiro.

A prova produzida no processo anterior virá com força de prova documental, já que a mesma será extraída de uma certidão do processo anterior, sempre notando necessário o princípio do contraditório, ainda salientando que a prova emprestada será utilizada contra Mc Melzinho, ou seja, ao mesmo está garantido o direito de controvérsia aos fatos impugnados nesse novo julgamento, mesmo que ele tenha confessado anteriormente. Assim, leciona Fredie Didier Jr (2006, p. 523) sobre a matéria:

Prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele.

Ressalta-se o fato de que a confissão produzida em outro processo valerá apenas para a figura de Mc Melzinho, já que foi o mesmo que a produziu e por lei, a confissão não pode prejudicar seus pais que são seus litisconsortes, pois estes adquiriram a responsabilidade acima citada, ou seja, mesmo que seus pais sejam

seus responsáveis, não poderão arcar com os efeitos de sua confissão. Tal dispositivo pode ser encontrado no Art. 391, do NCCP:

Art. 391. A confissão judicial faz prova contra o confitente, não prejudicando, todavia, os litisconsortes.

Evidenciado os fatos, conclui-se que a empresa Impacto Produções e Eventos LTDA tem direito de realizar uma nova ação indenizatória, tendo em vista que Mc Melzinho foi causador de incontáveis prejuízos, onde o mesmo além de danificar a estrutura da casa de eventos situada em bairro nobre, também mandou embriagar o músico Marcos contra sua vontade, que fora de si agarrou uma mulher sem seu consentimento, o que gerou uma imagem negativa para empresa, que por ser realizadora de eventos sofrerá muito com a má imagem formada sobre si. Mesmo que a declaração sobre o não recebimento do dinheiro do show na ação de cobrança, em represália aos danos causados, seja utilizada como prova emprestada, o valor que a empresa perdeu com a má imagem repercutida é muito grande, já que a mesma depende de uma boa fama para poder realizar eventos. Portanto, se a prova for utilizada contra Melzinho que confessou ser o causador dos danos, o mesmo por ganhar muito dinheiro deverá pagar indenização à empresa, que muito sofreu com seus atos, enquanto a perda do valor de um show não seria de grande importância para o cantor. Saliencia-se também que a prova emprestada somente valerá para a figura do cantor, não podendo atingir seus litisconsortes sendo eles seus pais, vide exposto acima.

A ação indenizatória pode ser proposta e o juiz pode apreciar a prova emprestada, que valerá contra Melzinho, mesmo que não recebeu o dinheiro do show, não cessaria seus débitos, já que os prejuízos foram grandes, o que poderia ocorrer seria o fato de que o juiz abateria o valor do show não recebido do valor total da indenização a ser recebida, lembrando que o juiz deverá apreciar o princípio do contraditório sendo apresentada a prova. Seus pais, como litisconsortes, mesmo que seu filho seja relativamente incapaz, não arcariam com as despesas da indenização, partindo da premissa de que sua baixa renda seria insuficiente para o pagamento, já Melzinho teria tal possibilidade.

Em relação à quarta questão objeto de análise, ao criarem a lei para impedir a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em uma determinada área, desrespeitaram uma súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, e tal lei, acarretou na cassação da licença de funcionamento que dispunha a empresa Impacto Produções e Eventos Ltda. Expostos os fatos, nota-se necessário pontuar alguns conceitos.

Os vereadores têm o poder de criar leis em seus municípios, versando sobre assuntos de interesse da população, já que foram eleitos pelo povo, são os chamados “representantes do povo”. Porém, para criar uma lei, devem respeitar a hierarquia de normas, onde em primeiro lugar, encontra-se as normas federais, depois as estaduais e por fim, as municipais. Tal direito é consagrado no artigo 30 da Constituição da República Federativa do Brasil, em seus incisos I e II, que tratam sobre a competência dos municípios:

Art. 30. Compete aos Municípios:

- I - legislar sobre assuntos de interesse local;
- II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

Sendo assim, surge o Supremo Tribunal Federal como a mais alta instância jurídica, com a principal função de servir como guardião da Constituição Federal, apreciando os casos que envolvam ameaça ou lesão a mesma, tal tribunal emite súmulas que devem ser seguidas pelas outras instâncias.

No tocante caso da empresa, podemos citar a utilização de uma súmula vinculante proferida pelo STF. Tal dispositivo surge a partir do momento em que existem vários conflitos sobre uma mesma matéria, e para diminuir as interpretações diversas de uma mesma lei, o tribunal ingressa com um entendimento único acerca dos casos, gerando então o efeito *erga omnes*, ou seja, para todos, onde todos os tribunais deverão acatar sua decisão e utilizá-la como base para proferir sentenças. Sobre tal matéria, disserta Alexandre de Moraes, em seu livro Direito Constitucional, 33ª edição, 2017, capítulo 12, subcapítulo 15:

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Tal súmula, pode ser criada após a redação da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, que acrescentou o artigo 103-A no texto da Constituição Federal:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A respeito do caso, pode-se citar a súmula vinculante nº 49, que fez valer sobre o tema “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.” Sendo assim, o município desrespeitou tal súmula ao criar a lei que proíbe a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em uma determinada área.

A súmula foi criada a partir do precedente representativo proferido na RE 193.749, rel. min. Carlos Velloso, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, P, j. 4-6-1998, DJde 4-5-2001:

A CF/1988 assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do poder público, salvo nos casos previstos em lei. 2. Observância de distância mínima da farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei municipal 10.991/1991. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada.

Podemos citar como base a jurisprudência proferida pelo ministro Marco Aurélio, na decisão de uma reclamação que versava sobre o desrespeito a súmula vinculante nº 49:

O reclamante impetrou mandado de segurança contra ato administrativo que implicou a negativa de pedido de concessão de licença para a instalação de posto de revenda de combustível no Município de Dourados/MS. Indeferida a ordem, a óptica veio a ser confirmada em segunda instância. O órgão reclamado concluiu pela constitucionalidade do art. 86, § 4º, I, da Lei Complementar local 205/2012, alusiva ao zoneamento, uso e ocupação do solo e o sistema viário do Município de Dourados/MS. (...) Surge relevante a alegação. Ao admitir a validade do preceito, o Tribunal estadual desrespeitou o verbete vinculante 49 da Súmula do Supremo, porquanto limitada, por meio de legislação local, a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em certa localidade. (...) Consoante se observa, o verbete encerra entendimento, em tese e vinculante, no sentido da invalidade de norma local voltada a restringir a abertura de comércios de idêntica atividade considerado o critério geográfico. No paradigma apontado, não há — certo ou errado, descabe, nesta via, perquirir — previsão de ressalva, inclusive no tocante à possível necessidade de tutelar-se a segurança de munícipes. [Rcl 24.383, rel. min. Marco Aurélio, dec. monocrática, j. 29-6-2016, DJE 141 de 1º-8-2016.]

Mostrou-se que tal dispositivo criado pelo município, ao violar a súmula, desrespeitou o assunto que ela dispunha, que seria o princípio da livre concorrência, onde afim de evitar monopólio, todos nós temos o direito consagrado pela Constituição Federal de criar estabelecimentos desde que respeitemos regras, disposto no artigo 170, inciso IV:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

A respeito de tal assunto, disserta Alexandre de Moraes, em seu livro *Direito Constitucional*, 33ª edição, 2017, capítulo 14, subcapítulo 1:

O texto constitucional de 1988, portanto, consagrou uma economia descentralizada, de mercado, sujeita a forte atuação do Estado de caráter normativo e regulador, permitindo que o Estado explore diretamente atividade econômica quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. O artigo 170 da Constituição Federal, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 06/1995, consagrou a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Igualmente, o artigo 170 estabeleceu a finalidade à ordem econômica constitucional: garantia de existência digna, conforme os ditames da justiça social. A Carta Magna, ainda, assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Aos atos que violem súmula, ao invés de valer-se do mandado de segurança, quem sofre pela criação de tal lei, pode valer-se da reclamação direta ao Supremo Tribunal Federal, indicando que sua decisão *erga omnes* foi desrespeitada. Tal reclamação foi consagrada pela nossa Constituição em seu artigo 103-A, parágrafo 3 e tem o intuito de preservar a competência e autoridade do tribunal.

Art. 103-A, § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Expostos os fatos, conclui-se que o ato de o município criar a lei que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em uma determinada área, além de prejudicar a empresa Impacto Produções e Eventos LTDA, desrespeitou a súmula vinculante nº 49 proferida pelo Supremo Tribunal Federal, tal súmula que garantia o direito da livre concorrência, assegurando o princípio da igualdade, proibindo que tal norma fosse criada por municípios.

Cassada a licença de funcionamento pela lei, a empresa pode ingressar com uma ação de reclamação direto ao STF, prevista no artigo 103-A, §3º, indicando que sua súmula vinculante foi desrespeitada, onde o tribunal irá analisar o caso, e por realmente ferir o enunciado de tal súmula, é provável, que o tribunal para

garantir sua competência e soberania, decretará a anulação do ato administrativo criado pelo município, onde a empresa teria sua licença de funcionamento restituída, podendo voltar a exercer suas funções.

Na quinta e última questão formulada pelos consulentes, no caso de Marcos, onde o músico em estado de embriaguez avançada, agarrou e comprimiu o corpo de uma moça no evento em que se apresentou, tal ato, pode querer ser tipificado pela vítima, à primeira vista e em uma análise grosseira, como crime de importunação sexual, já que o mesmo foi praticado em público, sendo previsto no Art. 215-A, do Código Penal:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Antes deve-se analisar à fundo os fatos, para ver se Marcos pode ter tal privação de liberdade. Em primeiro lugar, o caso da embriaguez, que pode ser definida como o estado em que uma pessoa se encontra após a ingestão excessiva de bebidas alcóolicas, onde o agente perde a capacidade de discernimento e razão, agindo muitas vezes, com outra personalidade não condizente com a sua. Sobre tal assunto, a Organização Mundial da Saúde, com a Classificação Internacional das Doenças (CID) nº 10, dispõe sobre a embriaguez:

[...] como sendo toda forma de ingestão de álcool que excede ao consumo tradicional, aos hábitos sociais da comunidade considerada, quaisquer que sejam os fatores etiológicos responsáveis e qualquer que seja a origem desses fatores, como por exemplo, a hereditariedade, a constituição física ou as alterações fisiopatológicas adquiridas (OMS, 2013).

Doutrinadores de direito também tratam sobre o tema, como é o caso de Cezar Roberto Bitencourt, em seu livro Tratado de Direito Penal (2012, p. 183):

A embriaguez pode ser definida como a intoxicação aguda e transitória provocada pela ingestão do álcool ou de substância de efeitos análogos.

Marcos, então, encontrava-se em tal estado, resta então saber se pode ou não ser culpado e punido. Sendo necessário conceituar culpabilidade, que é fundamental para poder punir um agente pelos seus atos. Fernando Capez, em seu livro Curso de Direito Penal, volume 1 (2010, p. 324), aborda tal assunto:

[...] a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito. Não se trata de elemento do crime, mas pressuposto para imposição de pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se concebe possa, ao mesmo tempo, estar dentro do crime, como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente.

Dentro da culpabilidade, existem requisitos a serem analisados para a mesma poder concretizar-se e constituir então a pena, um deles que pode ser utilizado no caso de Marcos, é o da imputabilidade.

A respeito da imputabilidade devemos analisá-la à fundo, tal matéria se caracteriza pela capacidade ou aptidão para ser culpável, é a análise feita para saber se alguém pode ou não ter pena, podendo ser responsável pelos seus atos. Fernando Capez traz tal definição em seu livro Curso de Direito Penal, volume 1 (2010, p. 331-332):

[...] é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento.

No artigo 28, inciso II, encontra-se o rol que trata sobre o estado de embriaguez, em que não se afastaria a imputabilidade:

Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

O ordenamento, ao abordar tal assunto, trouxe o conceito da teoria "actio libera in causa" onde fica entendido que o agente ao consumir tal bebida alcóolica, aceitou as consequências provenientes de seus atos, mesmo que na hora de cometer o delito, ele não esteja em plena consciência de seus atos, ou seja, para tal teoria, o agente assumiria para si toda a responsabilidade, nesses casos, desconsidera-se o tempo em que o delito foi cometido, considerando o momento anterior à embriaguez em que o agente de livre e espontânea vontade aceita consumir a bebida. Porém, tal teoria, não se aplica aos casos de embriaguez acidental ou fortuita.

No caso de Marcos, o músico não fazia uso contínuo de bebidas alcólicas, e por ser seu aniversário, o cantor Mc Melzinho ordenou que seus seguranças o segurassem a força, que contra sua vontade, foi forçado a beber meia garrafa de whisky de uma só vez. Sabendo que uma garrafa de whisky tem grande teor alcóolico, foi o suficiente para deitá-lo no chão por cerca de dois minutos, que logo após, levantou completamente embriagado e fora de seu estado de plena consciência, tal acontecimento levou o músico à pratica do ato que gerou a discussão.

Marcos não se encaixa na teoria "actio libera in causa" já que ele não consentiu em consumir tal substância, mas foi forçado a consumi-la, tipificando então a embriaguez acidental e por força maior, onde não tinha intenção de se embriagar e a mesma ocorreu por um fator externo que o obrigou. Sobre tal disposição trata Fernando Capez em seu livro, Curso de Direito Penal, volume 1 (2010, p. 341):

Embriaguez accidental: pode decorrer de caso fortuito ou força maior.

Força maior: deriva de uma força externa ao agente, que o obriga a consumir a droga. É o caso do sujeito obrigado a ingerir álcool por coação física ou moral irresistível, perdendo, em seguida, o controle sobre suas ações.

Marcos, no relato do caso, perdeu totalmente seus sentidos após levantar do chão, onde passou dois minutos deitado e agarrou a moça por notar seus cabelos brilharem na luz, o que segundo ele, o fez perder o controle e agarrá-la. Sendo assim, o músico, encontrou-se no estado de embriaguez completa, que ocorre quando o indivíduo perde totalmente seus sentidos e não sabe o que está fazendo.

Comprovado tal estado de embriaguez involuntária e completa, o Código Penal, prevê a isenção de pena para o caso de Marcos, tipificado no Art. 28, §1º:

Art. 28, §1º. É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A respeito de tal assunto, disserta Cezar Roberto Bitencourt, em seu livro Tratado de Direito Penal, Cap. XXIV:

[...] se a embriaguez accidental for completa, poderá acarretar a irresponsabilidade penal, desde que advenha a respectiva consequência psíquica, qual seja, a incapacidade de conhecimento do caráter ilícito do fato ou de autodeterminar-se de acordo com esse conhecimento. Considera-se completa a embriaguez no segundo estágio, isto é, quando os reflexos ficam lentos, o pensamento fica confuso, a coordenação motora apresenta deficiências, a noção de distância fica prejudicada.

Afastando a imputabilidade, nota-se que Marcos não precisará passar por qualquer tipo de medida de segurança, como nos outros casos que afastam a imputabilidade, já que o mesmo não tem qualquer tipo de distúrbio psíquico, e foi apenas naquele momento em que perdeu os sentidos, por estar embriagado.

Fernando Capez aborda esse assunto em seu livro, Curso de Direito Penal, volume 1 (2010, p. 342):

[...] ao contrário do que ocorre na doença mental e no desenvolvimento incompleto ou retardado, não haverá imposição de medida de segurança (absolvição imprópria): a absolvição será própria, pois não há necessidade de submeter o sujeito a tratamento médico.

Dispostos os fatos, conclui-se que Marcos, na ação, receberia do juiz o benefício da isenção de pena tipificado no artigo 28, §1º do Código Penal, onde afastaria a imputabilidade, já que foi forçado a beber e ficou completamente embriagado, perdendo a consciência de seus atos. Embora sua conduta esteja tipificada no Art. 215-A, o mesmo não estava em plena capacidade de pensamento e foi nesse estado em que agarrou a moça, não podendo assim cumprir qualquer tipo de pena, nem mesmo medida de segurança, já que não tem nenhum tipo de distúrbio psíquico.

Seria interessante, e de acordo com os bons costumes, que o músico procurasse a moça que sofreu com suas atitudes e explicar todo o ocorrido, pedindo desculpas ou a compensando de alguma forma, já que a mesma não poderá ver seu agressor ser punido.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Local e data.

Advogado

OAB

CENTRO UNIVERSITARIO FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS –
UNIFEOB

DIREITO

Álvaro Miguel Ferreira Martins

João Pedro Madrini Pereira

Vinicius Minieri Pedra

PROJETO INTEGRADO

Trabalho realizado como exigência
parcial para conclusão do 4º Módulo
do Curso de Direito.

RA: 17000996; 17000104; 17000543.

Professor Orientador: Luiz Francisco
Araújo Soeiro Faria.

SÃO JOÃO DA BOA VISTA – SP

2018

PARECER JURÍDICO

Assunto: questionamentos acerca dos fatos ocorridos na Impacto e Eventos Ltda.

Consulente: Alessandro e Elias

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO CIVIL, DIREITO EMPRESARIAL, DIREITO PENAL, PROCESSO CIVIL. REPARAÇÃO DO DANO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TEORIA ULTRA VIRES. RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR - DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO SOCIAL. EMANCIPAÇÃO. PROVA EMPRESTADA. EBRIGUEZ ACIDENTAL DECORRENTE DE FORÇA MAIOR

Trata-se de consulta formulada por Álvaro Miguel Ferreira Martins, João Pedro Madrini e Vinicius Minieri Pedra sobre os eventos envolvendo a Impacto e Eventos Ltda., a administradora Luana, o artista “MC Melzinho” e sua equipe.

Elias, estudante de publicidade e propaganda, sempre trabalhou com divulgação de eventos no meio universitário. Juntamente com Luana, que era responsável por organizar os itens essenciais de qualquer evento, bem como bebidas, atrações e local de realização.

O referido consulente, tendo em mente seguir no ramo de promoção de eventos, e reconhecendo que nenhum local existente na cidade teria capacidade para atender de forma expressa as festas por ele planejadas, decidiu por buscar recursos para a elaboração de tal projeto.

Alessandro, o sócio da Impacto, foi contatado por Elias, que buscava um empréstimo. Ao invés de aceitar a solicitação do amigo, o mesmo propôs uma

sociedade na qual investiria 70% do capital, dando início ao que seria a atual empresa.

Com a solidificação do negócio, ambos os sócios deveriam resolver os detalhes finais, mas não menos importantes. Utilizando da consultoria de Pedro, um contador com boas referências, decidiram por constituir uma pessoa jurídica na forma de sociedade de responsabilidade limitada, tendo Luana na função de administradora da empresa. A mesma só poderia realizar aquisições em valores superiores a R\$20.000,00 se autorizada previamente pelos proprietários.

Tendo todas as partes se adequado aos conformes, era hora de organizar a festa inaugural. Para o primeiro evento da casa, Luana, a então administradora, contratou dois DJs que ficariam responsáveis pela abertura e encerramento da noite, custando R\$500,00 por atração. Porém, a apresentação principal, ficou por conta de MC Melzinho, um artista empregado em um dos estilos musicais mais populares do momento. O empresário do artista negociou o valor de R\$ 28.000,00 com a administradora da empresa, que seria pago após o evento e fora aceito pelos sócios.

No dia do referido evento, a casa de shows atingia sua capacidade máxima, a abertura foi feita por um dos DJs e logo após, MC Melzinho se apresentou, por cerca de 50 minutos. Após o show, o artista e seu grupo se dirigiu ao camarote da festa, pois era aniversário de um dos membros da banda, Marcos.

Em meio a comemoração, o aniversariante fora imobilizado e obrigado a ingerir meia garrafa de whisky, o deixando totalmente embriagado. Logo após o acontecimento, Marcos saiu desorientado pela festa, rumo aos banheiros, quando se deparou com um indivíduo do segmento feminino, no qual investiu sobre, acreditando haver algum tipo de consentimento, por não estar em seu estado de costume. Logo após o ocorrido, o músico foi encaminhado para a Delegacia de Polícia, onde os exames atestaram seu alto nível de embriaguez.

Ao mesmo tempo, o cantor MC Melzinho causara tumulto na área onde festejava. O artista em meio a comemoração, tentou relacionar-se com duas mulheres, as quais recusaram seus pedidos, causando um certo abalo no humor do cantor, que em meio a discussão arremessou uma cadeira para o alto, atingindo o

teto e logo após a parede, danificando o forro de gesso, parte da iluminação e um espelho de grandes dimensões.

Os fatos ocorridos na noite, causaram repercussão negativa para a empresa recém-formada, tanto pela confusão causada pelo cantor, quanto pelo descontrole de Marcos. O município, por meio de seus vereadores, elaborou uma lei para impedir a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo segmento em parte da cidade. Em consequência, a licença de funcionamento da Impacto Produções e Eventos Ltda. foi cassada.

O evento gerou processos, bem como o apontamento de Marcos pelo crime de importunação sexual. A Impacto foi citada em ação de cobrança movida pelo cantor Mc Melzinho, que não recebeu o pagamento de R\$28.000,00 referentes ao show realizado.

É o relatório.

Passamos a opinar.

Em primeiro lugar, a Impacto Produções e Eventos LTDA é uma sociedade limitada composta por dois sócios: Elias e Alessandro. A sociedade limitada de acordo com Edilson Enedino das Chagas¹ :

“...corresponde ao tipo societário que proporciona a limitação da responsabilidade dos sócios, reduzindo o risco da atividade, razão pela qual é o mais atrativo, correspondendo a mais de 90% dos registros de sociedade do Brasil.”

¹ CHAGAS, Edilson das. *Direito empresarial esquematizado*, 4ª edição, 4th edição. Editora Saraiva, 2017.

Após a conversa com o contador, os sócios denominaram Luana como administradora da empresa de produções e eventos, pois já tinha experiência com organização de festas nas faculdades. Para a salvaguarda do patrimônio social, ela teria poderes limitados no contrato social, só podendo contratar bens e serviços de no máximo R\$ 20.000,00, poderia ultrapassar esse valor com prévia autorização de ambos os sócios.

Para à inauguração da Casa de Festas, Luana contratou dois DJs, no valor de R\$ 500,00 cada um, por enquanto, sem problema algum. Além dessas atrações, contratou MC Melzinho, no valor de R\$ 28.000,00, quantia acima da sua responsabilidade com o contrato social. Elias, um dos sócios, ficou muito empolgado e não se preocupou com os detalhes das contratações para a inauguração.

No dia do show, a casa estava lotada, todos os ingressos vendidos. Houve o show e após ele ocorreram os problemas. Devido aos fatos citados anteriormente, a Impacto não pagou o valor combinado com o MC Melzinho e a empresa foi processada pelo cantor.

A empresa poderá alegar na ação de cobrança movida pelo MC Melzinho que a administradora não tinha poder para ter lhe contratado, pois para firmar negócio com tamanha atração, ultrapassando o valor de R\$ 20.000,00, deveria ocorrer prévia autorização dos sócios, assim, a culpa recairia sobre a pessoa da administradora, prevista no Artigo 1.015, III, e Artigo 1.016 do Código Civil, além da teoria *Ultra Vires*, na qual quando o administrador faz algo que ultrapasse seus poderes, a culpa recairá sobre sua pessoa, e seu ato será nulo. Na visão de Edilson das Chagas²:

“A teoria ultra vires — reitere-se — será contextualizada quando a sociedade atuar fora do objeto social, a que se propôs realizar; deve-se concluir, entretanto, que o ente coletivo, em tal hipótese, acabará por ser utilizado abusivamente. Logo, a capacidade de obrigar-se da pessoa jurídica só existirá enquanto atuar em busca dos fins para os quais foi constituída”

² CHAGAS, Edilson das. *Direito empresarial esquematizado*, 4ª edição, 4th edição. Editora Saraiva, 2017.

Não obstante pelo que expressa o autor, é possível demonstrar através dos tribunais³:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS ULTRA VIRES. ART. 50, C/C ART.1.015, § ÚNICO, I, DO CC. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO ADMINISTRADOR QUE VIOLA O CONTRATO SOCIAL DA EMPRESA. CORRETA A INCLUSÃO APENAS DO SÓCIO-GERENTE NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A teoria dos atos ultra vires societatis é caracterizada pelo abuso de poder por parte do administrador, que opera em sentido divergente aos negócios da sociedade, ocasionando com isso violação ao objeto social lícito para o qual foi constituída a empresa. 2. Os atos do administrador das sociedades comerciais são limitados ao objeto social estabelecido no contrato social. Por conta disso, quando o representante legal da empresa extrapola os fins delineados pelo contrato social, constitui ato regido pela teoria ultra vires societatis. 3. A ressalva contida no parágrafo único do art. 1.015, Código Civil, expressamente dispõe que dentre os poderes conferidos ao administrador não se inclui o de contrair obrigações estranhas ao interesse social, sob pena de responsabilidade pessoal.

Além disso, a empresa poderá alegar, baseando-se no Código Civil, que o contratado tem a obrigação de olhar os poderes do administrador na Junta Comercial antes de firmar o contrato com a empresa, expresso no livro de Edilson Enedino das Chagas, no trecho:

“O Código Civil, não obstante, houve por bem exigir que o terceiro assim proceda e tenha o cuidado de se informar, antes de firmar contratos, sobre os poderes que socorrem aos administradores, sob pena de, não o fazendo, ficar tolhido do direito de exigir, da sociedade, o cumprimento das obrigações pactuadas com os administradores respectivos.”²

³ (TJ-PR - Ação Civil de Improbidade Administrativa: 9465876 PR 946587-6 (Acórdão), Relator: Ivanise Maria Tratz Martins, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1223 null)

Em complemento, os sócios da empresa ainda podem alegar, na contestação, que não são uma parte legítima do processo, e sim, a administradora que agiu de maneira que ultrapassou seus poderes no contrato social, graças ao Artigo 338 do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.”

Outro ponto a discorrer, MC Melzinho é um cantor novo no mercado da música, possui apenas 17 anos e sua carreira já está em uma extraordinária crescente. Passou por uma infância pobre no Rio de Janeiro, sua família era formada por seus pais que sustentavam com dificuldade os 5 filhos. A cada mês que passava, a quantidade e o valor das apresentações subiam, garantindo uma qualidade de vida à família jamais vivida anteriormente.

Após toda à confusão já mencionada, a Impacto sofreu alguns danos em seu estabelecimento, como por exemplo, danificação do forro de gesso, parte da iluminação e espelho de grandes dimensões. Em virtude disso, a empresa crê que a culpa foi do MC Melzinho, então tem a intenção de mover ação de reparação contra o cantor.

Para Carlos Roberto Gonçalves⁴, a emancipação:

“Consiste, desse modo, na antecipação da aquisição da capacidade de fato ou de exercício (aptidão para exercer por si só os atos da vida civil). Pode decorrer de concessão dos pais ou de sentença do juiz, bem como de determinados fatos a que a lei atribui esse efeito.”¹

⁴ Gonçalves, Carlos Roberto. *Esquematizado - Direito civil 1: parte geral, obrigações, contratos*, 6th edição. Saraiva Educação, 2012.

O autor Flávio Tartuce⁵ a conceitua como:

*“A emancipação pode ser conceituada como sendo o ato jurídico que antecipa os efeitos da aquisição da maioridade, e da conseqüente capacidade civil plena, para data anterior àquela em que o menor atinge a idade de 18 anos, para fins civis. Com a emancipação, o menor deixa de ser incapaz e passa a ser capaz. Deve ser esclarecido, contudo, que ele não deixa de ser menor.”*²

Mesmo com o cantor apresentando idade abaixo dos 18 anos, a empresa pode mover ação contra ele, baseando-se no artigo 5, V do Código Civil, no qual diz que cessará, para os menores, a incapacidade quando pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Bem como citado no acórdão nº 0004243-68.2013.8.26.0539, de 10/05/2017, 38ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo o Fernando Sastre Redondo o relator:

“...o que indica, se não o controle sobre a pessoa jurídica, seu envolvimento com ela. No mais, é de ver que o demandante, em virtude da atividade empresarial exercida (art. 5º c.c. art. 972, ambos do Código Civil), fora emancipado anteriormente, adquirindo plena capacidade civil. Por isso, o negócio jurídico, ainda se tivesse sido realizado previamente à data em que atingiu dezoito anos completos, mostrar-se-ia válido.”

Como é o caso do cantor, já que é de conhecimento que o artista fatura mais de R\$ 20.000,00 por show, é passível de entendimento que o mesmo consiga possuir economia própria. Na teoria, o jovem de 17 anos sofreu uma antecipação voluntária, de acordo com o Código Civil. A emancipação pode ser definida como a aquisição da capacidade civil antes da idade legal.

Enquanto que a declaração poderá ser utilizada como prova na ação indenizatória a ser movida pela Impacto Produções e Eventos LTDA contra MC Melzinho ou outras pessoas. Isso ocorre porque a declaração será uma prova

⁵ (Tartuce, Flávio, 2012, p.135)

emprestada, isto é, foi produzida em outro processo, e uma parte pretende que seus efeitos sejam apreciados e considerados pelo magistrado em um processo diverso.

Está prevista no Código de Processo Civil, em seu artigo 372:

“Art. 372: O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório. ”

O Novo Código de Processo Civil foi importante ao salientar que a prova emprestada deve ser usada com respeito ao princípio do contraditório, neste sentido, mostra sua preocupação com o princípio da efetividade processual, assim respeitando o devido processo legal.

Para o autor Nelson Nery Jr⁶, prova emprestada é denominada como:

"aquela que, embora produzida em outro processo, se pretende produza efeitos no processo em questão. Sua validade como documento e meio de prova, desde que reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado, é admitida pelo sistema brasileiro."1

Agravo de instrumento n. 2057552-93.2017.8.26.0000, de 28/06/2017, a 7^a. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o relator foi o desembargador Rômulo Russo, decidindo que:

⁶ NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: RT, 8^a. edição. p. 190.

"Agravo de instrumento. Deferimento do exame pericial para aferição do valor locativo de imóvel. Decisão agravada que admitiu o uso de prova emprestada para a definição do valor locativo do escritório comercial situado no sétimo pavimento. Prova emprestada que se refere a escritório comercial situado no décimo sexto pavimento do mesmo edifício. Valor pertinente as unidades autônomas de um mesmo edifício que não é uniforme, ainda que possuam a mesma planta, há variação em razão do pavimento em que está situado e de sua posição geográfica no andar. Admissível a contraprova deferida, sobretudo porque o art. 372 do CPC determina que a admissão de prova emprestada deve observar o contraditório. Útil e necessária a perícia a bem da observância da ampla defesa e do contraditório. Agravo desprovido." (g.n.)

No que discorre sobre a cassação da licença de funcionamento da Impacto Produções e Eventos LTDA, com amparo na lei municipal que impediu a instalação de estabelecimentos comerciais de um mesmo ramo em determinada área, pode-se afirmar que se trata de uma decisão totalmente equivocada aos olhos do regimento jurídico aplicado no presente, visto que a Constituição Federal, define a livre concorrência através de seu artigo 170:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência"

Além deste artigo, há outra regra inserida, que reafirma a cassação da licença de funcionamento como ilegal, sendo o artigo 173, § 4º da CF/88:

"Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

Após esgotados os recursos na esfera administrativa, o provável meio jurídico para a impugnação desta lei, seria a empresa propor uma Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que tem previsão no artigo 102, § 1º da CF/88:

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

§ 1º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

No livro de Pedro Lenza⁷, o autor diz que:

“Tanto a Constituição como a lei infraconstitucional deixaram de conceituar preceito fundamental, cabendo essa tarefa à doutrina e, em última instância, ao STF”.¹

Para o Professor Cássio Juvenal Faria⁸, preceitos fundamentais seriam aquelas:

“normas qualificadas, que veiculam princípios e servem de vetores de interpretação das demais normas constitucionais, por exemplo, os ‘princípios fundamentais’ do Título I (arts. 1º ao 4º); os integrantes da cláusula pétrea (art. 60, § 4º); os chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII); os que integram a enunciação dos direitos e garantias fundamentais (Título II); os princípios gerais da atividade econômica (art 170); etc”

⁷ Lenza, Pedro – *Direito Constitucional Esquematizado*

⁸ *Inédito, especial aos alunos do Curso do Professor Damásio² (texto retirado do Direito Constitucional Esquematizado de Pedro Lenza)*

Em observância as características apresentadas sobre o descumprimento de preceitos fundamentais, é visível que o município fere os princípios morais da dignidade humana e do trabalho, além de ferir a ordem econômica. Tendo em vista que o estabelecimento não apresentava nenhum empecilho passível de interdição, sendo recém-estruturado e aprovado sob todas as normas exigidas para o ramo. Em adição, a área nobre onde situava a sede da empresa já possuía uma outra casa de eventos há tempos, na qual não sofrera nenhum tipo de embargo diante do município. Esta afirmação reafirma os Art. 173, §4º e Art.170, IV, presentes na Constituição Federal, ficando explícito o desrespeito a livre concorrência de mercado.

Um último ponto a opinar, é abordado uma agressão que ocorre devido o estado de embriaguez do autor do fato. O tema abordado, a embriaguez, se encontra no artigo 28, II, do Código Penal. Para Roberto Delmanto Junior⁹:

“Embriaguez é o estado de intoxicação aguda e passageira, provocada pelo álcool ou outras substâncias de semelhantes efeitos, que reduzem ou privam a capacidade de entendimento. Por ficção jurídica, o CP declara que só a embriaguez acidental (e não a culposa ou voluntária) exclui a imputabilidade.”

Na concepção de Eugênio Pacelli e André Callegari¹⁰:

⁹ DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JUNIOR, Roberto Delmanto. Código Penal Comentado, 1ª edição.. Saraiva, 1/2016

¹⁰ PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. Manual de Direito Penal - Parte Geral, 4ª edição. Atlas, 12/2017

“Embriaguez é a intoxicação aguda e transitória causada pelo álcool ou substância de efeitos análogos, cujos efeitos podem progredir de uma ligeira excitação inicial até o estado de paralisia e coma.”

A embriaguez, para Pacelli e Callegari¹¹, se divide em 4 tipos: culposa, voluntária, acidental decorrente de caso fortuito e acidental decorrente de força maior:

“a) Voluntária: quando o agente ingere substância alcoólica com a intenção de embriagar-se.

b) Culposa: quando o sujeito não ingere substância alcoólica com a finalidade de embriagar-se, mas em face do excesso imprudente vem a ficar embriagado.

Estas duas formas não excluem a imputabilidade (art. 28, II, CP).

c) Acidental decorrente de caso fortuito.

Caso fortuito: ocorre quando o sujeito desconhece o efeito inebriante da substância que ingere, ou quando, desconhecendo uma particular condição fisiológica, ingere substância que possui álcool (ou substância análoga), ficando embriagado.

Exemplo: embriaguez causada por acidente, no caso de pessoa que cai em tonel de aguardente; pessoa que, desconhecendo efeito de medicação que está ingerindo para o sistema nervoso, ingere substância alcóolica, provocando momentânea alteração da consciência.

d) Acidental decorrente de força maior: há força maior na embriaguez provocada por terceiro, sem responsabilidade do agente.”³

A imputabilidade, em caso de embriaguez, ocorre somente nos casos de embriaguez acidental decorrente de caso fortuito e embriaguez acidental decorrente

¹¹ PACELLI, Eugênio, CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*, 4ª edição. Atlas, 12/2017

de força maior, desde que a embriaguez seja completa. Está explícito, no parágrafo 1º do Artigo 28, § 1º do Código Penal:

“Art. 28, § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. ”

O agressor do caso em questão foi Marcos, um dos músicos da banda de MC Melzinho. No dia do show, era seu aniversário, assim, excepcionalmente, cantor e sua equipe ficaram no recinto após a realização do show. Estavam no camarote com uma quantidade exorbitante de bebida ao alcance dos presentes, todos aproveitaram a festa. Porém, Marcos não ingeria bebida alcoólica antes, durante e após seu trabalho. Como forma de brincadeira, MC Melzinho ordenou que seus seguranças segurarem Marcos com força excessiva, forçando-lhe tomar meia garrafa de whisky, de uma vez só. Marcos caiu, e ficou no solo por dois minutos, até que retomou a posição de pé, totalmente embriagado.

Em seguida, desceu do camarote, desorientado rumo ao banheiro, e no caminho, visualizou um indivíduo do segmento feminino, que lhe chamou muita atenção, tentando o desejo do músico. Aproximou-se pelas costas, e a agarrou, comprimindo seu corpo ao dela, ato que foi flagrado por várias pessoas, rapidamente, separaram os envolvidos. O músico foi levado à delegacia de polícia, que constatou nível elevado de embriaguez através de exames. Foi indiciado pelo artigo 215-A do Código Penal em razão do ato praticado.

Portanto, Marcos realmente cometeu um ato contra a lei, mas em tese, não deverá responsabilizado, já que sua embriaguez foi acidental decorrente de força maior, provocada por Melzinho e seus seguranças. Somente exclui a imputabilidade em casos de embriaguez quando a embriaguez é completa, e no caso em questão,

ele estava totalmente incapaz de discernir sobre o caráter ilícito de seu ato, assim excluindo a imputabilidade do músico, tornando-o inocente, sem responsabilidade penal, conforme artigo 28, § 1º do Código Penal.

Bem como foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão que assemelhada pela ingestão de bebida alcoólica¹²:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - EMBRIAGUEZ COMPLETA - COMPROVAÇÃO PELA PROVA TESTEMUNHAL - POSSIBILIDADE - LAUDO PERICIAL DEFICIENTE - COLETA DE SANGUE REALIZADA APÓS 12 HORAS DA INGESTÃO DA BEBIDA - FORÇA MAIOR E CASO FORTUITO CARACTERIZADOS - COAÇÃO MORAL EXERCIDA POR ALUNOS VETERANOS - CONFIGURAÇÃO DE TROTE UNIVERSITÁRIO - DESCONHECIMENTO DAS REAÇÕES PSICOLÓGICA E FISIOLÓGICA DA INGESTÃO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS - ACUSADO QUE NÃO TINHA O HÁBITO DE BEBER - DE BEBER - INIMPUTABILIDADE TEMPORÁRIA COMPROVADA | ABSOLVIÇÃO SEM APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA - PERICULOSIDADE CESSADA COM ELIMINAÇÃO DO ÁLCOOL - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. - A prova da embriaguez completa pode ser realizada por meio de testemunhas, máximo considerando que o exame clínico foi realizado após 4 (quatro) horas do ápice da embriaguez e que a coleta de sangue ocorreu 12 (doze) horas após a ingestão do álcool, sendo certo que o magistrado não está adstrito às conclusões esposadas em trabalho pericial. - Demonstrado que a ingestão de bebida alcoólica se deveu à coação moral exercida por veteranos do curso de medicina, bem como que o acusado desconhecia as reações psicológica e fisiológica decorrentes da ingestão de bebidas alcoólicas, porque não tinha ele o hábito de ingeri-las, configuradas as hipóteses de força maior e caso fortuito, ressaindo o caráter acidental da embriaguez completa. - Sendo o acusado, ao tempo do ocorrido, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, cm razão da caracterização da embriaguez acidental completa, resta configurada a inimputabilidade, o que exclui a culpabilidade da conduta e os próprios crimes pelos quais foi denunciado. - Em sendo caso de inimputabilidade, o caso demanda a absolvição, sendo certo que, por ter se tratado de condição temporária, incabível a aplicação de medida de segurança, considerando que, por óbvio, a periculosidade do agente cessou quando os efeitos da bebida se esvaíram. -O trote universitário se consubstancia em prática que. há

¹² <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/183789139/stj-27-03-2018-pg-9195>

muito, deveria ser extirpada de nossos costumes e proibidas em nossas faculdades, porquanto, além de denegrir a imagem e auto-estima dos novos alunos, coloca-os indubitavelmente em situação de constrangimento irreparável e absurdo, que pode reverberar negativamente em outros membros da sociedade.

Nas razões do recurso especial, o parquet aponta ofensa aos arts. 28, § 2º, 157, § 2º, I

Em face do exposto, a partir das informações prestadas pela consulente e da análise legislação aplicável, opina-se:

- a) Pela responsabilização exclusiva de Luana, administradora da Impacto e Eventos Ltda, visto que a mesma não obteve prévia autorização de ambos os sócios perante a contratação do artista, extrapolando a quantia permitida em contrato social;
- b) Por acionar o cantor Mc Melzinho, diante dos danos causados ao estabelecimento. Ainda que o mesmo não tenha idade que condicione a maioridade, este pode arcar com os danos, tendo em vista a condição social que se encontra no momento;
- c) Pelo requerimento das declarações de MC Melzinho mediante processo movido para cobrar a quantia devida ao show, pois o mesmo causou danos ao patrimônio da empresa, e se o ato for claramente declarado, deverá de ser utilizado;

- d) Por instauração de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tendo em vista que a decisão municipal vai além da própria Constituição Federal, ferindo os direitos de livre concorrência; e

- e) Pela absolvição de Marcos, justificado pelo fato de o mesmo ter feito uso de bebida alcoólica de forma exagerada e forçadamente, que conseqüentemente causou desorientação no músico, o mesmo não tinha controle sobre seus atos.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista – SP, 15 de setembro de 2018.

Álvaro Miguel Ferreira Martins
17000996

João Pedro Madrini Pereira
17000104

Vinicius Minieri Pedra
17000543

PARECER JURÍDICO.

Assunto: Ação penal por importunação sexual, ação de cobrança, ação indenizatória, utilização de provas emprestadas e regularidade de cassação de funcionamento.

Consultentes: Elias e Alessandro.

EMENTA: AÇÃO PENAL. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. EMBRIAGUEZ INVOLUNTÁRIA. AÇÃO DE COBRANÇA. NÃO PAGAMENTO DE DÍVIDAS. EXCESSO E ABUSO DE FINALIDADE. AÇÃO INDENIZATÓRIA. REPARAÇÃO DE DANOS. INIMPUTÁVEL. PROVA EMPRESTADA. REGULARIDADE DE CASSAÇÃO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.

Trata-se consulta sobre possível desfecho de ação penal advinda da importunação sexual realizada por Marcos, músico da banda do famoso cantor Mc Melzinho, contra uma jovem ao final do show. Trata-se também de ação de cobrança movida por Mc Melzinho contra a empresa Impacto e consulta sobre possível ação indenizatória da empresa contra o cantor, menor de 18 anos, buscando reparação dos danos causados em seu estabelecimento. Cogita-se a possibilidade de utilização de provas em processo distinto e sobre a regularidade da cassação da licença de funcionamento da Impacto Produções e Eventos Ltda.

O caso ocorreu no dia da inauguração da empresa de eventos Impacto Produções e Eventos Ltda., cujos sócios se encontram na pessoa física de Elias e Alessandro e a contadora Luana, responsável pela contratação das atrações.

Após o show, a equipe do cantor buscava comemorar o aniversário de Marcos e em suposta brincadeira com o aniversariante, Mc Melzinho e seus seguranças seguraram Marcos e o forçaram a embriagar-se. Desorientado, e em elevado nível de embriaguez, o mesmo decide ir ao banheiro e ao longo do trajeto encontra com a vítima, aproxima-se da mesma e agarra pelas costas comprimindo seu corpo contra o dela.

Luana, na função de administradora da empresa com poderes limitados no contrato social, só podendo adquirir bens e serviços em valor superior a R\$ 20.000,00 com prévia autorização dos sócios, realiza a contratação de Mc Melzinho no valor de R\$ 28.000,00 sem autorização da sociedade. O pagamento não foi realizado ao término do show, resultando em ação de cobrança.

Relatam os consulentes que Mc Melzinho ao final da noite, abalado e indignado por não ter sido correspondido por algumas mulheres, atira algumas cadeiras para o alto, atingindo parte do teto e uma parede, danificando o forro de gesso, parte de iluminação e um espelho de grandes dimensões, motivando a consulta sobre possível ação indenizatória da empresa em face do mesmo.

Logo após, foi aprovado na cidade pelos vereadores, lei que impede a instalação de estabelecimentos comerciais no mesmo ramo em uma determinada área, acarretando a cassação da licença de funcionamento da empresa Impacto.

É o relatório.

Passamos a opinar.

Para o evento inaugural, a administradora Luana, contratou o cantor de funk Mc Melzinho, ajustando o valor de R\$ 28.000,00 para a realização do show, entretanto, como já havia sido estabelecido previamente no contrato social, a administradora, só poderia adquirir bens e serviços em valor superior a R\$

20.000,00 se fosse previamente autorizada por ambos os sócios, o que a mesma não fez para a contratação. Logo, seu poder era limitado e por isso Luana deve responder pessoalmente pelos atos praticados com excesso ou abuso de finalidade, como demonstra o disposto no artigo 1.015 do Código Civil.

CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002

Institui o Código Civil.

SUBTÍTULO II

Da Sociedade Personificada

Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou ;

II - provando-se que era conhecida do terceiro;

III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

No presente caso, temos a adoção de Teoria Ultra Vires que consiste na afirmativa de que a sociedade não se vincula e nem se responsabiliza por atos que forem evidentemente estranhos ao objeto social, como esclarece o artigo 1.015, inciso III, do Código Civil.

(...) III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

Desde modo, qualquer ato praticado em nome da pessoa jurídica, por seu

administrador, que ultrapassasse seus poderes, que já foram pactuados no contrato social, é nulo. Assim, ao terceiro, caberia apenas mover ação contra aquele que extrapolou os limites sociais, no caso a administradora.

O artigo 47 do Código Civil, também traz à tona a reponsabilidade única do administrador, e em sua interpretação, conclui-se que a contrário sensu infere-se que os atos dos administradores praticados fora dos limites estabelecidos no contrato social jamais obrigam a pessoa jurídica.

CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002

Institui o Código Civil.

Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Sendo assim, a Impacto poderia alegar em seu favor que a ação de cobrança movida pelo cantor possui erro de indicação de parte passiva, pois quem deveria compor o processo era a administradora Luana, pessoalmente, e não o nome da empresa. E que como esclarece o contrato social, a mesma ultrapassou seu limite de poder e por isso deve ser responsabilizada.

- Ementa: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF : 0030407-58.2016.8.07.0001 DF 0030407-58.2016.8.07.0001:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. REPARAÇÃO DE DANOS. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DE SÓCIO. TEORIA ULTRA VIRES. ILEGITIMIDADE PASSIVA DE EMPRESA INTERMEDIADORA. RELAÇÃO CONTRATUAL. ACOLHIMENTO. PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL. TEORIA DA CAUSA MADURA. MÉRITO.

CONTRATO DE CESSÃO DE AÇÕES. PREVISÃO DE LANÇAMENTO INICIAL EM MERCADO DE AÇÕES ESTRANGEIRO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. COMPROVAÇÃO. GARANTIA NA ABERTURA DE CAPITAL. 1. Não obstante se trate de tema controverso na jurisprudência pátria, deve ser prestigiado o entendimento segundo o qual o prazo prescricional aplicável nos casos de responsabilidade contratual é o decenal, previsto no art. 205 do Código Civil. 2. Estando o processo pronto para julgamento, incide a aplicação da teoria da causa madura, devendo ser analisado o mérito, com fulcro no art. 1013, § 3º, I do NCPC. 3. Não há menção na petição inicial de ato estranho às finalidades da pessoa jurídica praticado pelo sócio, ou mesmo praticado com excesso de mandato. Assim, e com base na teoria ultra vires, evidencia-se a ilegitimidade passiva ad causam do sócio réu. 4. A pessoa jurídica intermediadora da relação entre as partes do contrato principal e com função de consultora financeira detém legitimidade para figurar no pólo passivo de ação em que se busca o ressarcimento com base em descumprimento contratual. 5. Não se cuida de negócio jurídico celebrado para a eventualidade de lançamento das ações, e sim a compra das ações que seriam lançadas em Bolsa de Valores estrangeira, contudo não foram. 6. Restando evidenciado o inadimplemento contratual, impõe-se o ressarcimento dos valores pagos, na forma do disposto em cláusula contratual. 7. Recurso da autora conhecido. Afastada a prescrição, e, com base na teoria da causa madura, acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do 1º réu e rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva da 3ª ré. Julgado parcialmente

procedente o pedido.

Na doutrina, Simão Filho, nas palavras de José Waldecy Lucena, eleva a importância do objeto social asseverando que:

“a teoria ultra vires societatis, de origem anglo-saxônica, e que se liga ao objeto social, o qual, estipulado no contrato de constituição da sociedade, erige-se em balizas do campo de atuação desta, e, por via de consequência, delimita os poderes dos gerentes, presente que a principal missão destes, como órgãos da sociedade, é a realização do objeto social “ – SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova sociedade limitada, p. 153 e 154.

Em tese a empresa Impacto Produções e Eventos Ltda. não poderá mover ação em face de Mc Melzinho pelo fato de o cantor ser menor idade e não gozar da capacidade de ser polo passivo da ação de indenização por danos materiais, como rege o artigo 4º do Código Civil, inciso I, e o Artigo 5º do mesmo código.

CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002

Institui o Código Civil.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Portanto, a responsabilidade não pode ser dada ao menor, em regra, porque ele ainda não possui discernimento acerca do que é correto, por ser menor de idade.

Segundo o exposto no artigo 932, inciso I do Código Civil de 2002, os pais do cantor poderiam ser responsabilizados pelos danos causados no estabelecimento da Impacto, por no momento do dano estarem acompanhando seu filho menor durante a festa e por ele serem responsáveis, acarretando uma responsabilidade objetiva.

CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002

Institui o Código Civil.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Entretanto, tal tema encontra divergências na legislação vigente, apesar de os pais serem responsáveis de forma objetiva, há o entendimento da 4ª turma do STJ, em consonância com o art. 928, de que se os pais não dispuserem de patrimônio suficiente para arcar com a reparação dos danos, o menor poderá vir a participar da ação no polo passivo de forma subsidiária, para reparar os danos por ele causados, caracterizando um litisconsorte facultativo, ou seja, os pais e o menor. Porém, esta indenização não deverá ser excessiva ao ponto exceder o patrimônio do infante. Desta maneira, se os pais do cantor não dispuserem de capacidade econômica para reparar os danos, o cantor poderá responder civilmente para reparar os danos causados, desde que a indenização não seja onerosa.

Sendo assim, mesmo tendo apresentado a culpa in vigilando, que consiste na desatenção dos responsáveis para com seus filhos menores que estavam sob seu poder e em sua companhia, estes podem ou não responder pelos atos

praticados do filho. Cabe aqui um entendimento de nós, os próprios advogados, ao entrarmos com a ação, podendo esta ser em face dos pais unicamente ou em face do menor de forma subsidiária.

É importante deixar claro que a ação não poderia ser dada diretamente contra o menor e sim apenas de forma subsidiária, ou seja, ele integraria o polo passivo juntamente com seus responsáveis.

Ementa: se a reponsabilidade for dos pais:

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação:
APL 0004943-38.2009.8.26.0360 SP
0004943-38.2009.8.26.0360

Ação indenizatória. Filho da apelante, enquanto menor, que perpetrou atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra o apelado. Autoria e materialidade reconhecidas no âmbito do Juízo da Infância e da Juventude. Responsabilidade da apelante que deriva do disposto no art. 932, inciso I, do Código Civil, conferindo-lhe legitimidade para figurar no polo passivo da ação. Obrigação de indenizar bem reconhecida. Valor da indenização (R\$-50.000,00). Adequação. Valor ajustado à gravidade do ato ilícito. Aplicação do disposto no art. 944 do Código Civil. Sentença mantida. APELO IMPROVIDO.

Temos disponível para respaldo jurídico o caso concreto: Falecimento da menina "Grazielly Almeida Lames": se a reponsabilidade for dos pais:

Um adolescente de 14 anos estava pilotando um jet ski quando atropelou a criança, de 03 anos, em Bertioga, litoral de São Paulo, em 18 de fevereiro de

2012, matando-a. A vítima brincava com a mãe na areia, perto do mar, quando foi atingida na cabeça pelo jet ski desgovernado. O veículo marítimo era de propriedade do tio do adolescente. O menino passava o feriado de carnaval na casa dos padrinhos, pois tanto ele quanto seus pais moravam na cidade de Mogi das Cruzes, região metropolitana de São Paulo.

A alegação do advogado do réu de que o garoto havia ligado a moto aquática sem a autorização de um adulto em nada retira a responsabilidade de seus padrinhos, afinal, ela é objetiva, eles estavam exercendo poder familiar temporário sobre o garoto. Os responsáveis deverão pagar prestações mensais contínuas aos pais da vítima até quando o juiz entender conveniente, a título de danos morais e materiais. Os padrinhos podem, por sua vez, entrar com ação regressiva contra os pais do garoto para reaverem o que foi pago. Quanto à tipicidade penal, os adultos envolvidos na tragédia foram indiciados por homicídio culposo. O processo na esfera cível, com previsão de indenização no valor de R\$ 12.400,00 milhões (doze milhões e quatrocentos mil reais), depois de mais de 03 (três) anos ainda não progrediu, pois se aguarda decisão na área criminal, até o presente momento.

Fonte:

<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/325854683/responsabilidade-civil-dos-pais-por-atos-praticados-pelos-filhos-menores>.

E também há o caso concreto e entendimento do ministro Salomão, acerca da responsabilidade subsidiária: pais e filho:

Em um caso, o pai de um adolescente de 15 anos foi responsabilizado por disparo de arma de fogo cujo projétil acertou um homem. A controvérsia, em recurso de relatoria do ministro Luis Felipe Salomão, estava em saber se haveria ou não litisconsorte necessário do menor em ação indenizatória. No recurso, o autor alegou que não bastava ele, enquanto pai, estar no polo passivo da demanda, e sim também o menor por força do art. 928 do CC.

O ministro Luis Felipe Salomão ponderou que a inovação do dispositivo do CC foi celebrada por parte da doutrina como um “avanço” em conformidade com códigos civis internacionais. “O espírito da lei, em mudança de perspectiva, foi romper com o antigo sistema, buscando facilitar a reparação do dano.” A conclusão do relator quanto ao caso é de que há responsabilidade subsidiária e não solidária. “Só quando o patrimônio do responsável é insuficiente executam-se os bens do próprio incapaz.”

Segundo o ministro, há de fato “aparente contradição” na legislação acerca do tema, mas o art. 928 é regra especial em relação aos demais – prevendo a responsabilização “apenas quando os responsáveis não tiverem meios de ressarcir” e, ainda, “não pode ultrapassar o patrimônio mínimo do infante”.

Dessa forma, não há, para Salomão, obrigação legal da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. “Não há litisconsorte passivo necessário. É

possível que o autor, por sua opção e liberalidade, intente ação contra ambos, pai e filho, formando-se litisconsorte facultativo. O autor estará sabidamente ciente que esse patrimônio só será atingido subsidiariamente de forma mitigada.”

No que diz respeito à possibilidade da declaração do Mc Melzinho durante a ação de cobrança ser utilizada na ação indenizatória da Impacto, a ser movida em face do mesmo ou de terceiros, há a possibilidade por via da prova emprestada de acordo com o Novo Código Processual Civil, onde a prova emprestada deixou de ser considerada como prova atípica para ser introduzida como prova típica encontrando previsão legal em seu art. 372.

Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015

Código de Processo Civil.

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Vale lembrar de que o mesmo código traz juntamente com a prova emprestada o princípio do contraditório, ou seja, ambas as partes devem ser ouvidas, devem ter direito de se manifestar sobre a prova emprestada. A parte prejudicada deve ser ouvida com a finalidade de verificar sua concordância com a utilização da prova em questão.

De acordo com o STF, nos recentes julgamentos do mesmo para a admissibilidade da prova emprestada, é necessário que, dentre outros fatores, haja identidade das partes entre os processos em que a prova foi retirada e aquele que se pretende utilizá-la. Torna-se prova emprestada quando esta é cabível no processo pelo fato de que a mesma seria utilizada em um processo de partes iguais mas com autorias distintas. Deste modo a confissão de Mc Melzinho tratando sobre o ocorrido da noite e os danos causados pelo mesmo na empresa

,é crucial ao decorrer do processo de indenização movido pela Impacto Produções de Eventos LTDA.

Para a doutrina, nas palavras do doutrinador Moacyr Amaral Santos:

“Muito comum é o oferecimento em um processo de provas produzidas em outro. São depoimentos de testemunhas, de litigantes, são exames, traslados, por certidão, de uns autos para outros, com o fim de fazer prova. Tais são as chamadas provas emprestadas, denominação consagrada entre os escritores e pelos tribunais do país. É a prova que “já foi feita juridicamente, mas em outra causa, da qual se extrai para aplicá-la à causa em questão”, define Benthan.”[1]

Para a utilização no processo em questão é importante frisar o ensinamento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que lecionam acerca da Prova Emprestada ao dizer que:

“a condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova emprestada é sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo realizado entre terceiros é res inter alios e não produz nenhum efeito senão para aquelas partes”.[7]

Há ementas que dispõem favoravelmente ao uso de provas emprestadas e citam o livre convencimento motivado do juiz como um dos princípios favoráveis ao uso deste tipo de prova.

EMENTA : PROVA EMPRESTADA. UTILIZAÇÃO. AQUIESCÊNCIA DAS PARTES. DESNECESSIDADE.

Os princípios do livre convencimento motivado (art. 765 da CLT e art. 371 do CPC/15) e da busca da verdade real asseguram ao juiz ampla liberdade na condução do processo na busca de elementos probatórios que formem o seu convencimento, não estando este vinculado à aquiescência das partes para utilizar a prova emprestada, desde que observados, sempre, os princípios do contraditório e ampla defesa. (TRT18, RO - 0010358-81.2016.5.18.0181, Rel. MARILDA JUNGSMANN GONCALVES DAHER, 2ª TURMA, 15/12/2016)

(TRT-18 - RO: 00103588120165180181 GO 0010358-81.2016.5.18.0181, Relator: MARILDA JUNGSMANN GONCALVES DAHER, Data de Julgamento: 15/12/2016, 2ª TURMA)

Embora haja o respaldo do livre convencimento do juiz e da desnecessidade de aquiescência das partes, é necessário que se observe os princípios do contraditório e da ampla defesa. Deste modo há ementas que embasam essas observâncias necessárias.

PROVA EMPRESTADA. DISCORDÂNCIA DE UMA DAS PARTES. NULIDADE DA SENTENÇA. Para a utilização de prova emprestada é imprescindível a concordância entre as partes, sem a qual caracteriza-se o cerceamento de defesa e, conseqüentemente, a nulidade da sentença, em razão da violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

(TRT-3 - RO: 00107889420175030058 0010788-94.2017.5.03.0058, Relator: Convocado

Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque, Decima Turma)

Sobre a regularidade na cassação da licença de funcionamento da empresa Impacto, trata-se de ato inconstitucional e esgotados os recursos na esfera administrativa, o meio jurídico adequado para impugnação do ato é uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Primeiramente para entendermos a inconstitucionalidade do caso referido e os motivos de adequação da ADPF, faz-se necessário compreender quais os tipos de licença e as qualificações que uma produtora de eventos ou qualquer outra pessoa jurídica precisam ter para atuar na área.

ALVARÁ

O alvará é uma licença concedida pela prefeitura permitindo a localização e o funcionamento de estabelecimento industriais, agrícolas, prestadores de serviço, bem como de sociedade, e associação de qualquer natureza, vinculadas a pessoas físicas ou jurídicas.

Esse documento pode ser considerado de acordo com a natureza desenvolvida pela empresa como provisório ou definitivo o que dependerá da legislação do município competente

As hipóteses de suspensão do alvará de funcionamento são: mudanças de titularidade, razão social, objeto, endereço e quaisquer outras que provocam a necessidade de renovação.

A lista de documentos exigidos para a obtenção do alvará de funcionamento são:

- 1- Laudo técnico de segurança
- 2- Cópia do comunicado ao Corpo de Bombeiros e Polícia Militar da cidade
- 3- Contrato de locação, no caso da realização do evento em local privado
- 4- Contrato da empresa de segurança contratada para o evento, junto às medidas adotadas por ela após análise
- 5- Termo de responsabilidade devidamente assinado

Se todos os requisitos forem preenchidos e não haja motivos para a perda de alvará, há a impossibilidade de retirada do mesmo visto que não há lei que impeça a aquisição do direito de exercer a atividade na área, e o artigo 5º da Constituição Federal respalda a Impacto ao dizer que uma lei não pode prejudicar um direito adquirido.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

A ADPF é a ação destinada a evitar ou reparar lesões a preceito fundamental resultante de ato do poder público (união, estado, Distrito Federal e municípios), incluindo os atos anteriores à promulgação da Constituição Federal.

Formalmente, a ADPF é classificada como uma ação de controle concentrado de constitucionalidade. A arguição é considerada o mecanismo mais pragmático para proteger a integridade do ordenamento jurídico, pois, quando todos os outros meios não são adequados para proteger os fundamentos lógico-jurídicos este instituto entra em cena.

A ADPF é reconhecida no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e está elencada no art. 102 da Constituição Federal, parágrafo 1º.

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

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

Para Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p.993), a definição de preceitos fundamentais não é legal e sim doutrinária e jurisprudencial. Na esteira o autor contribui que os preceitos fundamentais são entendidos como aquelas normas materialmente constitucionais que fazem parte da Constituição formal. Explica melhor, devem ser compreendidos como núcleo ideológico constitutivo do Estado e da sociedade presente na Constituição formal. Para exemplificar o autor cita como rol de preceitos os artigos 1º a 4º, 5º; 6º; 14; 18; 34, VII; 60 § 4º, 170, 196, 220, 222 e 225 da Constituição Federal de 1988.

Neste caso, a arguição a ser utilizada é a Arguição autônoma, que visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental da Constituição resultante de ato do Poder Público.

Há ementa no sentido de utilização de ADPF, buscando revogar lei municipal criada que confronta preceito fundamental do pacto federativo.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL REFERENTE AGRAVO REGIMENTAL. A simples circunstância de o ato ficar sujeito a referendo afasta a adequação do agravo regimental, devendo a minuta ser tomada como memorial. Precedente: medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.626/MA, de minha relatoria, julgada em 3 de maio de 2007. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL PODER DE CAUTELA REFERENDO. Uma vez presentes a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena de concessão de liminar pelo Presidente, submetendo-se o pronunciamento ao Colegiado na abertura dos trabalhos. SERVIÇOS PORTUÁRIOS E REGIME DOS PORTOS ARTIGOS 21, INCISO CII, ALÍENA F, E 22, INCISO X, DA CARTA DA REPUBLICA COMPETÊNCIA MATERIAL E LEGISLATIVA DA UNIÃO LEI MUNICIPAL RESTRITIVA VIOLAÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL PACTO FEDERATIVO. De início, surge contrário ao preceito fundamental da Federação da lei municipal restritiva de operações comerciais em área portuária ante a competência da União para, privativamente, legislar sobre o regime dos portos e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, tais atividades.

(STF- ADPF: 316 DF, RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 25/09/2014, tribunal Pleno, data de Publicação: DJe-235 DIVULG 28-11-2014 PUBLIC 01-12-2014)

A ação penal movida em face do músico Marcos, responsável pela importunação sexual sob estado de embriaguez, trata-se de caso de embriaguez involuntária (acidental) completa por força maior, o agente foi constrangido a embriaguez tornando-o inimputável e excluindo a culpabilidade. Trata-se do artigo 28, parágrafo 1º do Código Penal.

CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:
(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Na doutrina, para Julio Fabrinni Mirabete :

"Trata-se de caso de exclusão da imputabilidade e, portanto, da culpabilidade, fundado na impossibilidade de consciência e vontade do sujeito que pratica o crime em estado de embriaguez completa acidental"
(MIRABETE, 2004, p. 223).

Nesse sentido, RIZZARDO ensina que:

A embriaguez corresponde a um estado temporário de intoxicação da pessoa, provocada pelo álcool ou substância análoga ou de semelhantes efeitos, que a priva do poder de autoridade de autocontrole e reduz

ou anula a capacidade de entendimento. (RIZZARDO, 230, p.640)

Vale ressaltar que a embriaguez simples, voluntária não exclui a culpabilidade, exclui-se a culpabilidade do agente que praticar um fato típico e ilícito sob estado de embriaguez involuntária completa, se for o caso de embriaguez involuntária incompleta, preserva-se uma certa capacidade de autodeterminação, o agente responderá por crime, mas com pena reduzida de 1/3 a 2/3 (CP, art. 28, II, §2º).

CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:
(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Portanto conclui-se que Marcos não responde penalmente visto que é inimputável, tratando-se de caso de embriaguez involuntária (acidental) por força maior, sem que o agente pudesse reagir.

Em face do exposto, a partir das informações prestadas pelos consulentes e da análise legislação opina-se pelo erro de indicação da parte passiva e excesso e abuso de finalidade pela administradora. Opina-se também pela incapacidade do menor de responder a ação indenizatória e responsabilização dos pais. No que tange a utilização de prova emprestada opinamos que há a possibilidade e respaldo jurídico. É irregular a cassação da licença de funcionamento devido a lei

municipal visto que fere direito já existente e o meio jurídico adequado para impugnação do ato é uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Conclui-se que Marcos não responderá penalmente por tratar-se de caso de embriaguez completa involuntária.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 12 de novembro de 2018.

Paulo Gabriel de Souza Ferreira

RA: 17000764

Victoria Mendes Hermida Bouza

RA: 17000258

Vitória Maria Ramos e Nogueira Baratella

RA: 17000255

3 6º MÓDULO – 2018-2

3.1 PROFESSORES ORIENTADORES

Daniele Arcolini Cassucci

Érica Bassanezi Morandin

Juliana Marques Borsari

Odenir Donizete Martelo

William Cardozo Silva

3.2 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 1º BIMESTRE

PROJETO INTEGRADO 2018.2

6º Módulo - Direito

DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE

Os alunos, individualmente ou em duplas ou trios (formações que deverão ser mantidas para o próximo bimestre), devem elaborar um Parecer Jurídico Interdisciplinar (cujos modelos, à sua escolha, estão à disposição no *Google Classroom*) que aborde todas as unidades de estudo do módulo a partir do caso hipotético apresentado abaixo.

OBJETIVOS

Auxiliar o aluno a preparar-se para que ele seja:

- competente do ponto de vista técnico, político e ético, plenamente cômico de sua responsabilidade na tomada de decisões;
- preparado para problematizar o processo de trabalho no campo do Direito, explorando suas contradições em favor das demandas legítimas da sociedade brasileira;
- capaz de analisar, interpretar e aplicar os conhecimentos adquiridos no curso, buscando novas respostas aos problemas apresentados, exercitando sua autonomia técnico-intelectual;
- comprometido com a formação permanente, com o diálogo e com a convivência guiada pela ética da solidariedade, preocupado com os problemas de seu tempo e de seu espaço;
- apto a constituir-se referência de qualidade nos serviços por ele prestados, individual, associada ou coletivamente, ensinando e desenvolvendo a cidadania pelo exemplo ativo e atuante;
- competente para identificar necessidades individuais e coletivas, interferindo na alteração do perfil social, econômico e político do

país, desenvolvendo formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos;

- dotado de sólida formação humanística, técnica e prática, compreendendo a complexidade do fenômeno jurídico e as transformações sociais, bem como a gênese, fundamentos, evolução e conteúdo do ordenamento jurídico vigente.

INSTRUÇÕES

- O Parecer Jurídico será elaborado tendo como base o caso hipotético anexo, em que deverão ser respondidos questionamentos formulados no formato de consulta.
- Não haverá orientação **específica** dos docentes para a solução dos questionamentos formulados, todavia, eles **deverão abordar os conteúdos, ainda que superficialmente, em suas aulas**. Espera-se que os estudantes busquem as informações necessárias e complementares em todos os meios disponíveis (material de aula, biblioteca, *sites* jurídicos, entrevistas com profissionais da área, pesquisa de campo, etc), uma vez que o caso não é fácil e a solução não é óbvia.
- Cada grupo deverá entregar um único Parecer Jurídico em formato digital (**arquivo.pdf**), enviando o arquivo na pasta do *Google Classroom* dedicada à sua entrega.
- **Prazo de entrega: 15/09/2018**
- O padrão de resposta esperado será divulgado no dia 16/09/2018

PONTUAÇÃO:

O valor máximo a ser acrescido na nota P1 de cada um dos professores das unidades presenciais do módulo será o de dois pontos. O valor a ser atribuído será o resultado da média obtida pela soma das notas individuais dos professores, dividida por cinco, admitindo-se apenas um décimo após a vírgula e sem aproximação. As notas dos professores serão atribuídas da seguinte forma:

- 0,0 (zero), caso não seja entregue o parecer no prazo

- 0,5 (meio), caso o parecer seja considerado ruim
- 1,0 (um) caso o parecer seja considerado regular
- 1,5 (um e meio) caso o parecer seja considerado bom
- 2,0 (dois), nota destinada apenas aos pareceres passíveis de publicação oficial, na opinião do professor.

CASO HIPOTÉTICO

Era possível ouvir o barulho de pesadas janelas de madeira se fechando. O sol, que antes raiava com intensidade, se escondeu atrás de nuvens carregadas que chegaram rapidamente e trouxeram uma chuva torrencial. Isabel correu o quanto pôde para impedir que a água inundasse os ambientes da casa, algo que certamente provocaria a ira de sua patroa, mas esqueceu de conferir um dos cômodos, justamente o quarto em que repousava o Sr. José.

José Leonardo Dias, nascido no interior paulista, deixou cedo a casa dos pais para trabalhar. Ele, que nunca se interessou pelos estudos, era um empreendedor nato. Antes mesmo dos seus vinte anos, já podia ser considerado um veterano no ramo das negociações. Acabou se fixando em Dourados, no Mato Grosso do Sul, onde encontrou uma ótima oportunidade para a criação de gado de corte. Lá, constituiu família e, com muito esforço, construiu algum patrimônio. Casou-se com a Dona Eliana Dias e com ela teve os filhos Carlos Aparecido e Roberto Carlos. Sua vida, até então movida pelo trabalho, parecia chegar ao fim poucos meses após o seu 68º aniversário, quando recebeu o diagnóstico de câncer na próstata. A dificuldade para urinar, acompanhada de uma dor lancinante, não o deixava sair do quarto. Dali conseguia observar os respingos da chuva pouco a pouco encharcarem o tapete de sisal. Ele próprio teria fechado a janela apesar da sua condição física, mas não se importou com aquilo na hora. Estava feliz em ver a queda d'água e sentir

o cheiro da terra sendo molhada. Desenganado pelos médicos quanto à sua perspectiva de sobrevivência, eram os simples fenômenos naturais que lhe traziam algum conforto, raros momentos em que sentia a presença de Deus.

A casa em que o Sr. José morava ficava na mesma fazenda comprada com o dinheiro juntado na primeira década dedicada à pecuária. Suas economias até então foram suficientes apenas para a aquisição da terra nua, compra de algumas cabeças de gado, e construção de uma pequena casa de três cômodos, que era usada como residência da família na época. Com o passar do tempo, o local foi se transformando. Logo depois de cuidar das cercas da propriedade, o Sr. José ergueu a grande casa, e nela passou a viver com a esposa e os filhos, enquanto a pequena construção, contemporânea à aquisição da fazenda, passou a ser utilizada por seu caseiro, o Sr. Sebastião de Almeida.

Carlos Aparecido e Roberto Carlos deixaram de viver na fazenda com os pais quando foram cursar a faculdade em Campo Grande, a capital do Estado. Carlos se formou em medicina veterinária, e Roberto em agronomia. Nenhum dos dois pareceu se interessar pelos negócios do pai, e acabaram optando por trabalhar em empresas agrícolas no interior do estado. Embora empregado, Carlos nunca se estabilizou economicamente desde a sua entrada no mercado de trabalho. Mas muito diferente foi a trajetória do seu irmão, Roberto, que mesmo sem muita experiência – e de forma um tanto suspeita – logo se tornou sócio de uma grande empresa multinacional fabricante de defensivos agrícolas, tendo se mudado para a França, de onde auxiliava a gestão das operações.

Quando revelou o diagnóstico da doença, o Sr. José pediu ao filho Carlos para voltar a viver ali, onde teria tudo o que precisasse e também poderia cuidar dele e de sua mãe, em idade já avançada.

Carlos acatou o pedido do pai. Deixou o emprego, e voltou a viver na fazenda da família, passando a ser responsável pelos cuidados da família, da propriedade, e, principalmente, da criação do gado de corte.

Em uma determinada oportunidade, Carlos flagrou o Sr. Sebastião recebendo um envelope pardo de outro homem na entrada da fazenda. O filho do fazendeiro ficou intrigado com aquilo, perguntou ao funcionário do que se tratava, mas não recebeu uma resposta que o tenha satisfeito. O Sr. Sebastião, assustado, se limitou a dizer que não era nada, e a todo custo evitou prosseguir na conversa. Carlos ainda conversou sobre o ocorrido com o Sr. Pedro Ribeiro, um outro funcionário da fazenda, mas ele disse não saber o que poderia estar no envelope. Naquele dia, tendo perdido toda a confiança no empregado, Carlos jurou a si mesmo que iria demitir o Sr. Sebastião tão logo seu pai falecesse.

Na manhã de um domingo nublado, o corpo do Sr. José Leonardo amanheceu sem vida. Era o fim da sua batalha contra o câncer. O fazendeiro foi encontrado morto por Isabel enquanto levava uma bandeja com o café da manhã ao patrão. Carlos foi chamado, e depois a Dona Eliana. Aos prantos, mãe e filho se abraçaram, e fizeram uma oração pela alma do ente querido.

O corpo do pai sequer estava rijo, e Carlos já havia pedido ao Sr. Sebastião para deixar a fazenda. O funcionário, que lá vivia já há muitos anos, se viu em uma situação difícil, não tendo para onde ir, e por isso pediu a Carlos para ficar ali por mais uma semana, enquanto procurava um novo emprego e um novo lar.

Os dias foram passando, e o Sr. Sebastião não deixava a fazenda. Quando encerrou o prazo dado ao funcionário, Carlos decidiu forçar a desocupação, desligando a energia elétrica da pequena casa ocupada por Sebastião. Os ânimos, então, se alteraram e eles começaram a discutir calorosamente. De forma inesperada, Carlos sacou um revólver e disparou contra Sebastião, que foi atingido no abdome.

A ação foi acompanhada pelo Sr. Pedro, que havia se escondido atrás de uma parede para ouvir a discussão. Ele entrou em pânico ao ver o colega baleado, e decidiu acionar a Polícia Militar e o Resgate. Carlos Aparecido Dias foi preso em flagrante, e o Sr. Sebastião foi levado ao hospital municipal, onde chegou desacordado.

O médico de plantão realizou procedimentos de emergência e indicou a transferência do Sr. Sebastião para a Santa Casa de Campo Grande, em razão da falta de vagas na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) de Dourados. Sem recursos para custear a transferência, os filhos do Sr. Sebastião recorreram à operadora do plano de saúde contratado pela fazenda, de acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho firmada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Dourados e Região, mas souberam que a transferência seria negada por falta de pagamento das prestações.

Dona Eliana, que havia se tornado viúva há poucos dias, estava em absoluto desespero. Já depressiva em razão do falecimento de seu marido, quase teve um infarto agudo do miocárdio ao saber da prisão de seu filho Carlos. Orientada por um sobrinho, estudante de Direito, requereu a abertura do inventário do Sr. José Leonardo, ficando ela na posição de inventariante.

Poucos dias depois, a viúva foi surpreendida com o recebimento de uma notificação extrajudicial enviada por João Miguel Oliveira, que se dizia investidor, e pleiteava uma parte do patrimônio deixado pelo Sr. José Leonardo, sob a alegação de que, anos atrás, fizera um acordo com Roberto, o outro filho do casal, que concordou em ceder uma quota da sua futura herança em troca da sociedade na multinacional.

Não bastassem esses eventos, Dona Eliana ainda teve uma última surpresa desagradável. Percebendo que seria demitido por Carlos, pouco antes do óbito do Sr. José Leonardo, o Sr. Sebastião juntamente com outros trabalhadores rurais local resolveu criar um novo sindicato de Trabalhadores Rurais, apesar de já existir na cidade um sindicato

representativo da mesma categoria, com o intuito de com isto eleger-se diretor da entidade e adquirir estabilidade no emprego. Feito isto, e, com sua demissão Sebastião ingressou na Justiça do Trabalho contra o espólio de José Leonardo, pleiteando sua reintegração ao trabalho ou indenização do período de estabilidade.

Angustiada, Dona Eliana Dias decide procurar um escritório de advocacia, junto de seu sobrinho, para formular os seguintes questionamentos:

Direito Penal:

- 1) Qual o crime praticado por Carlos?
- 2) Carlos pode ser submetido à pena de morte? Por quê?
- 3) A quais espécies de pena Carlos pode ser submetido? Explique.
- 4) Caso venha a ser condenado, em qual regime Carlos iniciará o cumprimento da pena?
- 5) Eventualmente condenado, Carlos poderá progredir de regime? Em caso positivo, quais são os requisitos para essa progressão?
- 6) Se Carlos for primário e de bons antecedentes, quanto tempo terá que cumprir de pena para progredir de regime? E se o crime for considerado hediondo?
- 7) De acordo com o tipo penal praticado, cabe substituição de pena? Porque?

Processo Penal:

- 1) A prisão em flagrante autoriza a instauração do inquérito policial?
- 2) Poderia o Ministério Público iniciar e conduzir as investigações criminais?

Processo Civil - Tutelas de Urgência.

- 1 - É cabível o requerimento de tutela jurisdicional provisória no caso em estudo? Justifique.
- 2 - Em caso positivo, qual modalidade de tutela provisória se aplica ao caso? Justifique.
- 3 - Qual o procedimento a ser observado por Sebastião ao requerer a tutela provisória?
- 4 - Quem serão os titulares do polo ativo e do polo passivo da lide?
- 5 - Qual será o valor da causa? Deverão ser recolhidas em que momento?
- 6 - Utilizando-se do poder geral de cautela, quais as medidas poderão ser definidas pelo Juiz para o cumprimento da decisão que conceder a tutela provisória ?

Direito Civil - Contratos:

- 1 - Segundo a atual legislação civil brasileira, o contrato celebrado entre o Sr. Roberto e o Sr. João Miguel é correto?
- 2 - Caso não seja correto, qual a consequência jurídica desta celebração?

3 - Na Escada Ponteana, em qual das etapas da formação do contrato incidiria a irregularidade?

4 - Mesmo que haja boa-fé, é possível a celebração do contrato nos termos em que o texto expõe?

Direito Coletivo do Trabalho

1 - Qual o modelo sindical brasileiro? Poderia o Sr. Sebastião juntamente com outros trabalhadores rurais local criar um novo sindicato para representá-los?

Na condição de advogados da Dona Eliana Dias, formulem um parecer jurídico que responda aos questionamentos apresentados de maneira fundamentada.

GABARITO – PI – PARECER JURÍDICO – 6º MÓDULO

DIREITO PENAL:

1) Carlos responderá por tentativa de homicídio. Nesse caso, não houve agressão por parte de Sebastião que justificasse eventual excludente de ilicitude.

Quem atira no abdôme tem intenção de matar.'

Ainda, vale registrar que o problema não deixa claro nenhuma possibilidade de erro na execução.

Art. 14, inciso II, c.c. artigo 121 do Código Penal.

2) Não. A pena de morte é vedada pela Constituição Federal conforme artigo 5º, inciso XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. A proibição da pena de morte, por estar inserida no rol dos direitos e garantias individuais (CF/88, art. 5º), sendo, dessa forma, considerada cláusula pétrea (CF/88, art. 60, §4º, IV), não poderá sofrer qualquer tentativa de emenda ou alteração. Essa vedação consiste em verdadeiro escudo contra a exacerbação do direito de punir, devendo, portanto, ser imune a mudanças.

3) Carlos pode ser submetido à pena restritiva de liberdade, artigo 32, inciso I, do CP.

Se condenado, como na tentativa há a redução de pena, conforme previsão do parágrafo único: do artigo 14: "Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços".

No caso, em análise do crime praticado, não há incidência de nenhuma qualificadora, pelo que o homicídio, se consumado, seria enquadrado no caput.

Artigo 121 CP:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Logo, com a redução de pena, Carlos poderá iniciar cumprimento da pena no regime semiaberto. Porém, nada obsta que o Juiz, desde que fundamentadamente sua decisão, decida que ele iniciará o cumprimento em regime fechado.

4) Se condenado, como na tentativa há a redução de pena, conforme previsão do parágrafo único: do artigo 14: "Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços".

No caso, em análise do crime praticado, não há incidência de nenhuma qualificadora, pelo que o homicídio, se consumado, seria enquadrado no caput.

Artigo 121 CP:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Logo, com a redução de pena, Carlos poderá iniciar cumprimento da pena no regime semiaberto. Porém, nada obsta que o Juiz, desde que fundamente idoneamente sua decisão, decida que ele iniciará o cumprimento em regime fechado.

5) Sim. Poderá haver a progressão de regime. Como não se trata de crime de hediondo, terá que cumprir dois requisitos: um objetivo que é o cumprimento de 1/6 da pena e um subjetivo que é ter bom comportamento carcerário.

6) Se for primário e de bons antecedentes, cumprirá 1/6 da pena. Se o crime fosse hediondo, se primário, teria que cumprir 2/5; se reincidente, teria que cumprir 3/5 da pena. Lei 8.072/90, artigo 2º, § 2º: A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007).

7) Nos termos do artigo 44, inciso I, não cabe substituição da pena, uma vez que houve violência (disparo de arma de fogo)

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1 - Sim. A prisão em flagrante é uma das formas de instauração de inquérito policial. Quando uma pessoa é presa em flagrante, deve ser encaminhada a Delegacia de Polícia. Nesta é lavrado o auto de prisão, que é um documento no qual ficam constando as circunstâncias do delito e da prisão. Lavrado o auto, o inquérito será instaurado. 2 - Em se tratando da condução das investigações criminais pelo Ministério Público é importante destacar que existem correntes doutrinárias diversas acerca de tal assunto.

2 - A corrente minoritária argumenta que o disposto no art. 144, §1º, IV e §4º, da Constituição Federal teria deferido às polícias federal e civil a exclusividade da titularidade da tarefa investigatória, e, portanto, ao Ministério Público não é conferida tal legitimidade.

Todavia, a corrente majoritária defende que a prerrogativa do Ministério Público decorre da regra do art. 129, VI, da Constituição Federal, quando lhe confere a possibilidade de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”. Ademais, sustenta que o art. 144, §1º, IV e §4º, da Constituição Federal não estabelece exclusividade à Polícia Federal e a Polícia Civil dos Estados para investigar a prática de infrações penais, já que distinguem claramente as funções de apuração de crimes e de polícia judiciária.

Assim, diante do teor da Súmula 234 do STJ, que estabelece que “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”, não há que se falar em rejeição da denúncia pela ilegalidade do procedimento.

Por fim, para sustentar sua atuação na fase investigatória, o Ministério Público poderia alegar a teoria dos poderes implícitos, a qual destaca que os encargos estabelecidos constitucionalmente a um determinado órgão permitem a este, implicitamente, utilizar os meios necessários para alcançá-los, desde que não se tratem, evidentemente, de meios proibidos pela própria Constituição. Adaptando-se essa teoria à investigação criminal, depreende-se que, ao estabelecer como função institucional do Ministério Público o ajuizamento da ação penal pública, a Constituição Federal, implicitamente, está facultando ao promotor de justiça a investigação do fato delituoso para angariar os elementos necessários ao oferecimento da denúncia.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1 - Sim, notadamente na pretensão de Sebastião que necessita de uma providência jurisdicional que reclama urgência. Essa decisão, embora provisória, de cognição sumária e que poderá ser revista a qualquer tempo antecipará o direito material que Sebastião necessita.

2 - Trata-se de tutela provisória de urgência de natureza antecipada, uma vez que presentes na situação em análise dos requisitos “probabilidade do direito” e “perigo de dano”.

3 - Sebastião deverá observar as disposições gerais sobre tutela provisória e as relativas à tutela provisória de urgência antecipada de natureza antecedente.

4 - Polo passivo: Hospital (diante da não observância ao disposto no artigo 13, II da Lei 9656/98).

5 - Segundo o artigo 303, parágrafo quarto do Código de Processo Civil, o valor da causa deverá corresponder à pretensão de Sebastião, levando-se em consideração o valor do pedido da tutela final.

6 - Segundo o artigo 297 do Código de Processo Civil, o juiz poderá determinar todas as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória, dentre elas: aplicação de multa; decreto de prisão por crime de desobediência.

DIREITO CIVIL

Não. Os contratos celebrados por Paulo Roberto e Alberto são expressamente vedados pelo art. 426 do Código Civil, que preleciona: "*Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva*". Por ferir norma de ordem pública, os contratos celebrados são inválidos, precisamente pelo vício da nulidade, ocorrente na segunda etapa da escada Ponteano, uma vez que desobedece ao requisito do art. 104, III, CC: "forma não defesa em lei".

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

O modelo sindical brasileiro é o corporativo, que tem dentre outras característica a unicidade sindical, que estabelece que não poderá ser criado mais de um sindicato representante da mesma categoria na mesma base territorial, que não poderá ser inferior a área de um município (artigo 8º, II da CF). Assim, a criação de outro sindicato na mesma base territorial quando já exista outro representando a mesma categoria afronta o artigo 8º, II da Constituição Federal.

3.3 MELHORES PARECERES – 1º BIMESTRE

PARECER JURÍDICO

Temas:

Direito penal – Tentativa de Homicídio

Direito Processual Penal – Prisão em Flagrante e Ministério Público

Direito Processual Civil – Tutelas de Urgência

Direito Civil – Contratos

Direito Coletivo do Trabalho – Sindicato e Sistemas

Consultante: Sra. Eliana Dias

EMENTA: DIREITO PENAL.
TENTATIVA DE HOMICÍDIO.
ESPÉCIES DE PENA. PROGRESSÃO
DE REGIME. SUBSTITUIÇÃO DE
PENA. PROCESSO PENAL. PRISÃO EM
FLAGRANTE. MINISTÉRIO PÚBLICO.
DIREITO PROCESSUAL CIVIL.
EXISTÊNCIA DE “FUMUS BONI
IURIS” E “PERICULUM IN MORA”.
DEFERIMENTO DE TUTELA DE
URGÊNCIA ANTECEDENTE.
DIREITO CIVIL. CONTRATO CIVIL.
IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAR
TENDO COMO OBJETO HERANÇA
DE PESSOA VIVA. INDEFERIMENTO.
DIREITO DO TRABALHO.
ESTABILIDADE DE DIRIGENTE SINDICAL.
INEXISTÊNCIA. SINDICATO IRREGULAR.

Trata-se de consulta formulada por Eliana Dias a respeito de questões criminais, cíveis, trabalhistas e processuais.

Segundo consta, Sra. Eliana é viúva do Sr. José Leonardo, falecido recentemente acometido por um câncer de próstata.

Reside em Dourados, no Mato Grosso do Sul, onde, juntamente com o esposo, construiu o seguinte patrimônio: uma fazenda com criação de gado de corte, uma casa grande e uma pequena casa de três cômodos, esta utilizada pelo caseiro, Sr. Sebastião de Almeida. O casal teve dois filhos, Carlos Aparecido e Carlos Roberto, ambos maiores de idade, residentes em Campo Grande.

Ocorre que, após o falecimento de Sr. José Leonardo, seu filho Carlos Aparecido, que havia retornado para fazenda para auxiliá-lo, desentendeu-se com o caseiro, Sr. Sebastião, e, após uma acalorada discussão, de modo inesperado, sacou um revólver e atirou em Sr. Sebastião no abdômen, sendo que o Sr. Pedro foi testemunha e acionou o resgate e a Polícia Militar, tendo Carlos sido preso em flagrante.

Após o ocorrido, o Sr. Sebastião recebeu cuidados de emergência e necessitou de transferência para Campo Grande, porém os filhos dele recorreram à operadora de plano de saúde contratado pela fazenda, conforme Convenção Coletiva de Trabalho firmada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Dourados e Região, e foram informados que a transferência seria negada por falta de pagamento das prestações.

Ademais, Sra. Eliane requereu como inventariante, a abertura do inventário do Sr. José Leonardo, mas recebeu uma notificação extrajudicial do investidor, João Miguel Oliveira, pleiteando uma parte do patrimônio deixado por Sr. José Leonardo, alegando que, anos atrás, fez acordo com Roberto, tendo sido entabulado que este cederia uma quota da sua futura herança em troca da sociedade na multinacional.

Por fim, houve informação de que o Sr. Sebastião, juntamente com outros trabalhadores rurais local, resolveu criar um Sindicato dos Trabalhadores Rurais, embora já existia um que representava a mesma categoria na cidade, almejando eleger-se diretor da entidade, adquirir estabilidade no emprego, ou, caso fosse demitido, conseguir sua reintegração ao trabalho ou indenização do período de estabilidade.

É o relatório.

Passamos a opinar.

1) Em se tratando de Direito Penal, o crime praticado por Carlos, em tese, enquadra-se como tentativa de homicídio qualificado, por motivo fútil, incurso nos artigos 121, § 2º,

combinado com o artigo 14, II, ambos do Código Penal. Primeiramente, tentativa de homicídio porque o crime iniciou-se a execução, porém, não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente. Pois bem, o Sr. Sebastião poderia ter falecido em razão do tiro desferido por Carlos, mas o evento morte apenas não aconteceu porque o Sr. Pedro presenciou o delito e imediatamente acionou o resgate, que levou o Sr. Sebastião até o hospital e lá foi realizado procedimentos emergenciais para evitar a sua morte. Se isso não tivesse acontecido, seria muito provável o crime ter se consumado, e só não aconteceu, por estas circunstâncias alheias a vontade de Carlos. Posteriormente, vale ressaltar, que o crime em tese se qualifica, por motivo fútil, sendo que o motivo do delito foi insignificante, uma vez que o comportamento do agente foi desproporcional. Ora, o Sr. Carlos atirou no Sr. Sebastião em razão de uma discussão que tiveram em face de questões de moradia/emprego (caseiro), e, portanto, tem-se a desproporção entre o crime e a razão que o motivou.

O Sr. Carlos não pode ser submetido à pena de morte, haja vista a Constituição Federal vedar expressamente tal sanção, visto que a mesma poderá acontecer exclusivamente em casos de guerra declarada, como prevê o artigo 5º, XLVII, da Constituição Federal: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX”.

Carlos poderá ser submetido à pena privativa de liberdade, em reclusão, de doze a trinta anos, podendo iniciar em regime fechado ou semiaberto. À luz do artigo 33, § 2º, alíneas “a”, “b”, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, sendo que o condenado a pena superior a 08 (oito) anos deverá cumpri-la em regime fechado, e, o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto. Vale ressaltar, que o mesmo artigo, em seu parágrafo terceiro, prevê que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com a observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, são eles: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I- As penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II- A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III- O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

- IV- A substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Em se falando do regime inicial que Carlos iniciará o cumprimento da pena, importante considerar, que tal questão se trata de aspectos muito subjetivos, supramencionados, onde deverá ser analisado sua culpabilidade, seus antecedentes, sua conduta social, sua personalidade, os motivos do crime, as circunstâncias e consequências do delito, e o comportamento da vítima. Não basta apenas observar os critérios do artigo 33, § 2º do Código Penal, que se trata unicamente à quantidade de pena. Com os devidos esclarecimentos, opino que Carlos poderá cumprir sua pena inicialmente no regime fechado. Vejamos, trata-se de homicídio qualificado por motivo fútil, que tem como pena-base doze a trinta anos. Na primeira fase da dosimetria da pena, o Juiz deve analisar os critérios do artigo 59 do Código Penal, no entanto, considero que nessa fase ausente critérios negativos, portanto, a pena deve ser fixada no mínimo legal, doze anos. Na segunda fase, o magistrado deve levar em consideração a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes, o que neste caso, entendo que ausente tanto as circunstâncias atenuantes, quanto agravantes, porém a pena continua no mínimo legal, doze anos. Na terceira fase, as causas de aumento e diminuição de pena, o que há de se considerar a diminuição de pena, tendo em vista o artigo 14, II, parágrafo único. Opino que deve ser diminuído 1/3 da pena, uma vez que se trata de tentativa vermelha ou cruenta, ou seja, a vítima sofreu as lesões, mas não se consumou, porém, o crime ficou próximo da consumação, considerando o *iter criminis*. Portanto, diminuído 1/3 de 12 anos, o resultado é de 8 anos, devendo Carlos iniciar em regime fechado.

Caso Carlos seja condenado, poderá progredir de regime. Antigamente, com a Lei de Crimes Hediondos, todos os crimes considerados ou equiparados à hediondo, deveriam iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade, haja vista que toda pena deve ter sua devida individualização.

Em suma, para progredir de regime, Carlos deverá sendo crime comum, cumprir 1/6 da totalidade da pena, 2/5 (se o apenado for primário) ou 3/5 (se o condenado for reincidente), para os crimes hediondos ou equiparados. Estes são os requisitos objetivos. Em se tratando dos requisitos subjetivos, Carlos deverá ter bom comportamento carcerário, atestado por certidão emitida pelo Diretor da Unidade Prisional onde o sentenciado encontrar-se recolhido. Então, se Carlos for primário e de bons antecedentes terá que cumprir aproximadamente 1 ano e três meses para progredir de regime, e se o crime for considerado hediondo, que no caso em tela é

nossa opinião, Carlos deverá cumprir aproximadamente 3 anos e 2 meses caso não seja reincidente, e 4 anos e oito meses sendo reincidente.

De acordo com o tipo penal praticado, não é cabível a substituição de pena. Vejamos, o artigo 44 do Código Penal, traz o seguinte:

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

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

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

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

§ 1º Vetado.

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

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

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Portanto, impossível a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no caso em tela. O crime tem pena privativa de liberdade superior a quatro anos, foi cometido com violência, e doloso.

2) Em se falando de Direito Processual Penal, a prisão em flagrante delicto autoriza a instauração de inquérito policial. Existem diversas formas de instauração do inquérito policial, tais como instauração de ofício, requisição do Ministério Público, requisição judicial, requerimento do ofendido, e por fim, no caso em tela, através do auto de prisão em flagrante.

Neste caso, a pessoa apreendida em flagrante é levada até a Autoridade Policial, e esta deve lavrar o auto de prisão, documento este que consta as circunstâncias da prisão e do delito. Após a lavratura, o inquérito será instaurado. Tal ato é chamado de cognição coercitiva e deve ser instaurado de ofício.

Vale ressaltar, que o inquérito é um procedimento administrativo investigatório constituído por diversas diligências previstas em lei, que tem como finalidade a obtenção de indícios de autoria e materialidade, servindo de base para que o titular da ação penal possa propor. É inquisitivo, sigiloso, escrito, prestado por autoridade policial e não obrigatório conforme o caso concreto.

Em se falando de prazos, no caso em apreço, o prazo para conclusão do inquérito policial quando o indiciado estiver solto é de 30 dias, podendo ser prorrogado quando o fato for de difícil elucidação. Quando o indiciado estiver preso, será obedecido o prazo de 10 dias.

Como toda regra tem sua exceção, o inquérito policial na Lei de Drogas deve ser concluído em 30 dias, se o indiciado estiver preso, e 90 se estiver solto. Os prazos podem ser prorrogados.

Na Justiça Federal, o prazo é de 15 dias, prorrogáveis por igual período, e 5 dias quando o indiciado estiver preso.

Por fim, o inquérito policial deve ser concluído com a elaboração de um relatório final, este descrito com as diligências realizadas, remessa dos autos e objetos apreendidos ao juiz, e remessa do inquérito ao Ministério Público.

Quem preside o inquérito policial, é o delegado de polícia. No entanto, o Ministério Público pode participar deste procedimento administrativo. No que se refere a iniciação das investigações criminais, o Ministério Público pode tomar conhecimento da notícia criminis através de um inquérito civil, por exemplo, e requisitar que o Delegado de Polícia inicie as investigações criminais através do inquérito policial. No que toca à condução das investigações criminais, tema o qual é muito debatido pela doutrina, prevalece atualmente que o Ministério Público pode participar de forma direta. Forte a teoria dos poderes implícitos, pela qual os encargos estabelecidos constitucionalmente a um determinado órgão permitem a este, implicitamente, utilizar os meios necessários para alcançá-los, desde que não se tratem, evidentemente, de meios proibidos pela própria Carta Magna. Adaptando-se essa teoria à investigação criminal, depreende-se que, ao estabelecer como função institucional do Ministério Público o ajuizamento da ação penal pública, a Constituição Federal, implicitamente, está facultando ao promotor de justiça a investigação do fato delituoso para angariar os elementos necessários ao oferecimento da denúncia. Tal prerrogativa decorre do artigo 129, VI, da Constituição Federal, quando confere ao Promotor de Justiça a possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

Com efeito, fortalecendo tal argumentação, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário 593.727.

3) Sob a égide do Direito Processual Civil, no caso em questão, é cabível o requerimento da tutela provisória. Para tal instrumento processual civil, faz-se necessário a existência de dois requisitos: a probabilidade do direito, e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Ao analisar o primeiro requisito, temos que a Constituição Federal trouxe a todos o direito à saúde e o direito à vida.

Veremos:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Evidente, portanto, a probabilidade do direito ao Sr. Sebastião, que tem o direito a saúde e a vida.

No que tange ao risco de dano ou perigo, é evidente que se o Sr. Sebastião não conseguir a transferência para a Santa Casa de Campo Grande, o mesmo pode falecer em razão dos ferimentos na região do abdome. Portanto, presente os dois requisitos da tutela provisória.

Como já explicado, a tutela provisória deve ser a de urgência, antecipada e antecedente, portanto, está presente no artigo 300 à 304, do Código de Processo Civil.

Do artigo 300 até o 302, estão as disposições gerais que tratam da tutela de urgência. E do artigo 303 até o 304 trata-se do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

Sob a ótica da legitimidade para o polo ativo e passivo, no polo ativo, entendemos que será o Sr. Sebastião. Já no polo passivo, a Santa Casa de Campo Grande, portadora da vaga para os procedimentos de emergência, e a empresa que firmou contrato onde trabalhava.

Sob os questionamentos acerca do valor da causa e o momento de seu recolhimento, como o texto não nos trouxe nenhum valor de nenhuma informação, concluímos que o valor da causa poderia ser equivalente ao tanto de diárias do hospital, e os procedimentos necessários ao tratamento do paciente. Em relação ao momento do recolhimento, deverá ser no início do processo, por se tratar de tutela provisória de urgência em caráter antecedente.

Para o cumprimento da decisão que eventualmente for concedida pelo Juiz, poderá adotar qualquer medida para o cumprimento da tutela provisória.

Vejamos:

“Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.”

Neste caso, o Juiz poderia impor multa diária para a Santa Casa, caso descumprisse a tutela deferida.

4) Em relação aos questionamentos de Direito Civil, segundo a atual legislação civil brasileira, o contrato realizado entre o Sr. Roberto e o Sr. João Miguel não é correto. Vejamos o artigo 426, do Código Civil:

Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

De tal regra, surge o princípio “pacta corvina”, que tem como objetivo proibir herança de pessoa viva como objeto num contrato.

Como tal contrato não é correto, a consequência jurídica desta celebração é a nulidade absoluta, nos termos do artigo 166, II, do Código Civil, uma vez que o objeto desta celebração é ilícito, e, portanto, todo objeto ilícito é passível de nulidade.

Sob a ótica da Escada Ponteano, a etapa de formação do contrato incide a irregularidade no segundo degrau, que se trata do plano de validade, sobre a licitude e possibilidade de determinabilidade do objeto. Mesmo havendo boa-fé, é impossível a celebração do contrato nos termos em que o texto expõe, porque ao lado deste princípio, temos o princípio da função social dos contratos, seguido da eticidade. Ao nosso ver, não é ético colocar como objeto de um contrato uma herança de uma pessoa viva, como a doutrina denomina “*votum alicujus mortis*”.

O contrato que transfere a herança de pessoa viva só produz efeitos após a morte daquele que tem o bem ou bens transferidos. Assim, desperta-se o desejo de morte ou de antecipação de morte, daquele de quem a herança se trata, portanto, não é possível a celebração do presente contrato.

5) Sobre os aspectos do Direito Coletivo do Trabalho, o modelo sindical brasileiro atualmente é o Sistema Corporativo. Neste modelo, há controle estatal sobre os sindicatos, através da restrição da liberdade e autonomia sindical, pela imposição da unicidade sindical, da

fragmentação dos trabalhadores por categoria, da outorga pelo Estado da representatividade da categoria para os sindicatos, que exercem poderes delegados por aquele, de forma a controlar as relações entre capital e trabalho.

No caso em tela, o Sr. Sebastião juntamente com os outros trabalhadores rurais, não poderão criar um novo sindicato para representa-los, tendo em vista que em Dourados, cidade a qual moram, existe o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Dourado e Região. Tal vedação se dá por força da unicidade sindical, princípio adotado pelo sistema corporativo, que veda a criação de qualquer sindicato na região onde já houver um sindicato representativo. A unicidade sindical encontra respaldo no artigo 8, II, da Constituição Federal.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista-SP, 15 de setembro de 2018.

Gustavo Gesualdo Cortes Villares

R.A. n.º 16002078

PARECER JURÍDICO

Assunto: Tentativa de homicídio, apuração da infração através da instauração de inquérito policial mediante auto de prisão em flagrante, requerimento de tutela provisória de urgência antecipada de caráter antecedente, invalidade contratual, sistema sindical corporativista baseado no princípio da unicidade sindical.

Consultante: Eliana Dias

EMENTA: DIREITO CIVIL. INVALIDADE E INEFICÁCIA DO CONTRATO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. PROBABILIDADE DO DIREITO. RISCO DE DANO OU DE PREJUÍZO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO TENTADO. NÃO HEDIONDO. DIREITO PROCESSUAL PENAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO. DIREITO DO TRABALHO. UNICIDADE SINDICAL.

Trata-se de consulta formulada por Eliana Dias sobre os fatos ocorridos após a morte de seu marido, o Sr. José Leonardo Dias.

A consultante informa que seu filho, preso em flagrante delito, disparou com um revólver contra a pessoa de Sebastião de Almeida, ex-funcionário da família, após uma discussão calorosa em virtude da não desocupação da casa em que o mesmo residia, atingindo-o no abdome.

Com a chegada da equipe de resgate, o Sr. Sebastião de Almeida fora levado ao hospital municipal e, em razão da falta de vagas na UTI de Dourados, os filhos do mesmo recorreram à operadora do plano de saúde contratado pela fazenda, mediante Convenção Coletiva de Trabalho, para que efetivasse sua transferência à Santa Casa de Campo Grande, a qual foi negada por falta de pagamento das prestações.

Eliana Dias, ao requerer a abertura do inventário do Sr. José Leonardo, poucos dias após a prisão em flagrante de seu filho, foi surpreendida com o recebimento de uma notificação extrajudicial enviada por João Miguel Oliveira, que pleiteava uma parte do patrimônio deixado por seu marido, sob a alegação de que, anos atrás, fizera um acordo com Roberto Carlos Dias, que concordou em ceder uma quota da sua futura herança em troca da sociedade de uma grande empresa multinacional fabricante de defensivos agrícolas.

Não bastassem esses eventos, Eliana Dias fora surpreendida com a atitude de Sebastião de Almeida, o qual, pouco antes do óbito do Sr. José Leonardo, ao perceber que seria demitido, juntamente com outros trabalhadores rurais, apesar de já existir na cidade um sindicato de categoria econômica rural, com o intuito de com isto eleger-se diretor da entidade e adquirir estabilidade de emprego, resolveu criar um novo sindicato.

É o relatório.

Passamos a opinar.

Cabe elucidar que por intermédio da prisão em flagrante delito de Carlos Aparecido Dias, instaurou-se Inquérito Policial, conforme o procedimento de *notitia criminis* de cognição coercitiva, de conhecimento forçado.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la; (grifo nosso)

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Consoante entendimento jurisprudencial majoritário, ao Ministério Público compete a função institucional de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”, como dispõe o inciso IV, do artigo 129, da Constituição Federal.

No referido caso, a investigação criminal poderá ser iniciada e conduzida pelo Ministério Público, almejando apurar o crime de homicídio tentado.

Tal crime possui sua conduta prevista no artigo 121, caput, c.c o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, os quais legislam:

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Art. 14. Diz-se o crime:

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

As espécies de penas legalmente aplicáveis estão previstas no artigo 32, do Código Penal, sendo elas: privativas de liberdade, restritivas de direito ou de multa. No presente caso, aplicar-se-á a pena privativa de liberdade, em razão de o crime ter sido cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, e a pena de multa, prevista no artigo 49 do mesmo diploma legal, a qual consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Destaca-se ainda que, mediante a prática de crime tentado, o artigo 14, inciso II, parágrafo único, do Código de Penal determina: “Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.”

Carlos não poderá ser submetido à pena de morte, uma vez que o atual ordenamento jurídico brasileiro proíbe tal reprimenda, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, inciso XIX, da Constituição Federal.

As penas de reclusão podem ser cumpridas em regime fechado, semiaberto ou aberto de acordo com o artigo 33, do Código Penal.

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Nos termos do artigo 59, inciso III, do Código Penal, o juiz da causa estabelecerá o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade de Carlos.

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
(grifo nosso)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Caso eventualmente condenado, Carlos poderá progredir de regime desde que observe os dois requisitos estabelecidos no artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP), sendo estes:

a) requisito objetivo: o condenado deve cumprir, no mínimo, 1/6 da pena imposta.

b) requisito subjetivo: o condenado deve ostentar bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento.

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um

sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Nos termos do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

A Súmula nº 698 do Supremo Tribunal Federal, ao vedar a progressão de regime aos crimes hediondos, fere os princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. Tal entendimento ocasionou a criação da Lei nº 8.072/90, que estabelece como parâmetros de progressão de regime aos crimes hediondos, o cumprimento inicial da pena em regime fechado e que a progressão seja condicionada ao cumprimento de 2/5 da reprimenda em caso de sentenciado primário e de 3/5 se reincidente.

Carlos não será beneficiário da substituição de pena, vez que uma das condições dessa prática é que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, requisito indispensável à tentativa de homicídio.

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

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

Saindo da esfera penal para a esfera cível.

A consulente não deve se preocupar em cumprir o contrato firmado entre Roberto Carlos Dias e o Sr. João Miguel Oliveira, vez que o referido contraria o princípio da autonomia da vontade, o qual possui limitações, sendo uma delas o dirigismo contratual que objetiva coibir cláusulas abusivas, protegendo qualquer parte mais vulnerável da relação.

O contrato celebrado entre Roberto Carlos e João Miguel não é correto. Tal prática contratual denomina-se *pacta corvina*. A consequência jurídica dessa celebração é a invalidade do contrato, estabelecida no artigo 104, do Código Civil.

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei. (grifo nosso)

Na visão de Pontes de Miranda, o negócio jurídico é dividido em três degraus, que formam a chamada Escada Ponteana. No presente caso, a irregularidade contratual incide na etapa da verificação da validade do contrato, ou seja, no segundo degrau, uma vez que apresenta forma defesa no artigo 426 do Código Civil, o qual dispõe “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.”

Mesmo que haja boa-fé, é impossível a celebração do contrato nos termos que a consulente expõe, sendo certo que o referido somente seria eficaz se verificado de pronto a presença dos requisitos substantivos e adjetivos, os quais são agente capaz, vontade livre, forma prescrita em lei ou não defesa em lei e objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

No que diz respeito ao estado de saúde do Sr. Sebastião, é cabível o requerimento da tutela jurisdicional provisória, a qual é uma tutela diferenciada, em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, fundamentada, com eficácia provisória passível de revogação. Pode ser requerida no início ou durante o curso do processo, objetivando antecipar o seu resultado final.

Tal tutela será requerida na ação que possuirá como titular do polo ativo o Sr. Sebastião e como titular do polo passivo o plano de saúde, bem como a fazenda para a qual Sebastião prestava serviços.

Aplica-se ao caso em análise a tutela provisória de urgência, por restar evidenciado a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, uma vez que o médico de plantão indicou a transferência do Sr. Sebastião para a Santa Casa de Campo Grande, em razão da falta de vagas na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) de Dourados, a qual foi negada pelo plano de saúde contratado pela fazenda, por falta de pagamento das prestações.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A tutela provisória de urgência deverá ser requerida em caráter antecedente nos termos do artigo 303 do Código de Processo Civil.

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Visto que será aplicável ao caso apresentado a tutela de urgência antecipada de caráter antecedente, nos termos do artigo 303, parágrafo 4º, na petição inicial o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

Referido valor deverá ser correspondente aos gastos obtidos com a transferência do Sr. Sebastião para a Santa Casa de Campo Grande, dado que o plano de saúde contratado pela fazenda, de acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho firmada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Dourados e Região, negou-a.

Para o devido cumprimento da decisão que conceder a tutela provisória, utilizando-se do denominado Poder Geral de Cautela, o juiz, nos termos do artigo 297, do Código de Processo Civil, poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da referida tutela.

Por fim, abordamos a questão trabalhista.

Antecipadamente, cabe esclarecer que o sistema sindical que vigora atualmente no Brasil é o Corporativista, no qual o controle estatal sobre os sindicatos revela-se pela restrição da liberdade e autonomia sindical, através da imposição da unicidade sindical, da fragmentação dos trabalhadores por categorias, da outorga pelo Estado da representatividade da categoria para os sindicatos, que exercem poderes delegados por aquele, de forma a controlar as relações entre capital e trabalho, e suprimir a luta de classe, proibindo a greve e o lockout.

Nos termos do artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

No caso em análise, não seria possível a criação de um novo sindicato representativo dos trabalhadores rurais, visto que já existe na cidade de Dourados um sindicato da mesma categoria. Desta forma, Sebastião não pode, legalmente, instituir um novo sindicato, sendo vedada, também, a criação de novos sindicatos em virtude de adquirir estabilidade de emprego.

Em face do exposto, a partir das informações prestadas pela consulente, opina-se pelo enquadramento do crime cometido por Carlos Aparecido Dias na conduta prevista no artigo 121, caput, c.c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal. O cumprimento da pena privativa de liberdade, a qual será determinada pelo juiz que julgar o caso, iniciar-se-á em unidade prisional de regime fechado. Ao Ministério Público compete a função institucional de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”, bem como iniciar e conduzir a investigação criminal. Por restar demonstrado a probabilidade do direito e o risco de dano ou prejuízo ao resultado útil do processo, o Sr. Sebastião deverá requerer, na ação em que é titular do polo ativo, tutela provisória de urgência antecipada de caráter antecedente. O contrato firmado entre Roberto Carlos e o Sr. João Miguel não é correto, visto que a irregularidade incide no segundo degrau da Escada Pontearia, ou seja, na verificação de sua validade, uma vez que apresenta forma defesa no artigo 426 do Código Civil. Nos termos do artigo 8º da Constituição Federal, é vedada, pelo princípio da unicidade, a criação de um sindicato representativo de mesma categoria em base territorial inferior a área de um município, nestes termos, será ilegal a criação de um novo sindicato representativo dos trabalhadores rurais, visto que já existe na cidade de Dourados um sindicato da mesma categoria.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 15 de setembro de 2018.

Eduarda Braido Dutra

RA nº 16000179



Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos

Curso de Direito

Parecer Jurídico

Projeto Integrado

6º Módulo A

Professor: William Cardozo

Alunos: Lucas Assalin

Roberta Buozi Moffa

São João da Boa Vista/SP

Setembro/2018

PARECER JURÍDICO

Consulente: Eliana Dias

EMENTA: DIREITO PENAL. CUMPRIMENTO DA PENA. PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. PROCESSO CIVIL. TUTELAS DE URGÊNCIA. DIREITO CIVIL. CONTRATOS. DIREITO COLETIVO DO TRABALHO. SINDICATO.

Trata-se de consulta formulada pela Sra. Eliana Dias sobre a possibilidade de seu filho Carlos ser denunciado e condenado pela suposta prática do crime de tentativa homicídio; como o inquérito policial é instaurado, iniciado e conduzido; se seu funcionário tem direito de requerer tutela provisória de urgência; dúvida na validade do contrato celebrado entre seu filho Roberto e o investidor João Miguel e se seu funcionário pode criar um sindicato com o intuito de não ser demitido.

A consulente informa que é viúva de José Leonardo Dias e dessa união nasceram os filhos Carlos Aparecido e Roberto Carlos. Após a morte do marido, seu filho Carlos assumiu os negócios da família. Decidiu demitir o funcionário Sebastião por ter perdido a confiança nele. Em discussão calorosa, acertou um tiro do abdômen do funcionário e foi preso em flagrante.

Por força desse ocorrido, a vítima foi atendida no hospital municipal e o médico de plantão disse que não haviam vagas na UTI. A transferência para outra cidade seria negada pelo plano de saúde contratado pela fazenda da consulente, tendo em vista o não pagamento das prestações.

Além disso, o outro filho do casal, Roberto, fez um acordo com o investidor João Miguel Oliveira, em que cedia uma quota da sua futura herança em troca de se tornar sócio na multinacional em que trabalha.

Por fim, suspeitando que seria demitido por Carlos, Sebastião decide criar um novo sindicato de trabalhadores rurais, apesar de já existir na cidade um sindicato representativo da mesma categoria, a fim de se eleger diretor e adquirir estabilidade no emprego.

É o relatório.

Passamos a opinar.

Direito Penal

Diante do caso em questão, Carlos desferiu disparo contra Sebastião. Como se trata de uma situação onde Sebastião pudesse vir a óbito, Carlos responderá pelo crime previsto no Artigo 121 do Código Penal, entretanto, responderá na modalidade “tentada”, pois a vítima não veio a óbito. A tentativa ocorre quando, não obstante praticados os atos de execução para a ocorrência da morte, ela não advém “por circunstâncias alheias à vontade do agente.” (Artigo 14, inciso II, do Código Penal).

Artigo 121, CP - Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Artigo 14, CP - Diz-se o crime:

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Se submetido à pena de morte, não há que se falar em cumprimento da mesma para Carlos, pois a aplicação não seria possível. A pena de morte, de acordo com o estabelecido pela Constituição Federal, é proibida no Brasil, com ressalvas em tempos de guerra, conforme dispositivo legal:

Artigo 5º, CF - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

De acordo com os artigos do Código Penal (seguem abaixo), Carlos, tendo cometido tentativa de homicídio, poderá ser submetido às penas privativas de liberdade, sendo três as espécies desta: reclusão, detenção e prisão simples (mais precisamente, a reclusão, pois é o que estabelece o Art. 121, CP). A pena de prisão simples é a mais branda dentre as três espécies, destinando-se somente às contravenções penais, não podendo ser cumprida, portanto, em regime fechado; tal espécie de pena privativa de liberdade pode ser cumprida somente em regime semiaberto e aberto. Já no que tange as penas de reclusão e detenção, estas podem ser cumpridas nos seguintes regimes:

A pena de reclusão é cumprida inicialmente em regime fechado, semiaberto ou aberto. É vedado pagamento de fiança caso o crime possua pena superior a dois anos.

A pena de detenção terá seu cumprimento iniciado somente no regime aberto ou semiaberto.

Artigo 6º, CP - A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto.

Artigo 33, CP - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

Se condenado, Carlos, de acordo com o Legislação Penal em vigência (Código Penal), poderá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado ou em regime semi-aberto; a decisão depende apenas da pena estipulada pelo crime e da reincidência do réu. Levando em consideração que a pena pelo tipo penal praticado por Carlos é de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, se Carlos for condenado de 6 (seis) até 8 (oito) anos, poderá cumprir em regime semi-aberto, entretanto, se pegar uma pena superior a 8 (oito) anos, iniciará diretamente no regime fechado.

Artigo 121, CP - Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Artigo 33, CP - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

Eventualmente, se Carlos for condenado, o sistema penal brasileiro estabelece uma progressão de regimes, contudo, para que esta progressão aconteça se fazem necessários alguns requisitos, entretanto, cumpre mencionar que a progressão se dará em etapas, ou seja: não se permite pular um regime de cumprimento da pena, passando do regime fechado diretamente ao regime aberto. De acordo com o Artigo 112, da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal):

Artigo 112, LEP - A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Se por ventura, depois de condenado, sendo réu primário e tendo bons antecedentes, Carlos, ainda de acordo com o Artigo 112 da Lei 7.210/1984, deverá cumprir 1/6 da pena para que ocorra a progressão para o regime seguinte, devendo respeitar a ordem de progresso estabelecida pelo Código Penal. Já no caso do crime ser considerado hediondo, também poderá acontecer uma progressão, contudo, aqui existe um maior “rigor” por parte da lei devido à gravidade dos delitos. Existe norma específica também para este tipo de progressão. A progressão no caso do crime hediondo acontecerá quando a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente (redação dada pelo Art. 2º, § 2º, da Lei 11.464/2007, que alterou a Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990).

Artigo 2º, Lei 11.464/2007 - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Levando em consideração o tipo penal praticado por Carlos, diante do fato da conduta dolosa do agente, ou seja, ele não agiu sem culpa (sabia que ia causar o resultado e mesmo assim o fez usando de violência), não seria possível a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, tendo como base o dispositivo legal citado abaixo, pois ele agiu com dolo e usou-se de violência.

Artigo 44, CP - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

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

Processo Penal

Carlos Aparecido Dias tentou contra a vida de Sebastião e foi preso em flagrante por policiais militares. No presente caso, o inquérito policial não é dispensável uma vez que será composto por uma série de diligências com o intuito de obter elementos de prova para que o titular da ação penal possa propô-la contra o autuado. Trata-se de ação penal pública incondicionada, portanto o titular da ação penal será o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Código de Processo Penal, em seu Artigo 5º, estabelece as formas de iniciação do inquérito e, uma delas é por meio do auto de prisão em flagrante. Carlos foi preso em flagrante e conduzido à Delegacia de Polícia. Lá será lavrado o auto de prisão (documento que constam as circunstâncias do delito, bem como da prisão) e o inquérito será instaurado.

Após sua instauração, diligências serão efetuadas a fim de esclarecer o suposto crime praticado pelo indiciado. Corrente majoritária entende que o Ministério Público pode iniciar e conduzir as investigações criminais. O Artigo 129, VI, Constituição Federal, diz que o Ministério Público pode conduzir a investigação criminal e, o Artigo 144, §4º, Constituição Federal, não estabelece exclusividade à Polícia Civil para investigar a prática de infrações penais.

Artigo 129, CF - São funções institucionais do Ministério Público:

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

Artigo 144, § 4º, CF - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Portanto, utilizando-se da teoria dos poderes implícitos, a Constituição Federal, implicitamente, faculta ao Promotor de Justiça a investigação de fato delituoso a fim de obter elementos necessários para o oferecimento da denúncia.

Processo Civil

A tutela provisória é um instrumento do direito processual brasileiro que objetiva antecipar um provimento jurisdicional ou assegurar o direito de uma parte. É uma tutela diferenciada, em que a cognição do juiz é sumária, não exauriente, fundamentada, de natureza provisória, podendo a qualquer tempo ser revogada ou modificada. Ela tem como fundamento um juízo de probabilidade. Neste sentido, diante da negativa do plano de saúde em transferir o Sr. Sebastião, é cabível o requerimento de tutela jurisdicional provisória.

De acordo com o Artigo 300, *caput*, do Código de Processo Civil, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Essa tutela permite a parte pleitear a antecipação do pedido de mérito, fundamentando-se na urgência. O Sr. Sebastião possui a probabilidade do direito (fumaça do bom direito) uma vez que a saúde é direito social:

Artigo 6º, CF - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Existe também perigo de dano, ou seja, o paciente pode falecer caso não seja transferido para a Unidade de Terapia Intensiva de Dourado. Assim sendo, a modalidade de tutela provisória é a de urgência.

Essa tutela será requerida em caráter antecedente, uma vez que o pedido será feito na petição inicial, junto com o pedido principal. A tutela de urgência será antecipada, pois busca tutelar o pedido final quando não houver previsão de liminar no procedimento adotado. O procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente está descrito no Artigo 303, *caput*, do Código de Processo Civil:

Artigo 303, CPC - Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Um dos pressupostos processuais referente às partes é a capacidade de ser parte, podendo ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica. Quem estará no polo ativo é Sebastião de Almeida, conforme o seguinte artigo:

Artigo 18, CPC - Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Já o titular do polo passivo será o Plano de Saúde. Mesmo que o plano alegue que as prestações estejam atrasadas, é seu dever continuar dando assistência até que ocorra a rescisão do contrato. Nada impede que entre com uma ação de cobrança para o pagamento das parcelas atrasadas.

No presente caso, o valor da causa é inestimável, portanto, para fins meramente processuais, dar-se-á o valor da causa de R\$1.000,00, de acordo com Artigo 291 c.c. Artigo 303, §4º, CPC:

Artigo 291, CPC - A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível.

Artigo 303, § 4º, CPC - Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

Por se tratar de caráter antecedente, as custas deverão ser recolhidas e protocoladas com a petição inicial. Caso o juiz entenda não ser esse o valor da causa, aplicar-se-á o Artigo 292, §3º, CPC:

Artigo 292, § 3º, CPC - O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

Caso o juiz defira a tutela provisória de urgência e o plano de saúde não cumpra o determinado:

Artigo 297, CPC - O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Essas medidas poderão variar desde coercitiva, ou seja, aplicação de multa por hora de atraso, pois o caso é grave e a vítima corre sérios riscos de morte; até a suspensão da venda de novos planos de saúde. O magistrado também poderá adotar medida sub-rogatória, oficiando o hospital de destino para que disponibilize a vaga na UTI e as despesas serão pagas pelo plano de saúde.

Artigo 139, CPC - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Direito Civil

A Legislação Civil Brasileira em vigência, expõe que, há regra específica prevendo não ser lícita a contratação que tenha por objeto herança de pessoa viva (Artigo 426, Código Civil), seja por meio de contrato típico ou não, com isso, não é possível afirmar que o contrato celebrado entre as devidas partes (Roberto e João Miguel) é correto.

Artigo 426, CC - Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

De acordo com o estabelecido pelo Art. 426 do Código Civil Brasileiro, o ordenamento jurídico proíbe a sucessão na forma contratual citada. Não obstante, ao analisarmos as consequências trazidas pelo mesmo, como um dos requisitos contratuais (objeto) é ilícito, esse tipo de contrato é passível de nulidade segundo o exposto pelo Artigo 166 do Código Civil.

Artigo 166, CC - É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

A Escada Ponteaniana divide o negócio jurídico em três planos, sendo eles: de existência, de validade e de eficácia, portanto, ao fazermos uma análise dentro dos requisitos contratuais (Artigo 104, Código Civil), é visível em qual das etapas incide a irregularidade do contrato (objeto do contrato). O objeto corresponde a uma prestação lícita, possível, determinada e de valoração econômica, o que não acontece no presente caso, pois o objeto não era lícito e muito menos possível, de acordo com o que estabelece a lei:

Artigo 104, CC - A validade do negócio jurídico requer:

- I - agente capaz;
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Mesmo havendo a boa-fé entre as partes, a celebração do referido contrato que o texto expõe não seria possível, pois é vedado este tipo de contrato (contratação de herança de pessoa viva) no ordenamento jurídico em vigência tendo em vista a ilicitude do seu objeto contratual, mas ao falarmos sobre boa-fé, e esta sendo um princípio do

Código Civil Brasileiro, a especulação sobre a morte de determinada pessoa (sendo este o próprio pai do polícitante) contraria a moral e os bons costumes.

Artigo 113, CC - Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Artigo 187, CC - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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

Direito Coletivo do Trabalho

No Brasil, os sindicatos são organizados segundo o modelo corporativista, cuja principal característica é a unicidade sindical. Significa dizer que o Estado controla o sistema sindical, garantindo o monopólio do primeiro sindicato registrado em uma base territorial.

Sebastião, percebendo que seria demitido, resolveu criar um novo sindicato de trabalhadores rurais com a finalidade de se eleger diretor e, desta forma, adquirir estabilidade no emprego.

De acordo com o Artigo 8º, II, Constituição Federal, é proibida a criação de mais de uma organização sindical na mesma base territorial, esta não pode ser inferior à área de um Município.

Artigo 8º, CF - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

Como já existe na cidade um sindicato representativo da mesma categoria, é vedada a criação de novo sindicato de trabalhadores rurais.

Face ao exposto, e com base no relatório, todas as perguntas feitas aos presentes advogados foram respondidas de forma clara e objetiva, com a finalidade de sanar todas

as dúvidas. O embasamento jurídico foi feito de acordo com a legislação vigente e de forma direta em relação às indagações.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 15 de Setembro de 2018.

Lucas Assalin

OAB 234.567

Roberta Buozi Moffa

OAB 364.889

**ALEX FERNANDO DE SOUZA FERNANDES JUNIOR
FLÁVIA REGINA DE ALENCAR
LÍVIA CARVALHO OLIVEIRA**

PROJETO INTEGRADO

**UNIFEOB
CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS
SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP, 2018.**

ALEX FERNANDO DE SOUZA FERNANDES JUNIOR
FLÁVIA REGINA DE ALENCAR
LÍVIA CARVALHO OLIVEIRA

PROJETO INTEGRADO

Trabalho apresentado como requisito da disciplina do Projeto Integrado, do curso de Direito, ao Centro Universitário de Ensino Octávio Bastos, sob a orientação dos professores William Cardozo Silva, Odenir Donizete Martelo, Daniele Arcolini Cassuci, Erica Bassanezi Morandin e Juliana Marques Borsari.

SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP
2018

PARECER JURÍDICO

Assuntos:

Direito Penal – Tentativa de Homicídio

Direito Processo Penal – Prisão em Flagrante e Ministério Público

Direito Processo Civil – Tutelas de Urgência

Direito Civil – Contratos

Direito Coletivo do Trabalho – Sindicato

Consulente: Sra. Eliana Dias

EMENTA: DIREITO PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ESPÉCIES DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.

PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. MINISTÉRIO PÚBLICO.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXISTÊNCIA DE “FUMUS BONI IURIS” E “PERICULUM IN MORA”. DEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA ANTECEDENTE

DIREITO CIVIL. CONTRATO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAR TENDO COMO OBJETO HERANÇA DE PESSOA VIVA. INDEFERIMENTO

DIREITO DO TRABALHO. ESTABILIDADE DE DIRIGENTE SINDICAL. INEXISTÊNCIA. SINDICATO IRREGULAR.

Trata-se de consulta formulada por Eliana Dias a respeito de questões criminais, cíveis e trabalhistas.

Segundo consta, Sra. Eliana é viúva de Sr. José Leonardo, falecido recentemente acometido por um câncer de próstata. Reside em Dourados, no Mato Grosso do Sul, onde, juntamente com o esposo, construiu o seguinte patrimônio: uma fazenda com criação de gado de corte, uma casa grande e uma pequena casa de três cômodos, esta utilizada pelo caseiro, Sr. Sebastião de Almeida. O casal teve dois filhos, Carlos Aparecido e Carlos Roberto, ambos maiores de idade, residentes em Campo Grande.

Ocorre que, após o falecimento de Sr. José Leonardo, seu filho Carlos Aparecido, que havia retornado para fazenda para auxiliá-los, desentendeu-se com o caseiro, Sr. Sebastião, e, após uma acalorada discussão, de modo inesperado, sacou um revólver e atirou em Sr. Sebastião

no abdômen, sendo que Sr. Pedro foi testemunha e acionou o resgate e a Polícia Militar, tendo Carlos sido preso em flagrante.

Após o ocorrido, Sr. Sebastião recebeu cuidados de emergência e necessitou de transferência para Campo Grande, porém os filhos dele recorreram à operadora do plano de saúde contratado pela fazenda, conforme Convenção Coletiva de Trabalho firmada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Dourados e Região e foram informados que a transferência seria negada por falta de pagamento das prestações.

Ademais, Sra. Eliane requereu, como inventariante, a abertura do inventário do Sr. José Leonardo, mas recebeu uma notificação extrajudicial do investidor, João Miguel Oliveira, pleiteando uma parte do patrimônio deixado por Sr. José Leonardo, alegando que, anos atrás, fez acordo com Roberto, tendo sido entabulado que este cederia uma quota da sua futura herança em troca da sociedade na multinacional.

Por fim, houve informação de que Sr. Sebastião, juntamente com outros trabalhadores rurais local, resolveu criar um Sindicato de Trabalhadores Rurais, embora já exista um que representa a mesma categoria na cidade, almejando eleger-se diretor da entidade, adquirir estabilidade no emprego ou, caso fosse demitido, conseguir sua reintegração ao trabalho ou indenização do período de estabilidade.

É o relatório.

Passamos a opinar.

No que tange aos questionamentos da esfera penal, temos o que segue.

Carlos foi preso em flagrante delito por atirar contra Sebastião (art. 302, inciso II, do Código de Processo Penal). Após sua prisão, será instaurado Inquérito Policial a partir da lavratura do Auto da Prisão em Flagrante. É a chamada notícia crime de cognição coercitiva, de conhecimento forçado.

A despeito da instauração do inquérito policial, o Ministério Público poderia iniciar e conduzir investigação criminal diretamente. Inclusive, sobre o tema, a Corte Suprema reconheceu o poder investigatório do Ministério Público no bojo do RE 593.727/MG:

[...] Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: 'O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer

pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição. (...) (RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015)

Prosseguindo, acerca da conduta de Carlos, verifica-se que ele cometeu o crime de tentativa de homicídio, qualificada pelo motivo fútil e pela emboscada, estando, assim, incurso nas penas do artigo 121, § 2º, incisos II e IV, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Embora tenha praticado esse delito, Carlos não poderá ser submetido à pena de morte, pois, de acordo com o artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal, não haverá pena de morte, a não ser em caso de guerra declarada.

Dessa forma, se Carlos for condenado pelo tribunal do júri pelo crime em questão, ele terá que cumprir pena privativa de liberdade (reclusão) no regime inicial semiaberto.

Isso porque o delito foi praticado com duas qualificadoras, quais sejam, motivo fútil, pois desproporcional e totalmente banal a razão pela qual foi praticado o delito (mera discussão que ocorria entre ele e a vítima), e pela emboscada (sacou o revólver de forma inesperada, impossibilitando a defesa da vítima). E, na linha da jurisprudência, é possível utilizar uma dessas qualificadoras como circunstância judicial desfavorável artigo 59 do Código Penal:

Art.59 [...]

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, presente mais de uma circunstância que qualifique o delito, é possível utilizar uma delas para configurar a forma qualificada do delito e a outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base. (...) (AgRg no AREsp 1250907/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

Assim, analisando-se a dosimetria da pena, considerando o motivo fútil como circunstância judicial desfavorável (motivos do crime), a pena-base deverá ser fixada acima do mínimo legal, mediante a aplicação de 1/8 (fração de aumento de pena aceita pela jurisprudência), resultando em 13 anos e 6 meses de reclusão. Não há agravantes nem atenuantes, de modo que a pena intermediária será mantida no patamar de 13 anos e 6 meses de reclusão.

Presente, contudo, a causa de diminuição referente à tentativa, pois o homicídio não se consumou por circunstância alheia à vontade de Carlos: rápido socorro prestado pelo resgate

acionado por Sr. Pedro. Desse modo, tendo em vista o *iter criminis* percorrido, já que Carlos atirou no abdômen (e não na cabeça ou coração) e foi prontamente atendido pela equipe médica, a pena deve ser diminuída pela metade, resultando em 6 anos e 9 meses de reclusão.

Por fim, não há causa de aumento de pena.

E uma vez que a pena definitiva será fixada em 6 anos e 9 meses, o regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto, com fulcro no artigo 33, § 1º, alínea “b”, do Código Penal.

Ademais, é certo que Carlos poderá progredir de regime, mas somente após cumprir 2/5 da pena, conforme o artigo 2º, § 2º, c/c artigo 1º, inciso I, ambos da Lei de Crimes Hediondos (nº 8.072/1990), e desde que ostente bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, consoante o artigo 112 da Lei de Execução Penal (nº 7.210/1984).

Dessa forma, ele terá que cumprir 2 anos, 8 meses e 2 dias de pena para progredir para o regime aberto.

Por derradeiro, nos termos do art. 44, incisos I e III, do CP, incabível a substituição por penas restritivas de direito, porquanto foi praticado crime doloso, cuja pena privativa de liberdade será superior a 4 anos e, além disso, o delito foi cometido com violência e por motivo fútil.

No que tange aos questionamentos da esfera civil, temos o que segue.

Depois que o Resgate levou o Sr. Sebastião ao hospital municipal de Dourados, o qual realizou atendimento de emergência, mas orientou sobre a necessidade de sua transferência para outro hospital na cidade de Campo Grande, ocasião em que os filhos recorreram à operadora do plano e saúde contratado pela fazenda, nos termos da cláusula na Convenção coletiva de trabalho firmado pelo Sindicato dos trabalhadores Rurais de Dourado, o qual representa o Sr. Sebastião, que previa esse seu direito a assistência médica, mas o plano de saúde se recusou a transferi-lo para outro hospital, por falta de pagamento do plano de saúde. Nesse passo, os filhos do Sr. Sebastião tiveram que recorrer a um advogado para requererem uma tutela jurisdicional provisória, para assegurar os direitos, do Sr. Sebastião, pois ele era detentor do direito de receber da operadora do plano de saúde toda assistência médica, face ao plano de saúde contratado por sua empregadora a Fazenda com a operadora do Plano de Saúde, a fim de ter deferido o seu pedido de tutela de urgência ou seja, que o Plano de saúde providenciasse sua transferência para a Santa Casa de Campo Grande, em razão da falta de vagas na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) de Dourados, assim como ao atendimento médico necessário, uma

vez que o Sr. Sebastião não teve culpa pelo não pagamento pela Fazenda das prestações do plano de Saúde contratado.

No que diz respeito à competência para a apreciação do pedido de Tutela Provisória, o artigo 299 do CPC, estabelece que seja do juízo da causa, ou quando esta for antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal e, em sendo uma ação de competência originária dos tribunais ou no caso de recursos, a Tutela Provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Que no caso em estudo, deve ser requerido o pedido de tutela provisória de urgência antecedente, a qual é feita antes da interposição da ação principal, pois há elementos que evidenciem a probabilidade do direito de Sr. Sebastião obter o seu direito de sua transferência de hospital, tudo para se evitar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (pericimento do direito), conforme art. 300 do NCPC:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Assim os filhos do Sr. Sebastião deverão requerer a Tutela provisória de urgência representando seu pai enfermo em face do Plano de Saúde, formulando inicialmente ao juízo apenas o pedido da Tutela, ou seja, na petição inicial formularão apenas o pedido de tutela provisória de urgência, expondo o direito de seus pai, e a demonstração da fumaça do bom direito e do perigo na demora (*fumus boni iuris e periculum in mora*), tudo a fim de que a operadora do plano de saúde efetue a transferência do Sr. Sebastião para outro hospital, a qual Tutela deverá ser em caráter antecedente.

Que o art. 300 em § 1º do CPC assim dispõe:

Art. 300 [...]

§ 1º - Para a concessão da tutela de urgência o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

Quanto ao pagamento de custas do processo de tutela antecipada, temos que em face do Sr. Sebastião, não ter condições econômicas de arcar com qualquer despesa, inclusive o pagamento de custas processuais, deverá ser indicada na petição inicial do pedido de tutela de urgência, sua qualidade de hipossuficiente com o pedido de isenção do pagamento de custas (gratuidade da justiça).

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Assim, deverá o MM. Juiz observar as normas referentes ao cumprimento de sentença. Além disso, pontua-se que os ditames trazidos por esse artigo representam também o estabelecimento do *poder geral de cautela*, quer dizer, diante da ausência dos procedimentos cautelares específicos, poderá o juiz adotar as medidas adequadas para realizar a função de assegurar o direito do requerente, sendo tal regra novamente trazida no artigo 301 do CPC.

No que concerne ao valor da causa a ser atribuído na ação de pedido de tutela provisória de urgência, nos termos do art. 291 do CPC, temos o seguinte:

Art. 291: A toda á toda causa deve ser atribuída valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível.

Nestes termos, temos que o valor da causa a ser dado no pedido da causa nos processos de tutela provisória deverá ser por estimativa, pois não é possível aferir seu conteúdo econômico no momento da propositura da demanda, pois, nas ações cautelares preparatórias não há um proveito econômico imediato, mas simples proteção do resultado útil do processo, em que pese o comando previsto no art. 303, § 4º, do CPC., eis que referido mandamento não pode ser aplicado por analogia à ação cautelar, na medida em que a ação satisfatória preparatória, via de regra, tem potencial de gerar para o seu requerente efetivo proveito econômico.

Que após a concessão da tutela provisória antecedente, deverá o Autor aditar a petição inicial, nos termos do artigo 303, § 1º do CPC no prazo assinalado pelo MM Juiz, ocasião na qual deverá mencionar o valor real da causa.

Art.303 [...]

§ 1º Concedida à tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I- O autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido da tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar.

E por fim, o juiz deverá no tocante à decisão que conceder negar ou modificar a tutela provisória, nos termos do artigo 298 do CPC:

Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

Podendo-se afirmar que tal regra é um perfeito exemplo da constitucionalização do processo civil, uma vez que vai ao encontro às garantias constitucionais estabelecidas no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Diante disso, quanto ao pedido de tutela jurisdicional feita pelos filhos do Sr. Sebastião temos que o juiz deverá deferir o pedido de tutela feita, pois há a elementos que evidenciam a probabilidade do direito e perigo de dano.

No que concerne a notificação extrajudicial enviada por João Miguel Oliveira e recebida pela a Sra. Eliana Dias, viúva do Sr. José Leonardo, na qual ele se dizia investidor, pleiteando uma parte do patrimônio deixado pelo seu marido o Sr. José Leonardo, sob a alegação de que, anos atrás, fizera um acordo com Roberto, seu filho, no qual ele concordou em ceder uma quota da sua futura herança em troca da sociedade na multinacional.

Com relação a esse tema, temos que não foi correto à celebração do contrato entre o Roberto e o Sr. João Miguel Oliveira, pois o Roberto não poderia efetua qualquer contrato tendo como e objeto de herança de seu pai ainda vivo, ou seja, a herança de pessoa viva, não pode ser objeto de contrato, nos termos previstos no art. 426 do Código Civil “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Que a consequência jurídica da celebração do acordo entre o Sr. Roberto e o Sr. João Miguel é a sua NULIDADE e assim as duas partes retornam ao “status quo”, como se não houvesse sido celebrado nenhum acordo.

Há se registrar que de acordo com a Escada Ponteana, a formação do contrato celebrado entre Roberto e o Sr. João Miguel, a sua nulidade incidiu na etapa da validade, pois em não podendo haver contrato de herança de pessoa viva (art. 426 do CC), não é valido o acordo celebrado pelo Sr. Roberto com o Sr. José Miguel e, em consequência também não houve eficácia do contrato, pois em mesmo havendo boa-fé na celebração desse contrato não é possível à celebração desse tipo de acordo que tenha por objeto herança de pessoa viva, é nulo, nos termos do inciso II do art. 166 do CC:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

Assim, o Sr. Roberto não tinha qualquer direito sucessório na herança de seu pai quando celebrou aquele contrato, pois o Espólio de seu pai deverá, anteriormente a partilha dos bens para seus herdeiros, responder por todas as dívidas por ele contraídas enquanto vivo, ou até por

alguma condenação posterior a sua morte, desde que responsabilidade civil, para somente depois, se poder verificar o que sobrou do Espólio, o qual poderá ser dividido entre seus herdeiros.

Assim quanto ao ingresso no inventário feito pelo Sr. João Miguel Oliveira requerendo a quota parte da futura herança de Roberto em troca da sociedade da multinacional do espólio face um acordo com Roberto filho do “de cujus”, celebrado anos atrás, opina-se pela nulidade de referido acordo feito entre eles, pois a lei não permite que a herança de pessoa viva seja objeto de qualquer contrato.

No que tange a Reclamação Trabalhista que a Sra. Eliana, (inventariante do Espolio de seu marido) deverá responder temos o seguinte:

Que com relação ao pedido do Sr. Sebastião, seu ex - empregado para ser reintegrado ao trabalho ou ao recebimento de indenização substitutiva, alegando que fundou um sindicato dos trabalhadores rurais e, portanto, teria direito a estabilidade ao emprego, tendo requerido sua reintegração aos serviços na Fazenda ou alternativamente ao recebimento de indenização do período de sua estabilidade de dirigente sindical.

Que de acordo com o artigo 543 § 3º da CLT, o dirigente sindical tem estabilidade no emprego desde a sua candidatura até um ano após o cumprimento do mandato:

Art. 543 - O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 3º - Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação. (Redação dada pela Lei nº 7.543, de 2.10.1986)

Contudo, temos que o sindicato dos trabalhadores rurais criado pelo Sr. Sebastião juntamente com outros trabalhadores rurais é irregular, o qual não poderá subsistir, posto que de acordo com a Nossa Carta Magna, em seu art. 8º, II, há proibição da criação de mais de um Sindicato por categoria profissional na mesma base territorial, pois no Brasil vigora o Princípio da Unicidade Sindical por Categoria Profissional e Econômica.

Desta forma, como naquele município, onde o Sr. Sebastião disse haver fundado um Sindicato já existia um Sindicato dos Trabalhadores Rurais anteriormente criado, o Sr. Sebastião não conseguirá legalização desse Sindicato desse sindicato novo, por ele criado junto aos órgãos competentes do Ministério do Trabalho e Emprego, para que ele possa assim poder usufruir das garantias do dirigente sindical prevista no art. 543 da CLT. Este é o paradigma

adotado no país desde 1937, com a reafirmação do Decreto – lei n.º 1.402, de 1939 e legislação posterior.

Art. 6º Não será reconhecido mais de um sindicato para cada profissão.

Art. 7º Os sindicatos poderão ser distritais, municipais, intermunicipais, estaduais e interestaduais. Excepcionalmente e atendendo às peculiaridades de determinadas profissões, o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio poderá autorizar a formação de sindicatos nacionais.

§ 1º O Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio na carta de reconhecimento, delimitará a base territorial do sindicato.

Em face do exposto, a partir das informações prestadas pela consulente e da análise da legislação sobre todos os fatos, opina-se pela ausência do direito do Sr. Sebastião em ter a estabilidade de dirigente sindical e desta forma não poderá ter pedido sua reintegração ao serviço ou indenização substitutiva.

É o parecer a ser oferecido, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 15 de setembro de 2018.

Advogado

OAB/SP XXX.XXX

CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS

UNIFEOB

AMANDA EDUARDA CEZARIO OLIVEIRA

CAUÃ PEREIRA RANGEL ZEFERINO

JÉSSICA RIBEIRO VITOR DA SILVA

PROJETO INTEGRADO – 6º MÓDULO B

PARECER JURÍDICO

SÃO JOÃO DA BOA VISTA

2018

PARECER JURÍDICO

Assunto: Posicionamento jurídico interdisciplinar

Consulente: Eliana Dias

EMENTA: DOSIMETRIA DA PENA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONTRATOS. PACTA SUNT SERVANDA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. INVESTIGAÇÃO DIRETA. UNICIDADE SINDICAL. TUTELA PROVISÓRIA.

Trata-se de consulta formulada por Eliana Dias sobre os fatos advindos ao falecimento de seu cônjuge José Leonardo Dias, abrangendo alguns dos ramos do Direito, como Direito Civil e Processual Civil; Direito Penal e Processual Penal e Direito Coletivo do Trabalho.

Aduz a consulente que seu recém-falecido marido era um homem de grande sabedoria, que desde muito jovem utilizou dos seus conhecimentos de empreendedorismo para construir seu patrimônio. Ele, nascido no interior do estado de São Paulo, ainda jovem fixou residência na cidade de Dourados, Mato Grosso do Sul, tendo como atividade principal a criação de gado de corte.

Após alguns anos constituiu família ao se casar com a mesma, que desta união nasceram os filhos Carlos Aparecido e Roberto Carlos, os mesmos, já em idade de se graduarem, mudaram-se para Campo Grande, onde se formaram em medicina veterinária e agronomia, respectivamente, ainda, que os filhos não se interessaram pela vida no campo, bem como seguir os passos do pai. Carlos nunca se estabilizou financeiramente, já seu irmão conseguiu mudar-se para a França, onde se tornou sócio em uma multinacional.

Aos 68 anos de idade, o Sr. José recebeu o diagnóstico de câncer na próstata, já sem muita perspectiva de sobrevivência pediu para que seu filho Carlos retornasse a fazenda para cuidar de tudo e principalmente de sua mãe, pedido que fora acatado pelo filho.

Ao regressar para a fazenda, Carlos se desentendeu com o Sr. Sebastião Almeida, caseiro de muitos anos da propriedade, e, assim prometerá que tão logo seu pai viesse a óbito ele o demitiria.

Em um determinado domingo, Isabel, funcionária da casa, encontrou o corpo do Sr. José sem vida, tendo perdido a sua vida para o câncer. Decorrido o choque sentido por Carlos, o mesmo foi até Sebastião e pediu que o mesmo saísse de sua propriedade. Ocorre que o mesmo nunca vivera fora dali, portando pediu ao Sr. Carlos que permitisse que o mesmo ficasse ali até conseguir uma nova residência, o mesmo consentiu.

Decorrido o prazo, Sr. Carlos viu-se na obrigação de forçar a saída do caseiro, após uma discussão encalorada, sacou uma arma e o atingiu diretamente no abdome. Tal fato fora presenciado pelo Sr. Pedro (outro funcionário da fazenda) que no mesmo momento acionou a Polícia Militar, bem como o Resgate. Com isso, Sr. Carlos fora preso em flagrante e Sr. Sebastião encaminhado a Santa Casa, aonde chegou desacordado.

Por orientação de seu sobrinho, atualmente estudante de Direito, Sra. Eliana deu início a abertura do processo de inventário pelos bens deixados pelo seu falecido marido, tornando-se inventariante.

Ao passar de alguns dias, receberá uma notificação extrajudicial por parte do Sr. João Miguel Oliveira, alegando ser possuidor de direitos sobre parte dos bens inventariados, decorridos de um acordo firmado com seu outro filho, Roberto Carlos para que o mesmo tivesse condição de ingressar em sua firma na qualidade de sócio.

Ademais, fora cientificada que o Sr. Sebastião ao saber de sua iminente demissão, juntou-se com outros funcionários para instituir um novo sindicato para a classe, mesmo havendo em seu município sindicato destinado a mesma classe.

É o relatório.

Passamos a opinar.

Ao que se refere à infração penal praticada por Carlos:

O crime cometido por Carlos foi à tentativa de homicídio, conforme preceitua o artigo 121 do Código Penal. Levando em consideração a forma em que foi praticado, pode-se enquadrar na modalidade de homicídio qualificado, senão vejamos:

Homicídio simples
Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio qualificado

§ 2º Se o homicídio é cometido:

(...)

II - por motivo fútil;

TJ-PR - Apelação Crime ACR 3350029 PR 0335002-9 (TJ-PR) - Data de publicação: 18/10/2007 - Ementa: PROCESSUAL PENAL - TRIBUNAL DO JÚRI - APELAÇÃO CRIMINAL - ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS, POR DESCARACTERIZADO O MOTIVO FÚTIL - INOCORRÊNCIA - APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. Motivo fútil - Caracterização. O motivo fútil é aquele pequeno, mesquinho, desarrazoado, completamente desproporcional ao antefato impunível. Caracteriza-se a futilidade quando o motivo do crime se mostra repugnante aos padrões do senso comum e da ética social dominante no momento dos fatos.

E, como esse ato para o homicídio não se consumou, o artigo 14 deste mesmo código:

Art. 14 - Diz-se o crime: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

Tentativa [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Assim temos a tentativa do homicídio qualificado, a partir da premissa que Carlos sacou sua arma e atirou no abdome do Sr. Sebastião, clara referência que quisera atingir o resultado, ou seja, praticou com dolo, tendo em vista que ao sacar uma arma e efetuar o disparo a uma área vital do corpo o humano, evidencia o desejo de causar a morte, ademais, a simples discussão entre as partes configura motivo fútil, pois tal fato é irrelevante para colocar em risco o bem mais importante do ser humano, a sua vida, e, conforme consta no relatório, o mesmo fora levado a Santa Casa através do resgate, evitando assim que o resultado (morte) acontecesse e sendo levado pelo resgate comprova a circunstância alheia a vontade de Carlos.

PENAL. REVISÃO CRIMINAL. HOMICIDIO QUALIFICADO TENTADO. Pleito de reconhecimento do crime continuado, aplicando-se o percentual de 1/6 para o acréscimo à pena. Impossibilidade. No caso, o agente, mediante uma única conduta, produziu dois resultados (duas tentativas de homicídio qualificado), agindo com vontade de produzi-los. Desse modo, demonstrado que obrou munido de "desígnios autônomos" em relação a cada um dos resultados que foi alcançado. Consubstanciado e adequadamente motivado o concurso formal imperfeito. Situação que, em sede revisional, não comporta avaliação e reparo. Improcedente. (TJ-SP - RVCR: 00580737720148260000 SP 0058073-77.2014.8.26.0000, Relator: Alcides Malossi Junior, Data de Julgamento: 06/07/2017, 4º Grupo de Direito Criminal, Data de Publicação: 10/07/2017)

Tal fato não enseja a aplicação de pena de morte para o mesmo, tendo em vista que a Carta Magna veda amplamente tal penalização, veja-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Levando em consideração que a conduta de Carlos não se enquadra no acima exposto, à ele não será aplicada a pena de morte, além disso, em futura instauração de ação penal ele não sofre com esta possibilidade, tendo em vista que o mesmo artigo é considerado cláusula pétrea, ou seja, são disposições (artigos) que não podem ser objetos de reforma, não podem ser alteradas por emenda.

Como já se viu, a Carlos não será imposta a pena de morte, mas, tal conduta ilícita não pode deixar de ser punida, para tanto o artigo 32 do Código Penal estabelece quais são os tipos de pena permitidas em território nacional, sendo elas:

Art. 32 - As penas são: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.

Privativa de Liberdade é dividida em 03 espécies: reclusão, detenção e prisão simples, basicamente, todas com finalidade de prisão:

Prisão Simples é a mais leve, destinando-se, somente às contravenções penais, não podendo ser cumprida, portanto, em regime fechado, tal espécie de pena privativa de liberdade pode ser cumprida somente em regime semiaberto e aberto. Tal fato se dá por ser incompatível incluir um condenado por contravenção penal no mesmo ambiente de criminosos.

Pena de Reclusão é cumprida inicialmente em regime fechado, semiaberto ou aberto, é vedado pagamento de fiança caso o crime possua pena superior a dois anos, conforme elucida o artigo 323, I do CP;

Pena de Detenção terá seu cumprimento iniciado somente no regime aberto ou semiaberto;

Restritivas de direito são sanções penais autônomas e substitutivas, conhecidas também como penas alternativas, o espírito deste tipo de pena é evitar o cerceamento da liberdade de alguns tipos de criminoso, autores de infrações penais com menor potencial ofensivo; O artigo 43 do código penal prevê a existência de cinco modalidades de penas restritivas de direito as quais são: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e) limitação de fim de semana.

Nucci em sua obra Manual de Direito Penal, bem explica sucinta e objetivamente cada tipo de pena restritiva de direito:

A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro feito à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada, com destinação social, de uma importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos. Pode, conforme o caso, transformar-se em prestação de outra natureza, conforme veremos no item próprio. A perda de bens e valores consiste na transferência, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de bens e valores adquiridos licitamente pelo condenado, integrantes do seu patrimônio, tendo como teto o montante do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime, o que for maior.

A atribuição de serviços à comunidade ou a entidades públicas é a atribuição de tarefas gratuitas ao condenado junto a entidades assistenciais, hospitais, orfanatos e outros estabelecimentos similares, em programas comunitários ou estatais. Trata-se, em nosso entender, da melhor sanção penal substitutiva da pena privativa de liberdade, pois obriga o autor de crime a reparar o dano causado através do seu trabalho, reeducando-se, enquanto cumpre a pena. Nesse sentido, note-se a lição de Paul de Cant: “A ideia de fazer um delinquente executar um trabalho ‘reparador’ em benefício da comunidade tem sido frequentemente expressa nestes últimos anos. O fato mais admirável é que parece que Beccaria já havia pensado em uma pena dessa natureza ao escrever, no século XVIII, que ‘a pena mais oportuna será somente aquela espécie de servidão que seja justa, quer dizer, a servidão temporária que põe o trabalho e a pessoa do culpado a serviço da sociedade, porque este estado de dependência total é a reparação do injusto despotismo exercido por ele em violação ao pacto social” (O trabalho em benefício da comunidade: uma pena de substituição?, p. 47).

A interdição temporária de direitos é a mais autêntica pena restritiva de direitos, pois tem por finalidade impedir o exercício de determinada função ou atividade por um período determinado, como forma de punir o agente de crime relacionado à referida função ou atividade proibida, ou frequentar determinados lugares.

A limitação de fim de semana consiste na obrigação do condenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em Casa do Albergado ou lugar adequado, a fim de participar de cursos e ouvir palestras, bem como desenvolver atividades educativas.” (Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal, p. 433 e 434, 7ª Edição, 2011, São Paulo, Ed. RT).

Multa (ou pena pecuniária) a sanção penal que consiste no pagamento de quantia previamente fixada em lei ao Fundo Penitenciário, seguindo a seguinte ordem:

1º firma-se o número de dias multa (mínimo de 10 e máximo de 360 dias multa).

2º determinar o valor do dia-multa, mínimo de 1 a 30 salários mínimos e máximo de 5 vezes esse valor, devendo levar em consideração a situação econômica do réu.

Na situação de Carlos, ele será apenas submetido à espécie de pena do artigo 32, inciso I, do Código Penal, já que a pena prevista para o crime cometido por ele só prevê reclusão. Sendo de 6 a 20 anos quando caracterizado homicídio simples, e, quando na forma qualificada, de 12 a 30 anos.

A Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, em seu artigo 1º elenca quais os crimes considerados hediondos, mas para o caso em tela, traz-se apenas relativo ao crime praticado, sendo este:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), consumados ou tentados: [\(Redação dada pela Lei nº 8.930, de 1994\) \(Vide Lei nº 7.210, de 1984\)](#)

I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII); [\(Redação dada pela Lei nº 13.142, de 2015\)](#)

Sendo assim, o crime cometido por Carlos é considerado hediondo, para tanto Carlos iniciará sua pena em regime fechado, conforme disciplina o mesmo diploma:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Ademais, vale ressaltar que em caso de condenação a ele será permitido a progressão de regime, para tal progressão ressalta-se a existência de dois requisitos, o objetivo que estipula que em caso de ser réu primário deverá cumprir 2/5 (dois quintos) da sua pena em regime fechado e se réu reincidente deverá cumprir 3/5 (três quintos) da sua pena em regime fechado, bem como o requisito subjetivo o qual exige do condenado bom comportamento enquanto encontrar-se em sistema carcerário, tal comportamento será confirmado por meio de certidão emitida pelo Diretor da Unidade Prisional em que se encontre.

Para saber o tempo que Carlos terá de cumprir para progredir de regime, faz-se necessário utilizar a dosimetria de pena que é realizado por meio de um sistema trifásico, constante no artigo 68 do CP, que diz:

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Deste modo, o artigo 59 do Código Penal apresenta a primeira fase, deste processo: O juiz para fixar a pena base utilizará o previsto no artigo 59 do Código Penal, não podendo exceder as cominações mínima e máxima previstas em lei. Em caso de reconhecimento de alguma das agravantes, acrescenta-se 1/6 sobre a pena-base em cada uma, assim como diminui-se 1/6 de cada atenuante, veja-se:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime,

bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Em seguida, a segunda fase, Pena Provisória, neste momento, o juiz analisará incidência de circunstâncias legais (agravantes e atenuantes), previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66.

Entretanto, como o crime em questão é qualificado por motivo fútil, esta fase já não caberia para este caso, o artigo 61 deste Código inciso II, alínea a) descreve que quando tal crime já está previsto por este, já é considerado qualificado, portanto, não agrava a pena.

Por fim, a terceira fase, pena final, o juiz analisa a existência de causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de penal. Nessa fase, a pena pode exceder os limites previstos na lei, tanto para agravar a situação do réu, tanto para lhe atenuar a reprimenda. Carlos, ao cometer o crime de forma tentada, terá sua diminuição de $1/3$ a $2/3$. Para isso, segundo STJ, é necessário saber o iter criminis, sendo que quanto mais perto de chegar a se consumir, reduz $1/3$ e mais longe $2/3$.

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MODUS OPERANDI. VIOLÊNCIA CONCRETA QUE EXCEDE ÀQUELA PRÓPRIA AO CRIME. ART. 14, II, DO CP. REDUÇÃO DA REPRIMENDA EM $1/2$. CRITÉRIO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO OBSERVADO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 3. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, jurisprudência desta Corte reconhece o critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

[...] (HC 376.714/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 23/02/2017)

Em suma, considerando as 03 fases, na primeira, Carlos teria pena de 12 anos, a segunda seria desconsiderada pelo motivo fútil já o qualificar e por fim, a terceira fase diminuiria $1/3$ do tempo, já que o crime se aproximou de se consumir, assim, tendo como base 8 anos. Assim, considerando que Carlos seja primário e de bons antecedentes, de acordo com a Lei 8.072, § 2º, terá sua progressão após o cumprimento de $2/5$ (dois quintos) de 08

(oito) anos de sua pena, aproximadamente (3,2 anos) 02 anos e 4 meses de reclusão, e, caso fosse réu reincidente, deveria cumprir 3/5 (três quintos) de 8 (oito) anos, equivalente a aproximadamente (4,8 anos) 07 anos e dois meses de reclusão.

Tendo como base o artigo 44 do Código Penal, não caberá substituição de pena, uma vez que em seu inciso I diz que se o crime praticado for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa não caberá a substituição de pena.

Referindo-se a prisão em flagrante do Sr. Carlos Aparecido, bem como instauração de inquérito policial, discorre-se.

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci conceitua inquérito policial (Cap. IX, 2016) como:

“O inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria.”

A prisão em flagrante do Sr. Carlos Aparecido autoriza a instauração do inquérito policial já que o atual Código de Processo Penal preceitua haver cinco formas do mesmo ser instaurado, sendo elas: de ofício, por requisição do juiz, por requisição do Ministério Público, em razão de requerimento do ofendido e por último o auto de prisão em flagrante.

Ademais, cumpre destacar o que se considera prisão em flagrante:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Sendo assim, resta evidente que a prisão fora correta, levando em consideração que o indiciado acabará de cometer ilícito penal. Após ter sido detido pelo ato investigado, é correta a atitude da autoridade policial em encaminhá-lo a delegacia, devido ao que expressa o Código de Processo Civil:

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

Tendo em vista que a partir deste momento será lavrado o auto de prisão em flagrante o qual dará início ao inquérito policial visando à colheita de provas para instruir futura e possível ação penal.

Cabe ressaltar que o inquérito policial, quando houver indiciado preso mediante flagrante (mesmo caso do Sr. Carlos), terá o prazo de 10 dias para ser finalizado, conforme prescreve o CPP, senão vejamos:

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

O qual deverá ser cumprido à risca, tendo em vista que se contrariado o disposto neste artigo acima referido, o direito a liberdade garantido pela Carta Magna estará sendo violado.

Sobre a possibilidade de instauração de inquérito policial por iniciativa do Ministério Público local, expõe-se.

Apesar de o inquérito policial acerca do ato praticado, possivelmente, pelo Sr. Carlos ter sido instaurado pela autoridade policial, o Ministério Público teria prerrogativas para iniciar e conduzir as investigações, como se passa a ver.

A Constituição Federal de 1988 traz o Ministério Público como um dos sujeitos essenciais para a manutenção da justiça brasileira, frise-se:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

(...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

(...)

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

Para complementar o acima disposto, o Código de Processo Penal autoriza o Ministério Público à:

Art. 257. Ao Ministério Público cabe: [\(Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008\)](#).

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código;

Relativo à investigação direta realizada pelo Ministério Público em fase de inquérito policial há muita divergência, pois as correntes doutrinárias trazem diversos aspectos que autorizariam ou não a realização de tais atos procedimentais.

A corrente minoritária alega que tal função seria exclusiva à polícia civil e federal, embasando-se na seguinte transcrição do art. 144, CF/88:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

(...)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

(...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Sendo assim, excluem o Ministério Público dos atos relativos à investigação criminal, bem como instauração de inquérito policial.

Porém a corrente majoritária e amplamente aceita discorda do entendimento acima exposto, embasando se na mesma Carta Magna:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

Aduzem que se a Constituição Federal permite tal prática, e que o art. 144 da mesma não concede exclusivamente às polícias civis e federais para investigar tais práticas seria lícito que o MP inicie e conduza investigações.

Ademais, pela teoria dos poderes implícitos, o Ministério Público pode utilizar de todos os meios permitidos em lei para atingir os fins que a ele foram imputados.

Ainda de acordo com Nucci, para melhor elucidação:

“(...) atribui-se ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos (...) a possibilidade de exercer o controle *externo* da atividade policial (o que não significa a substituição da presidência da investigação, conferida ao delegado de carreira), o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (o que demonstra não ter atribuição para instaurar o inquérito e, sim, para requisitar a sua formação pelo órgão competente).
Enfim, ao Ministério Público cabe, tomando ciência da prática de um delito, requisitar a instauração da investigação pela polícia judiciária, controlar todo o desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, formar a sua opinião optando por denunciar ou não eventual pessoa apontada como autora. O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, sozinho, a investigação, denunciando a seguir quem considerar autor de infração penal, excluindo, integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz.”

Para corroborar com tal entendimento, faz-se necessário ressaltar que o sistema jurídico brasileiro adota como sistema processual penal o Sistema Misto, que garante ao acusado uma fase investigatória e persecutória, seguida de uma fase acusatória, garantindo a independência entre acusação, defesa e o juiz.

Portanto, põe-se em evidência que a iniciativa do Ministério Público em iniciar e conduzir as investigações criminais é permitida, entretanto, tais prerrogativas devem respeitar os limites legais impostos a todos os órgãos da justiça, não podendo em momento algum exceder os limites impostos e desrespeitar as prerrogativas garantidas aos Delegados de Polícia.

Ao ser baleado em seu abdome, o Sr. Sebastião necessitou ser encaminhado para o hospital municipal, após terem sido realizados os primeiros procedimentos, a equipe médica concluiu que o mesmo precisaria ser encaminhado para a Santa Casa de Campo Grande em uma Unidade de Terapia Intensiva, tendo em vista que onde ele se encontrava não possuía nenhum leito disponível, mas tal transferência necessita de autorização do plano de saúde contratado pela fazenda, ocorre que após a solicitação, os filhos do Sr. Sebastião foram notificados que tal procedimento não seria possível, tendo em vista que a fazenda não estava fazendo os repasses para o plano.

Tal situação enseja o requerimento de tutela jurisdicional antecipada, pois a mesma visa assegurar a proteção de um direito de determinada pessoa.

O Código de Processo Civil não redige um conceito de Tutela Provisória, porém segundo o autor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (GONÇALVES, 2016, p.347/348):

“uma espécie de tutela diferenciada, em que a cognição do juiz não é exauriente, mas sumária, fundada ou em verossimilhança ou em evidência, razão pela qual terá natureza provisória, podendo ser, a qualquer tempo, revogada ou modificada.”

(...)

“a tutela diferenciada, emitida em cognição superficial e caráter provisório, que satisfaz antecipadamente ou assegura e protege uma ou mais pretensões formuladas, em situação de urgência ou nos casos de evidência.”

Ou seja, seria antecipar provisoriamente os efeitos da tutela definitiva. Caberá ao magistrado fundamentar seu deferimento, independente de ser considerada de urgência ou de evidência, e o momento que a tal será concedida, pode ser antecedente (no início do processo) ou incidental (no curso do processo).

Considerando ser possível o deferimento de tutela provisória resta identificar em qual tipificação a do caso seria aplicável.

O Código de Processo Civil estabelece que:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Tal tutela exige dois requisitos para a sua concessão que seriam:

Probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) exige que o motivo do requerimento possua a fumaça do bom direito, ou seja, há a existência de um direito a ser tutelada, a pessoa tem que ser detentora do mesmo. Ao necessitar de transferência para outra unidade de tratamento, consta que há não somente um direito a ser protegido urgentemente, sendo este a vida, tem-se também o direito a saúde, como por exemplo, tais direitos encontram-se respaldados pela Constituição Federal de 1988 que em seu texto, dispõe:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Art.196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Perigo na demora (*periculum in mora*) que nos remonta que se o direito referente à pessoa não for tutelado urgentemente um dano à mesma será causado, muitas vezes irreversível.

Ademais, o Sr. Sebastião não pode ter a sua vida e sua saúde a mercê do plano de saúde, tendo em vista que o pagamento era realizado pela fazenda e tal inadimplemento não o fora comunicado, cabe ressaltar que a rescisão de tal contrato necessita de prévia comunicação, veja-se:

PLANO DE SAÚDE - Cancelamento unilateral do benefício em virtude de inadimplência - Incontroverso, contudo, que a autora buscou reduzir o valor da sua mensalidade, sem receber o necessário atendimento - Abusivo o reajuste cujo amparo contratual não foi demonstrado - Irregular a rescisão contratual sem prévia notificação - Danos morais configurados - Indenização que não comporta afastamento ou redução - Obrigação de restabelecimento do plano não afeta as consequências da superveniência da alienação compulsória da carteira da Unimed Paulistana - Sentença mantida - RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP; Apelação 3003339-05.2013.8.26.0407; Relator (a): Elcio Trujillo; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osvaldo Cruz - 1ª Vara; Data do Julgamento: 23/08/2018; Data de Registro: 23/08/2018)

Apelação. Plano de saúde. Rescisão por inadimplemento. Não caracterização. Inobservância da necessidade de notificação do consumidor (Súmula nº 94 do TJSP), a qual não se supre por menção genérica no boleto mensal de pagamento de que a falta de quitação pode ensejar rescisão do contrato. Necessidade de informação precisa sobre qual a prestação não quitada, viabilizando ao consumidor adoção de providências para emenda da mora e preservação do contrato. Manutenção do contrato devida. Prescrição. Seguro saúde. Invocação da prescrição ânua a contar da data em que verificado o inadimplemento e considerado rescindido o contrato. Inadmissibilidade. Princípio da actio nata. Causa de pedir fundada na falta de comunicação ao consumidor a respeito da rescisão do contrato, sendo surpreendido quando da negativa de atendimento hospitalar. Prazo que somente poderia ser considerado a partir do momento em que a parte tomou ciência da alegada rescisão

do contrato. Prescrição pressupõe inércia do titular do direito no seu exercício, o que não pode ser reconhecido se a parte sequer tinha conhecimento de que o contrato, para a operadora, estaria extinto. Recurso improvido.

(TJSP; Apelação 1011037-52.2015.8.26.0011; Relator (a): Enéas Costa Garcia; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/08/2018; Data de Registro: 21/08/2018)

Para formular seu pedido de concessão de Tutela Provisória, o requerente, por se tratar de tutela de urgência, realizará na petição inicial o pedido de Tutela Provisória, bem como apontará quais benefícios requer na tutela final, para tanto, necessita identificar e demonstrar que os requisitos presentes no artigo 300 do Código de Processo Civil o qualificam para tal.

Considera-se polo ativo na ação aquele que é detentor do direito, no caso, o Sr. Sebastião, para tanto, o mesmo, deverá estar consciente para outorgar a um advogado o poder para propor em seu nome tal demanda, porém, se o mesmo encontrar-se inconsciente, os seus filhos poderão outorgar tal poder a fim de protegê-lo, mediante procuração. Dado a negativa ter sido feita pelo plano de saúde, este será intitulado como polo passivo da lide.

O Código de Processo Civil determina que a toda causa se deve estabelecer um valor, mesmo que ao momento da distribuição não seja possível determinar, como o conflito gerador da exordial é a negativa do plano de saúde, não se é possível aferir um valor para a mesma, o qual seria o valor do pedido de tutela definitiva, portanto, na impossibilidade, o polo ativo da lide poderá atribuir um valor de R\$ 1.000,00 (Hum mil reais) para fins fiscais.

As custas processuais podem ser pagas no início do processo ou ao seu fim, dependerá se a parte requerer gratuidade ou possuir condições para pagá-las no início. O artigo 295 do CPC estabelece que a tutela provisória é independente de custas se requerida em caráter incidental (no curso do processo), extrai-se daí que as tutelas provisórias antecedentes serão precedidas de pagamento de custas, ocorre, que o Sr. Sebastião encontra-se desempregado, não possuindo meios de arcar com esse montante, daí cabe ao advogado da parte juntar Declaração de Hipossuficiência e requerer a gratuidade processual, cabendo ao juiz competente avaliar se tal requerimento pode ser concedido.

O poder geral de cautela concede ao juiz possibilidades para garantir a efetividade e celeridade do processo. Com o advento do Novo Código de Processo Civil esse poder encontra-se mais acessível:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.
Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

Portanto, por meio de decisão fundamentada o juiz pode determinar o que for legal para que a decisão que conceder a tutela provisória seja concedida.

Relativo à notificação do Sr. João Miguel Oliveira a Senhora Eliana Dias alegando ser possuidor de direito em uma parte do patrimônio deixado pelo Sr. José Leonardo em virtude do seu falecimento, analisar-se.

Do contrato: como exposto pela senhora Eliana Dias, teria seu filho Roberto Carlos celebrado acordo com João Miguel, no qual ficou estabelecido que o mesmo cederia sua parte em futura herança proveniente de vindouro falecimento de seu pai em troca de participação em sociedade empresarial, ocorre que tal contrato não é considerado correto, senão vejamos:

No momento desta celebração contratual o Sr. José ainda era vivo, portanto, seu filho, negociaria sua sociedade por meio de contrato de herança de pessoa viva, o que é expressamente vedado pelo Código Civil:

Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

Trata-se de pacto sucessório, também denominado como *pacta corvina*, além de terminantemente proibido por meio de legislação, trata-se de coibição moral, pois ao celebrar contratos deste feitio alude-se o desejo da morte de referida pessoa detentora dos bens.

Ademais, trata-se de bens adquiridos com grande esforço por parte de Sr. José, não podendo ser permitido aos seus herdeiros dispor de tais mediante dificuldade financeira, portanto não se pode ceder aquilo que não lhe pertence, pois enquanto vivo, não se trata de herança e sim de bens.

Para demonstrar tal proibição, traz-se:

Declaratória. Procedência do pedido formulado na inicial e improcedência do pedido formulado na reconvenção. Inconformismo. "Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva" (artigo 426 do CC). Todavia, **a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida" (artigo 184 do CC). Procedência parcial tanto do pedido formulado na inicial como do formulado na reconvenção. Recurso de apelação parcialmente provido.
(TJ-SP - CR: 5260004000 SP, Relator: Piva Rodrigues, Data de Julgamento: 01/07/2008, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/07/2008)

A consequência jurídica desta celebração é a nulidade do contrato, tendo em vista que o imóvel objeto de contrato ao tempo de sua celebração era herança de pessoa viva, sendo assim, não produzirá efeitos.

Apelação nº 1000775-84.2013.8.26.0020
Apelante : Evelin Augusto Lima
Advogada : Fernanda Tavares Gimenez (Fls: 60)
Apelados : Gislene da Silva Lourenço e outro
Advogada : Mara Lucia Santiciolli Pasqual (Fls: 08) e outros

Comarca: São Paulo

Voto nº 00598

ig

ACÇÃO DE COBRANÇA. Contrato cujo objeto corresponde à herança de pessoa viva. Vedação expressa contida no artigo 426 do Código Civil. Impossibilidade jurídica do pedido. Recurso prejudicado. Extinção do processo sem julgamento de mérito nos termos do artigo 267, VI, do CPC/73.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (p. 274, 2014):

“Conforme outrora já explicitamos, entendemos que a nulidade “se caracteriza como uma sanção pela ofensa a determinados requisitos legais, não devendo produzir efeito jurídico, em função do defeito que carrega em seu âmago.

Como sanção pelo descumprimento dos pressupostos de validade do negócio jurídico, o Direito admite, e em certos casos impõe, o reconhecimento da declaração de nulidade, objetivando restituir a normalidade e a segurança das relações sociojurídicas.”

Esta nulidade sofre gradações, de acordo com o tipo de elemento violado, podendo ser absoluta ou relativa, na medida em que decorra da infringência de normas de ordem pública ou de normas jurídicas protetoras de interesses preponderantemente privados.

O importante a destacar, porém, é quem partindo do pressuposto que o negócio efetivamente existiu, a sua extinção se dá pelo reconhecimento judicial da nulidade e anulabilidade, desfazendo-se qualquer vínculo contratual existente entre as partes.”

Para Pontes de Miranda, o negócio jurídico é segmentado em três níveis, sendo eles: a existência que compreende os requisitos: agente, vontade, forma e objeto; Validade que possui as seguintes premissas: capacidade, livre de vícios, prescrito ou defeso em lei e objeto lícito, possível, determinado ou determinável; Por último tem-se a eficácia, denominou tal classificação como Escada Ponteana.

No contrato celebrado entre Sr. Roberto e Sr. João Miguel a irregularidade incidiria no segundo nível, pois se tratando de herança de pessoa viva o Código Civil expressamente o proíbe como anteriormente já visto, tratando-se, portanto, de forma defesa em lei.

Como já é sabido, o ordenamento jurídico brasileiro é pautado por normas e princípios, os quais são fatores determinantes para a correta aplicação do direito nos casos concretos. As regras possuem maior densidade normativa, ou seja, a sua capacidade de extensão é limitada, aplica-se o que está preceituado ali, já os princípios possuem menor densidade normativa, portanto a sua capacidade de extensão é ampla. Em conflito entre regras opta-se pela mais alta em uma escala hierárquica, já nos princípios esta estipulação não existe, pautando-se pela ponderação de valores. Um dos princípios relevantes para o direito contratual é o da Boa-Fé Objetiva, o mesmo encontra-se expresso no Código Civil atual, veja-se:

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

Assim, as partes ao contratarem entre si devem se pautar no que a legislação predispõe, bem como utilizarem da ética e boa-fé para nortear as suas condutas. É classificado como cláusula geral, tendo em vista que o legislador a menciona, porém não define seu conceito muito menos a consequência pela não apreciação do seu teor. Deste princípio decorrem os conceitos parcelares, conhecidos como: *supressio, surrectio, tu quoque, venire contra factum proprium e duty to mitigate the loss*.

Relativizando com o direito contratual, entende-se que os negócios devem ser celebrados mediante o uso deste princípio, mas na prática muitas vezes isso não acontece. Relembrando o contrato celebrado entre João Miguel e Roberto Carlos, mesmo que o contrato tiver sido celebrado mediante expressa boa-fé dos mesmos, em nada alteraria a nulidade do contrato, pois como se sabe o Direito é pautado por diversos princípios e um deles é o Princípio da Supremacia da Ordem Pública, o qual determina que a autonomia e liberdade das partes não é absoluta, tendo em vista que a sociedade é incumbida de preservar os interesses jurídicos e morais.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro preceitua:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

O Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no [art. 2.045](#), mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Evidente que o acordo entre as partes não tem força para alterar o que a lei veda, pois a norma pública é suprema.

Relativo ao sindicato.

O modelo sindical adotado pelo Brasil é o denominado corporativo, que consiste em um modelo de representação dos interesses dos trabalhadores, mediante a criação de unidades de acordo com suas respectivas categorias, sendo ordenadas de forma hierárquica, reconhecidas pelo Estado, advindo da Constituição Federal de 1988, constituída por líderes que se incumbem pela luta dos direitos.

Antes da CF/88 o modelo sindical também era o corporativo, mas não era permitido aos seus associados a liberdade que hoje se vê, era considerado um modelo mais radical,

tendo em vista o Estado repressor, após a CF/88 houve uma flexibilização nos direitos dos mesmos no tocante as suas possibilidades.

No tocante a criação de novo sindicato pelo Sr. Sebastião e demais trabalhadores na mesma base territorial, ressalta-se que é estritamente vedado pela Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

Ademais, a Consolidação das Leis do Trabalho também institui:

Art. 516 - Não será reconhecido mais de um Sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial.

Portanto, como já existe um sindicato da mesma categoria na mesma base territorial, o sindicato criado pelo Sr. Sebastião não é considerado legal.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 15 de setembro de 2018.

AMANDA EDUARDA CEZÁRIO OLIVEIRA

CAUÃ PEREIRA RANGEL ZEFERINO

JÉSSICA RIBEIRO VITOR DA SILVA

UNIFEOB
Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos
CURSO DE DIREITO

PARECER JURÍDICO

Projeto Integrado

Alunas - 6º Módulo B

Alice Mara Fonseca RA: 16000486

Luana Cristina Rossi RA: 16000585

Nathália Lopes Fonseca RA: 16000198

SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP
SETEMBRO 2018

PARECER JURÍDICO

Assunto: Direito Penal, Direito de Processo Penal, Direito Civil, Direito de Processo Civil e Direito Trabalhista

Consultante: Eliane Dias

EMENTA: TENTATIVA DE HOMÍCIO QUALIFICADO, AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO, NULIDADE CONTRATUAL, TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA, UNICIDADE SINDICAL.

Trata-se de uma consulta realizada pela Sra. Eliane Dias acerca da situação e dos fatos ocorridos com seu filho Carlos e seu ex-funcionário, Sr. Sebastião, além dos bens pertencentes ao seu falecido marido, o Sr. José Leonardo, e a possibilidade de herança acordada entre um de seus filhos perante um terceiro.

A consultante informa que logo após o falecimento de seu marido, veio a se deparar com algumas situações inesperadas. A começar por seu filho Carlos, que através de uma discussão com Sebastião, seu caseiro, acabou atirando no mesmo. O resultado disso foi a sua prisão em flagrante. O motivo da discussão foi a demissão do funcionário. Entretanto, como este não foi embora da fazenda, resolveu forçar sua saída.

Sebastião, por sua vez, quando soube que seria mandado embora, resolveu criar juntamente com alguns trabalhadores da cidade um outro sindicato rural da mesma categoria que já havia na região, para fins de garantia estável no trabalho. Não satisfeito, procurou a justiça do trabalho para que seus direitos fossem amparados.

Posteriormente ao falecimento de seu marido, a consultante, com a intenção de fazer o inventário, precisou informar todos os bens que dispunha. Como seu cônjuge sempre cuidou do próprio negócio, possuía uma criação de gado na fazenda e a casa por ele construída. Assim sendo, tinha alguns patrimônios em seu nome.

Todavia, ao dar início como inventariante, descobriu que parte desse patrimônio estava sendo pleiteado por um desconhecido, chamado João Miguel, quem declarava ser investidor. Isso decorreu após um negócio firmado entre ele e o herdeiro Roberto, o qual preceituava estabilidade em sua empresa em troca de uma parte da herança. Ressalvando ainda, que referido acordo já teria sido celebrado quando o seu pai ainda estava vivo.

A consultante, então, viu-se prejudicada com todos os fatos, pois a mesma não tinha conhecimento de todas as circunstâncias, tampouco estava a par dos negócios de seu falecido marido e de seu filho Roberto.

É o relatório.

Passamos a opinar.

DOS FUNDAMENTOS

Primeiramente, analisando os fatos, observa-se que Carlos com as próprias mãos, no intuito de satisfazer sua pretensão em referência a desocupação do imóvel por parte de Sebastião, embora legítima, praticou o delito de exercício arbitrário das próprias razões, ao desligar a energia elétrica da pequena residência ocupada pelo empregado. Ademais, é possível dizer que Carlos utilizou-se da relação de coabitação para praticar referido crime previsto no art. 345, combinado com o art. 61, II, “f”, ambos do Código Penal. Cabe ressaltar que referida inflação é mais simples e que se classifica como ação penal privada (art. 345, parágrafo único, CP).

Acontece que da primeira conduta, resultou em uma calorosa discussão entre Carlos e Sebastião, e de forma inesperada, o primeiro sacou um revólver disparou contra a vítima, que foi atingida do abdômen e não chegou ao óbito devido a “circunstâncias alheias à vontade do agente”, ou seja, porque a pessoa de Pedro acionou o resgate.

Dessa maneira, a conduta de disparar contra o ofendido, vindo este a chegar no hospital desacordado, já demonstra o “*animus necandi*”, ou seja, a vontade de Carlos de matar Sebastião, tendo o flagranteado chegado próximo à sua finalidade. Portanto, praticou a tentativa de homicídio, conforme previsto no art. 121, do Código Penal.

Todavia, Carlos agiu de forma inesperada, ou seja, surpreendeu a vítima com uma arma de fogo e imediatamente efetuou o disparo, dificultando, ou até mesmo tornando impossível a defesa de Sebastião. Por esse motivo, Carlos também praticou o crime previsto no art. 121, § 2º, inciso IV, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, conforme demonstrado:

Art. 14: Diz se o crime:

(...)

II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único: Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Em consonância com o alancado, segue abaixo decisão proferida pelo Exmo. Sr. Sr. Ministro Nefi Cordeiro, no Agravo de Recurso Especial nº 1.295.099 – MG:

Trata-se de agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial, com fundamento na Súmula 7/STJ. No presente agravo, o recorrente sustenta que não haveria falar em reanálise de provas, uma vez que o que se pretende é se o que foi considerado como substrato fático para a qualificadora da surpresa a configuraria. (fl. 347). Requer, assim, o provimento do agravo para que seja admitido e provido o recurso especial. Apresentou-se contraminuta, tendo o Ministério Público Federal opinado pelo improvimento do agravo. É o relatório. Decido. Das tempestivas razões recursais, verifica-se que o óbice apontado para a inadmissão do recurso especial foi rebatido, de forma que passo à análise do mérito. O agravante foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, sendo condenado como incurso no art. 121, § 2º, IV, c.c. § 1º, do CP, o que foi mantido pelo Tribunal de origem no julgamento do recurso de apelação em conformidade com a seguinte ementa: APELAÇÃO - JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO - MÉRITO - CASSAÇÃO DA DECISÃO - INADMISSIBILIDADE - COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU AGIU MEDIANTE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VITIMA. A

decisão do Júri é soberana, e não há, no presente caso, como reformá-la, posto que baseada num conjunto probatório harmônico e coerente, que confere plena sustentação ao veredicto. Comprovado que o réu agiu de inopino, não possibilitando à vítima se defender, não há que falar que a qualificadora reconhecida pelos jurados é contrária à prova dos autos. (...)

Ainda entende-se que neste caso aplica-se o concurso material de crimes (art. 69, CP), pois houve mais de uma ação, com prática de dois crimes não idênticos e de espécies diferentes.

Frisa-se que Carlos não poderá ser submetido à pena de morte, em razão de que a Constituição Federal veda tal prática, no seu art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”.

Ademais, o agente poderá ser submetido à pena de detenção de quinze dias a um mês ou multa, conforme preceito secundário do art. 345, do Código Penal. Poderá também ser condenado à pena de reclusão de doze a trinta anos, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, IV, do CP, evidenciando que neste último caso, aplica-se a diminuição de pena de um a dois terços, devido a tentativa (art. 14, II, p.ú, CP).

Consoante ao regime inicial da pena, considerando o concurso material, se a pena ficar acima de oito anos, será o fechado e se ficar superior a quatro anos e não exceder a oito anos, será no semiaberto, no caso de não incidência. Agora, caso a pena seja definida pelo período igual ou inferior a quatro anos, Carlos ficará preso no regime aberto, isto, conforme o art. 33, § 2º, “a”, “b” e “c”, do Código Penal.

Importante observar, que embora seja fixado o regime inicial fechado, no Brasil é adotado a execução de forma progressiva, ou seja, se o agente cumprir um sexto no regime anterior e ostentar de bons comportamentos, poderá progredir de regime, isto como dispõe a Lei nº 7.210/84, em seu art. 112. Contudo, cabe ressaltar que no crime praticado por Carlos de tentativa de homicídio qualificado, é considerado hediondo, conforme previsto no art. 1º, inciso I da Lei 8.072/90, e por referido motivo, a sua progressão terá que adotar outros requisitos, sendo estes a necessidade de cumprimento de dois quintos, se o apenado for primário e de três quintos, caso reincidente, de acordo com o art. 2º, § 2º do referido diploma legal (Lei 8.072/90).

Destaca-se também que não caberá substituição de pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, pelo motivo do crime de tentativa de homicídio qualificado ser violento, portanto, ainda que no caso hipotético da pena ser aplicada não ser superior a quatro anos, não haverá substituição, conforme disposto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Além do exposto, observa-se que a prisão em flagrante autoriza a instauração de Inquérito Policial, em razão de que apresentado o preso para a autoridade competente (Delegado de Polícia), serão realizadas as oitivas dos condutores (policiais) e testemunhas dos fatos e o interrogatório do autor, lavrando-se ao final o auto, que será juntado ao Inquérito Policial, com fulcro no art. 304, § 1º, do Código de Processo Penal.

Por fim, o Ministério Público também poderia iniciar e conduzir as investigações criminais, em que pese, existem dúvidas doutrinárias, o STF firmou entendimento favorável a participação direta do órgão nas investigações.

A corrente majoritária que entende que o órgão pode conduzir diretamente as investigações fundamenta-se no art. 129, VI, da CF, que confere a possibilidade do mesmo de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los (...)”. Ainda no raciocínio constitucional, é utilizado a Teoria dos Poderes Implícitos, que define que um órgão pode utilizar todos os meios necessários para cumprir sua função, que no caso é a de titularidade exclusiva da ação penal pública, desde que não desrespeite normas contidas na própria Constituição.

Tratando-se de matéria de processo civil, quanto à negação por parte da operadora do plano de saúde contratada da transferência do Sr. Sebastião para a Santa Casa de Campo Grande, poderá ser requerido tutela jurisdicional provisória na modalidade de urgência. Fica evidente a gravidade dos danos certos e eminentes caso a transferência do paciente não seja imediata, referentes ao seu estado de saúde instável. Tal recomendação foi feita pelo próprio médico plantonista do hospital de Dourados/MS, especialista e conhecedor do procedimento necessário para salvar a vida do paciente.

Além disso, a garantia ao acesso ao tratamento e recuperação da saúde é amplamente amparado à todas as pessoas, como é notado no art. 2º, §2º, da portaria nº 1.820/09, na seguinte redação: “§ 2º Nas situações de urgência/emergência, qualquer serviço de saúde deve receber e cuidar da pessoa bem como encaminhá-la para outro serviço no caso de necessidade”.

O reconhecimento da aplicação da tutela de urgência no caso em questão é manifestamente acatado pela jurisprudência, como exposto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. TUTELA DE URGÊNCIA. CANCELAMENTO DO PLANO DE SAÚDE POR FALTA DE PAGAMENTO. [...] Verifica-se dos autos que a urgência da medida requerida mostra inequívoca, já que o cancelamento do plano de saúde da autora, idosa, poderia pôr em risco o seu estado de saúde e até mesmo a sua vida. A tutela antecipada concedida não constitui medida irreversível, pois, caso venha a ser revogada, o nome da autora poderá ser novamente incluído no cadastro restritivo e o eventual cancelamento do plano não irá comprometer financeiramente à operadora ré, já que as faturas continuarão sendo pagas pela autora enquanto perdurar esta decisão liminar. Provimento do recurso.

(TJ-RJ - AI: 00176339220188190000 RIO DE JANEIRO CAPITAL 39 VARA CIVEL, Relator: WILSON DO NASCIMENTO REIS, Data de Julgamento: 19/04/2018, VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 24/04/2018)

Dessa maneira, o Sr. Sebastião poderá ingressar com uma ação de obrigação de fazer em face da operadora do plano de saúde, tendo em vista que esta recusou transferir um indivíduo em grave estado de saúde sob alegação de que houve atraso no pagamento das prestações do serviço.

Além do mais, o procedimento dirigente da ação está disposto nos arts. 303 e 304 do Código de Processo Civil, que se refere ao procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, uma vez que satisfaz a pretensão formulada pelo autor, ou seja, uma vaga no hospital indicado para o tratamento necessário para sua recuperação.

Caso a determinação dada não for cumprida pela requerida, poderá o juiz tomar as medidas que julgar necessárias e convenientes para o cumprimento da mesma. Essa capacidade é garantida pelo art. 297 do CPC, podendo ser aplicação de multa diária como forma de obrigação do cumprimento da medida estabelecida.

À causa dar-se-á valor estipulado, contando que não há conteúdo econômico imediatamente aferível, de acordo com o art. 291 do CPC. Também de acordo com a Lei 1.060/50, a qual estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, sendo reconhecido pelo juiz a hipossuficiência do Sr. Sebastião e de seus familiares como declarado, não necessitará, em momento algum do processo, o recolhimento das custas, sendo colocado o valor de um salário mínimo apenas a fins de efeitos fiscais.

Nota-se: Lei 1.060/50, art. 9º “Os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias”.

Quanto à questão do contrato celebrado entre o Sr. Roberto e o Sr. João Miguel é nulo, como disposto no art. 166, inciso II, CC, em seu Capítulo V que trata da invalidade do negócio jurídico: “Art. 166 É nulo o negócio jurídico quando: II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”.

Além disto, o art. 426 do mesmo dispositivo declara que herança de pessoa viva não é objeto de contrato, reafirmando assim a invalidade do negócio jurídico firmado entre as partes acima referidas. Essa prática é até mesmo denominada como “Pacta corvina”, em um aspecto de crítica aos indivíduos que formulam um contrato cujo bem não é disponível para si, sendo o patrimônio ainda da pessoa viva.

Assim sendo, pode-se concluir que a irregularidade deste contrato encontra-se quanto ao objeto, havendo falha ao que concerne à sua existência na Escada Ponteano. Por esse motivo, não existe a possibilidade de validação do contrato em caso, mesmo havendo boa-fé ou obediência a qualquer outro fator essencial.

A anulação do negócio jurídico é pertinente e empregada pela jurisprudência, como se observa:

ACÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO Instrumento particular de cessão e transferência de direitos hereditários sobre bem imóvel, pactuada em 1989 – Contrato cujo objeto corresponde à herança de pessoa viva Vedação expressa contida no artigo 1.089 do Código Bevilaqua – Nulidade absoluta que se verifica Incidência do artigo 145, V, do Código Bevilaqua Imprescritibilidade do direito de ação Negócio não suscetível de confirmação ou convalidação no tempo Entendimento sedimentado na jurisprudência do STJ, à época, e hoje consignado no art. 169 do Código Reale – Prescrição afastada – Possibilidade de apreciação do mérito com fulcro no art. 515, §3º, CPC, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário Reconhecimento da nulidade do instrumento particular celebrado e restituição das partes ao estado anterior que se impõe Condenação dos requeridos à devolução do valor pago pelo negócio à autora Recurso provido.

(TJSP; Apelação 0002220-80.2011.8.26.0326; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Lucélia - Vara Única; Data do Julgamento: 21/10/2014; Data de Registro: 21/10/2014).

Dessa maneira, um negócio jurídico nulo não passível de validação, como bem reconhecido pelo art. 169 do Código Civil vigente.

No que tange o aspecto trabalhista dos fatos, em razão das novas leis trabalhistas, e juntamente com a Constituição Federal de 1988, a adoção do sistema de unicidade sindical permite a associação de sindical de modo livre. Em contrapartida, há restrições quanto a organização de mais de um sindicato de mesma categoria. O artigo 8º da CF, inciso II, elenca sobre esse assunto.

Vejamos:

Art.8º(...)

II- É vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que

será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.

Portanto, como já havia um sindicato na cidade onde o Sr. Sebastião morava, não poderia ter criado um novo, pois além de ser ilegal viola o princípio da Unicidade Sindical.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 15 de Setembro de 2018.

Alice Mara Fonseca

OAB/MG 16000486

Luana Cristina Rossi

OAB/MG 16000585

Nathalia Lopes Fonseca

OAB/MG 16000198

UNIFEOB
Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio
Bastos

**PARECER JURÍDICO
PROJETO INTEGRADO**

Disciplina: Projeto Integrado em Direito
Série: 6º Módulo C
Alunas: Daiane Silveira Lopes (16001522)
 Gabriela Rigoli (16001069)

SÃO JOÃO DA BOA VISTA

SETEMBRO 2018

PARECER JURÍDICO

Consultante: Sra. Eliana Dias

EMENTA. DIREITO PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ARTIGO 121 C.C O ART. 14, II DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ARTIGO 44, INCISO II CP. AGRAVANTE ALÍNEA “A” ARTIGO 61, INCISO II DO CP. DIREITO PROCESSUAL PENAL (PROCEDIMENTO DE INQUÉRITO). AÇÃO PENAL (MODALIDADE. TITULARIDADE. COMPETÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA. PROCEDIMENTO. POLO ATIVO E PASSIVO. MEDIDAS APLICÁVEIS PARA CUMPRIMENTO DA TUTELA. DIREITO CIVIL (CONTRATOS). DIREITO COLETIVO DO TRABALHO. NOÇÕES. DISTINÇÕES DE CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO.

Trata-se de consulta formulada pela Sra. Eliana Dias, sobre assuntos que surgiram após o falecimento de seu marido, tendo relato dos fatos conforme segue:

A Sra. Eliana Dias, era esposa do Sr. José Leonardo Dias, que faleceu a poucos dias na fazenda de sua propriedade localizada em Dourados, Estado do Mato Grosso do Sul. Desde que o Sr. José ficou enfermo deixou como responsável pela administração da fazenda, seu filho Sr. Carlos Aparecido Dias. O Sr. Sebastião é empregado da fazenda, e nela residia, porém como falecimento de seu pai o Sr. Carlos decidiu que despediria o Sr. Sebastião, este que pediu um prazo maior para desocupar o imóvel.

Findo o prazo, o Sr. Sebastião não desocupou o imóvel, portanto Sr. Carlos para forçar a saída do funcionário procedeu com o desligamento da energia elétrica do imóvel, fato este que ocasionou uma discussão calorosa entre os dois indivíduos, o que levou Carlos a sacar um revólver e disparar contra Sebastião, que foi atingido no abdômen.

O Sr. Pedro Ribeiro, que também é um funcionário da Fazenda, presenciou o ato e ao ver o seu colega baleado acionou a Polícia Militar e o Resgate, que prontamente se dirigiram ao local, efetuando a prisão em flagrante de Carlos e levando o Sr. Sebastião ao hospital, onde chegou desacordado.

No hospital o Sr. Sebastião recebeu os primeiros atendimentos e houve a realização dos procedimentos de emergência. Posteriormente foi transferido para a Santa Casa de Campo Grande por falta de Unidade de Terapia Intensiva naquele Município.

Sua família acionou o plano de saúde contratado pela fazenda para conseguir uma vaga na UTI, em razão de obrigação derivada em Convenção Coletiva de Trabalho, sendo negada a cobertura de sua transferência pela falta de adimplemento.

Após todo esse acontecido, a Sr. Eliana, muito desesperada ainda recebeu uma notificação extrajudicial informando que seu outro filho Roberto havia celebrado um contrato com João Miguel Oliveira, sobre a cessão de sua cota-parte na herança deixada e foi incluído no quadro societário de uma empresa multinacional.

E por fim, ainda recebeu a notícia que o Sr. Sebastião ao perceber que seria demitido, juntamente com outros trabalhadores Rurais resolveram criar um novo sindicato, com o intuito de eleger-se diretor da entidade, e também ingressou na Justiça do Trabalho contra o Espólio de José Leonardo pleiteando sua reintegração ou indenização do período de estabilidade.

É O RELATÓRIO.

Diante do exposto, o tipo penal praticado por Carlos trata-se de tentativa de homicídio, conforme disposto no artigo 121 cumulado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, “tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Tendo como circunstâncias agravantes a alínea “a” elencada no artigo 61, inciso II do Código Penal, conforme dispõe:

“Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II - ter o agente cometido o crime

a) por motivo fútil ou torpe.”

Se enquadra neste agravante pois é considera-se motivo fútil o fato de Carlos disparar contra Sebastião para força-lo sair de sua propriedade, pois este já havia tentado de outras formas, por exemplo quando efetuou o desligamento da energia elétrica do imóvel.

De acordo com o tipo penal praticado, Carlos se enquadra no artigo 14, incisos II, no qual, segundo seu Caput: salvo disposição em contrário, pune-se tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de 1/3 (Um Terço) a 2/3 (Dois Terços). Portanto, a pena mínima por ter a qualificação é de 12 (doze) anos e a máxima de 30 (trinta) anos. A pena mínima de doze anos, inicia-se em regime fechado, portanto, somente terá a progressão do regime após o cumprimento de 1/6 (Um Sexto) de pena mais o bom comportamento. Todavia, se não for reincidente em crime doloso, caberá à substituição de pena, com base no artigo 44, inciso II do Código Penal, que segue:

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

(...)

II – o réu não for reincidente em crime doloso.”

O Sr. Carlos não poderá incorrer sob pena de morte pois está não é aplicada em nosso ordenamento jurídico, salvo em hipótese de guerra declarada, conforme dispõe o artigo Art 5º, inciso XLVII, alínea “a” da Constituição Federal de 1988:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
XLVII - não haverá penas:
a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.”

O delegado de polícia local, deverá instaurar o inquérito policial de Ofício pelo Auto de Prisão em flagrante, este deverá ser feito nos termos do Artigo 304, § 4º do Código de Processo Penal. A ação penal aplicável a este caso é a incondicionada, cuja titularidade é exclusiva do Ministério Público, assim disposto no artigo 129, I da Constituição Federal, tal ação é regida por alguns princípios como: obrigatoriedade, indisponibilidade e oficialidade.

Havendo indícios de autoria e materialidade colhidos durante a investigação, é obrigatório o oferecimento da denúncia, sendo a peça inicial neste tipo de ação penal, no prazo de 05 (cinco) dias, pois o acusado está preso, à luz do artigo 46 do Código de Processo Penal, prazo este contados da data em que o Ministério Público recebe os autos do inquérito.

Na denúncia serão necessários alguns requisitos onde deverá conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas, conforme dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal.

Assim, a competência para o julgamento da ação penal incondicionada, será através da natureza da infração, consoante artigo 74, § 1º do Código de Processo Penal, que compete a crimes previstos no artigo 121, §1º e §2º do Código Penal.

Quanto ao contrato celebrado entre o Sr. Roberto e o Sr. João Miguel, trata-se de pacta corvina, espécie de contrato que é vedado, ou seja, é proibido a celebração de contrato sobre a herança de pessoa viva. Não pode o filho

celebrar contrato de cessão de direitos sobre a cota hereditária que espera vir a herdar de seu pai, que ainda estava vivo. Conforme perfeitamente disposto no Artigo 146 do Código Civil

“Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Sua irregularidade se enquadra no segundo degrau da Escada Ponteana tratando do plano de validade, pois a inobservância do pacta corvina torna nulo o contrato em razão da impossibilidade jurídica do objeto. No Código Civil de 2002, somente a partilha *inter vivos* pode ser considerada exceção à norma do artigo 426, permitida no artigo 2.018: “é válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários”.

Portanto, mesmo que haja o princípio da boa-fé objetiva que se relaciona com o comportamento efetivo e concreto das partes, há regra específica prevendo não ser lícita a contratação que tenha por objeto a herança de pessoa viva, seja por meio de contrato típico ou não. Caso o contrato seja levado ao Judiciário e a ação fosse julgada procedente sua natureza seria declaratória e tal sentença teria efeitos *ex tunc*.

Em relação ao Sr. Sebastião, o mesmo foi gravemente ferido e como é beneficiário do Plano de Saúde da fazenda onde trabalha, e a assistência foi negada pela falta de pagamento da contratante, poderá este, entrar com a ação de tutela de urgência antecipada, tendo em vista que os elementos citados no caso estão evidenciando a probabilidade do direito e o perigo de dano ou resultado útil do processo conforme artigo 300 do CPC.

Sr. Sebastião como polo ativo, deverá observar que após requerer a tutela provisória, poderá o juiz exigir a caução real como forma de indenização, caso exista algum dano para o polo passivo no caso representado pelo Plano de Saúde, o qual está negando o atendimento por falta de pagamento.

Desta forma, o valor da causa será de R\$ 30.000,00 por Danos Morais que serão recolhidas após o protocolo e a emissão da guia processual, posteriormente, anexada aos autos.

Podemos citar como jurisprudência de um caso que se compara a este a que segue:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. TUTELA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE. RADIOTERAPIA IMRT. MANUTENÇÃO DA TUTELA DEFERIDA. I. Preliminar contrarrecursal. Intempestividade. Na hipótese dos autos, a juntada do mandado de intimação ocorreu em 03.05.2017, enquanto que o agravo foi recebido em 11.05.2017, ou seja, dentro do prazo legal de quinze dias previsto no art. 1.003, § 5º, do CPC. A contagem do prazo para a interposição do presente recurso iniciou-se da data da juntada aos autos do mandado de intimação, nos termos do art. 231, II, do CPC, e não da data em que o mandado foi recebido pela parte ré, consoante sustentado nas contrarrazões. II. De acordo com a redação do art. 300, caput, do CPC, para a concessão da tutela de urgência mostra-se necessária a presença dos seguintes pressupostos: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Inclusive, em sede de tutela antecipada em caráter antecedente, nas situações em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a exordial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada, contanto que indique o pedido da tutela final. Incidência do art. 303, do CPC. III. No caso concreto, deve ser mantida a tutela antecipada deferida, pois encontram-se presentes os requisitos... legais autorizadores. Acontece que a própria requerida reconhece, de certa forma, que há cobertura contratual para o tratamento da moléstia que atinge o demandante, dizendo apenas que não pode apenas ser aplicada a radioterapia com Modulação da Intensidade do Feixe (IMRT) porque a mesma se restringe ao tratamento de tumores da região de cabeça e pescoço. IV. Além disso, o contrato de plano de saúde está submetido às normas do Código de Defesa do Consumidor, nos termos da Súmula 469, do STJ, devendo ser

interpretado de maneira mais favorável à parte fraca na relação, na forma art. 47 do aludido diploma. Não há falar em não aplicação das normas consumeristas em virtude de a parte requerida atuar na modalidade de autogestão, pois. Conforme entendimento do egrégio STJ, é clara a prestação de serviços mediante a contraprestação do autor. V. Da mesma forma, os planos de saúde apenas podem estabelecer para quais moléstias oferecerão cobertura, não lhes cabendo avaliar a necessidade da realização do tratamento, incumbência essa que pertence ao profissional da medicina que assiste o paciente. VI. Por fim, e mais importante, vale dizer que no caso concreto está em jogo a saúde da parte autora, não podendo ser ceifada a oportunidade de ser tratada adequadamente das condições... médicas relatadas. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL REJEITADA. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70073692543, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge André Pereira Gailhard, Julgado em 30/08/2017).”

No que tange ao Direito Coletivo do Trabalho, o Sr Sebastião juntamente com outros trabalhadores rurais daquela área, fundaram um novo Sindicato de Trabalhadores Rurais na cidade, e fez isso para se tornar diretor da entidade e ter a estabilidade no emprego. Portanto, o atual modelo sindical brasileiro é o cooperativo, no qual vigora a fragmentação da classe trabalhadora em categorias e a unicidade sindical, sendo certo que no mesmo território somente pode haver um sindicato para representar cada categoria, conforme perfeitamente disposto na Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 8º, inciso II, conforme segue:

“Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte

(...)

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos

trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.”

Portanto, como já existia um sindicato da mesma categoria no mesmo município, o sindicato criado pelo Sr. Sebastião não possui validade jurídica, de tal modo não pode pleitear a reintegração no trabalho ou a indenização do período de estabilidade, pois este não é válido perante a lei.

Sem mais,

Este é o parecer.

São João da Boa Vista, 15 de setembro de 2018.

UNIFEOB
Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos
Curso de Direito

PROJETO INTEGRADO
PARECER JURÍDICO

Disciplina: Projeto Integrado

Série: 6º módulo C

Professor(es): William Cardozo Silva

Aluno(s):

Guilherme Teixeira Martins 16001624

Matheus Alves Ferreira 16000488

SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP
SETEMBRO 2018

SUMÁRIO

PARECER JURÍDICO.....	3
REFERÊNCIAS	13

PARECER JURÍDICO

Processo: -----

Assunto: Homicídio simples e regime de cumprimento de pena; inquérito policial e investigação criminal pelo Ministério Público; tutela provisória – tratamento médico-hospitalar; contrato nulo – objeto ilícito: herança de pessoa viva; fundação de mais de um sindicato na mesma base territorial.

Requerente: Eliana Dias

Trata-se de consulta jurídica realizada por Eliana Dias, em que a Requerente relata fatos ocorridos e formula questionamentos.

A Requerente informa ter sido esposa de José Leonardo Dias, com quem possui os filhos Carlos Aparecido e Roberto Carlos. A Requerente e seu esposo viviam em uma fazenda em Dourados – MS com os funcionários que trabalhavam na propriedade.

José Dias tornou-se paciente de câncer em estágio terminal, ocasião em que o filho Carlos Aparecido se mudou para a propriedade. Roberto Carlos vive na França, onde é sócio de empresa multinacional do ramo agrícola.

Carlos Aparecido possui uma desavença pessoal com Sebastião de Almeida, caseiro da fazenda, em razão de tê-lo presenciado receber um envelope de um homem desconhecido na entrada da propriedade. Carlos havia solicitado informações sobre o envelope com outro funcionário da fazenda de nome Pedro, que alegou não saber responder. Diante disso, Carlos havia decidido demitir Sebastião quando José Dias falecesse.

Após o falecimento de José Dias, Carlos solicitou a Sebastião que deixasse a propriedade, ocasião em que negociaram um prazo de uma semana para que este se retirasse. O prazo não foi cumprido. Carlos realizou tentativa de coagir Sebastião a sair da propriedade mediante o desligamento da energia elétrica da casa onde este se habitava, o que deflagrou uma

discussão entre ambos, na qual Carlos sacou um revólver e disparou contra Sebastião, ferindo-lhe o abdome.

Pedro testemunhou o ocorrido e acionou a Polícia Militar e o socorro médico. Sebastião foi transportado ao hospital, mas foi transferido da UTI local para a Santa Casa de Campo Grande em razão da ausência de vagas.

Alegam os filhos de Sebastião que, por não possuírem recursos para custear a transferência, acionaram a operadora do plano de saúde contratado pela fazenda de acordo com a Convenção Coletiva de Trabalho firmada pelo Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Dourados e Região, mas que a transferência seria negada por falta de pagamento das prestações.

Simultaneamente, a Requerente, orientada por seu sobrinho, requereu a abertura do inventário de José Dias e foi nomeada representante do espólio.

Em seguida, a Requerente recebeu uma notificação extrajudicial enviada por João Miguel Oliveira em que alega ser investidor e pleiteia uma parte do patrimônio deixado por José Dias, sob o argumento de que, anos atrás, fizera um acordo com Roberto Carlos, que concordou em ceder uma quota da sua futura herança em troca da sociedade na multinacional.

Sebastião e outros trabalhadores rurais locais fundaram novo sindicato de Trabalhadores Rurais, inobstante a existência prévia de outro sindicato da mesma categoria, de mesmo grau e no mesmo município com o intuito de eleger-se diretor da entidade. Com sua demissão, Sebastião ajuizou ação na Justiça do Trabalho contra o espólio de José Dias, em que pleiteia sua reintegração ao trabalho ou indenização do período de estabilidade.

Diante do exposto, a Requerente formula os seguintes questionamentos:

- a) Qual o crime praticado por Carlos?
- b) Carlos pode ser submetido à pena de morte? Por quê?
- c) A quais espécies de pena Carlos pode ser submetido?
- d) Caso venha a ser condenado, em qual regime Carlos iniciará o cumprimento da pena?
- e) Eventualmente condenado, Carlos poderá progredir de regime? Em caso positivo, quais são os requisitos para essa progressão?
- f) Se Carlos for primário e de bons antecedentes, quanto tempo terá que cumprir de pena para progredir de regime? E se o crime for considerado hediondo?
- g) De acordo com o tipo penal praticado, cabe substituição de pena? Porque?

- h) A prisão em flagrante autoriza a instauração do inquérito policial?
- i) Poderia o Ministério Público iniciar e conduzir as investigações criminais?
- j) É cabível o requerimento de tutela jurisdicional provisória no caso em estudo?
- k) Em caso positivo, qual modalidade de tutela provisória se aplica ao caso?
- l) Qual o procedimento a ser observado por Sebastião ao requerer a tutela provisória?
- m) Quem serão os titulares do polo ativo e do polo passivo da lide?
- n) Qual será o valor da causa? Deverão ser recolhidas em que momento?
- o) Utilizando-se do poder geral de cautela, quais as medidas poderão ser definidas pelo juiz para o cumprimento da decisão que conceder a tutela provisória?
- p) Segundo a atual legislação civil brasileira, o contrato celebrado entre o Sr. Roberto e o Sr. João Miguel é correto?
- q) Caso não seja correto, qual a consequência jurídica desta celebração?
- r) Na Escada Ponteana, em qual das etapas da formação do contrato incidiria a irregularidade?
- s) Mesmo que haja boa-fé, é possível a celebração do contrato nos termos em que o texto expõe?
- t) Qual o modelo sindical brasileiro? Poderia o Sr. Sebastião juntamente com outros trabalhadores rurais local criar um novo sindicato para representá-los?

É o breve relato.

Primeiramente, quanto ao crime praticado por Carlos, em que pese a possibilidade de que se adote como tese de defesa a prática de infração penal menos grave, é de rigor alertar que este provavelmente não será o entendimento da acusação e dos julgadores, e a razão os assiste.

Isso porque, apesar de aparentemente a conduta de Carlos ter sido impulsiva e o lugar e o momento do homicídio não terem sido planejados, uma análise dos fatos anteriores ao crime demonstrará que havia de fato uma intenção de Carlos quanto à morte de Sebastião. Em outras palavras, a mera ausência de planejamento prévio não prova nem torna mais provável que a vontade de Carlos não seria provocar a morte de Sebastião.

Nesse sentido, ensina o mestre Diego Pessi, Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Por mais bizarro ou repugnante que seja o crime, ele é praticado de forma racional e calculada. Afinal, mesmo que porventura pareçam compulsivos, os crimes requerem lógica e autocontrole (um hábito jamais deve ser confundido com uma compulsão).¹

Trata-se de um entendimento firmado pelo Promotor com base em estudo criminológico realizado durante 30 anos pelo professor Santon E. Samenow, Ph.D., psicólogo clínico graduado em Yale e consultor do FBI, que conclui o seguinte:

¹ PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. Bandidolatria e Democídio: Ensaio sobre Garantismo Penal e a Criminalidade no Brasil. 2ª edição. São Luís – MA: Armada e Resistência Cultural, 2017. (p. 26).

O súbito e violento crime passional é considerado um caso de insanidade temporária porque o perpetrador age totalmente fora de si. Mais uma vez, todavia, a aparência desmente a realidade. Um homem mata a mulher no calor de uma discussão. Não matara ninguém antes e a tendência das estatísticas é projetar que ele não matará novamente. É verdade que a data, a hora e o lugar do homicídio não foram planejados. Uma análise desse homem, no entanto, demonstraria que, em diversas ocasiões, ele a empurrara e muitas vezes a desejara morta. Ademais, é uma pessoa que, com frequência, imagina acertar as contas de forma violenta, usando violência sempre que crê que alguém o enganou. Não agiu totalmente fora de si quando matou a mulher. Não foi tomado por um impulso incontrolável, estranho. No seu raciocínio havia um precedente para o crime.²

O cenário descrito pelo professor assemelha-se com o caso em análise na medida em que é possível evidenciar um precedente de Carlos para praticar o crime contra Sebastião, isto é: ainda que não houvesse sido planejado o crime, é evidente o tratamento violento de Carlos em relação a Sebastião a ponto de ensejar o cometimento do homicídio: a desavença após o ocorrido com o envelope, a pretensão de demiti-lo e expulsá-lo da fazenda, o corte de eletricidade e a discussão. Tais fatos poderão ser comprovados em juízo pela acusação por meio do testemunho de Pedro e do depoimento pessoal de Sebastião.

Assim, considerando que Carlos disparou com a real intenção de assassinar Sebastião, a conduta, com efeito, se enquadra na hipótese de homicídio simples, prevista no artigo 121 do Código Penal.

No entanto, em observância ao artigo 14 do mesmo diploma legal, impende pontuar que não houve a consumação do homicídio, uma vez que, embora Carlos tenha iniciado a execução do crime, o resultado não ocorreu em razão da intervenção de Pedro; portanto, circunstância alheia à sua vontade, considerando ainda que não prestou socorro à vítima, fato que também corrobora a comprovação da intenção quanto à morte de Sebastião.

No mais, não se vislumbra, em princípio, a ocorrência de qualquer qualificadora prevista no § 2º do artigo 121 do Código Penal, nem as hipóteses de diminuição de pena do § 1º do mesmo artigo, motivo pelo qual se conclui que realmente se trata de homicídio simples.

² SAMENOW, Santon E. *Inside The Criminal Mind, Revised and Updated Edition*, p. 02. In: Bandidolatria e Democídio: Ensaio sobre Garantismo Penal e a Criminalidade no Brasil. (p. 26).

De todo modo, não há qualquer possibilidade de aplicação da pena de morte por se tratar de espécie de pena vedada pela Constituição Federal. No entanto, vislumbra-se que poderá ser aplicada pena privativa de liberdade de reclusão, por ser esta a prevista para o crime de homicídio.

Em caso de eventual condenação, o regime inicial de cumprimento dependerá da pena efetivamente imposta pela sentença, mas, considerando a quantidade mínima de pena prevista para o homicídio simples e o percentual mínimo de redução para a hipótese de tentativa, a pena mínima a ser aplicada será de 4 (quatro) anos. Portanto, o cumprimento da pena poderá se iniciar no regime aberto, passível de, se a pena imposta superar 4 (quatro) anos, iniciar-se no regime semiaberto e, se superar 8 (oito) anos, no regime fechado.

Além disso, supondo-se que Carlos seja primário e de bons antecedentes, existirá a possibilidade de progressão de regime, nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal e observado o artigo 114 do referido diploma legal quando da progressão ao regime aberto, desde que cumpridos os requisitos objetivo e subjetivo (caput do artigo 112).

Quanto ao requisito objetivo, trata-se do cumprimento de um sexto da pena no regime anterior.

Quanto ao requisito subjetivo, trata-se do bom comportamento carcerário, que deverá ser comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional.

Contudo, importante ressaltar que, se eventualmente for do entendimento da Promotoria e dos julgadores a prática de crime hediondo em razão da presença de hipótese qualificadora do homicídio, tendo em vista a disposição do § 2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, e considerando a primariedade de Carlos, a progressão de regime ocorrerá tão somente após o cumprimento de dois quintos da pena.

Quanto à possibilidade de substituição da pena, o artigo 44 do Código penal dispõe sobre os requisitos para que tal benefício seja concedido, senão vejamos:

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

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

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

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

Como se observa, não há possibilidade de substituição no caso ora analisado, em razão da natureza do crime de homicídio pressupor violência ou grave ameaça a pessoa e da probabilidade de que a pena mínima prevista supere quatro anos.

No tocante à instauração do inquérito policial e às investigações, é de se pontuar que a lavratura do auto de prisão em flagrante não somente autoriza, mas verdadeiramente vincula a autoridade competente à instauração do inquérito policial.

Ademais, o Ministério Público possuiria, sim, competência para promover as investigações. Isso porque, embora a Constituição Federal não tenha expressamente previsto tal poder a esse órgão, adota-se a tese da atividade-fim, segundo a qual, se Constituição delega a um órgão um fim (promoção da ação penal pública), deve necessariamente garantir os meios para atingi-lo (promoção das investigações).

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado da Corte Suprema:

Em processo de relatoria da Min. Ellen Gracie (HC 91.661/PE), a Segunda Turma, à unanimidade, asseverou que o ‘art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao Parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao Parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que ‘peças de informação’ embasem a denúncia’.³

Ora feitas as considerações necessárias quanto ao crime praticado por Carlos, passa-se à análise dos questionamentos formulados pela Requerente quanto a aspectos processuais civis de tutela provisória.

³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 593727/MG, Recorrente: Jairo de Souza Coelho, Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 14/5/2015.

Em primeiro lugar, presume-se que tais questionamentos se refiram aos fatos relativos ao plano de saúde e a eventual ação a ser ajuizada por Sebastião a fim de requerer tratamento médico-hospitalar que teria sido negado pela operadora do plano médico.

Pois bem, os artigos 294, 300 e 311 do Código de Processo Civil dispõem sobre as espécies de tutela provisória, senão vejamos:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

[...]

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

[...]

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Da análise dos referidos artigos, pode-se inferir que a tutela provisória somente poderá ser concedida se presentes a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo – caso em que será fundamentada em urgência –, ou se ocorrida uma das hipóteses do artigo 311 – caso em que será fundamentada em evidência.

No caso ora analisado, não é possível vislumbrar, em princípio, a ocorrência das hipóteses ensejadoras da tutela de evidência. Resta, portanto, verificar a possibilidade de fundamento da pretendida tutela em urgência.

Quanto à probabilidade do direito, requisito imprescindível a qualquer espécie de tutela provisória, nota-se que a fazenda teria assinado Convenção Coletiva de Trabalho em que seria garantido plano de saúde aos funcionários. Assim, tal prova seria realmente capaz de demonstrar a probabilidade do direito.

No que tange ao perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, é possível evidenciar diante dos fatos relatados a necessidade médica do paciente, que implica urgência quanto ao fornecimento do tratamento, e que a mora processual oferecerá risco à vida do paciente.

Desse modo, seria cabível, com efeito, o requerimento da tutela provisória de urgência de natureza antecipada.

Sendo assim, considerando ainda que a urgência seria contemporânea à propositura da ação, Sebastião poderia requerer a tutela de urgência antecipada em caráter antecedente, caso em que a inicial poderia se limitar ao requerimento da tutela antecipada, observado procedimento previsto no artigo 303 do Código de Processo Civil:

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar;

II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334;

III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

§ 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais.

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final.

§ 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

§ 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.

Nesse caso, Sebastião integraria o polo ativo da ação cível e poderia propô-la em face da fazenda e da operadora do plano de saúde, que se tornariam os titulares do polo passivo, considerando a responsabilidade da fazenda pelo pagamento das prestações, bem como da operadora pelo fornecimento do tratamento médico.

Quanto ao valor a ser dado à causa, dependerá do Autor (Sebastião) estipulá-lo na inicial. Estima-se que, se for requerida indenização por danos morais, o valor poderá variar em torno de R\$ 5 mil a R\$ 15 mil, sem prejuízo das custas processuais e honorários advocatícios.

As custas iniciais deverão ser recolhidas quando da propositura da ação, salvo se o Autor for beneficiário da justiça gratuita, sendo que, se a demanda for julgada procedente, os Réus arcarão com as despesas do Autor quando do cumprimento da sentença.

No mais, caso ocorra o deferimento da tutela provisória, o juiz poderá, nos termos do artigo 297 do Código de Processo Civil, com observância das normas cabíveis referente ao cumprimento provisório de sentença, adotar as medidas que, a seu critério, considerar adequadas. Por exemplo: multa diária, bloqueio de contas bancárias e veículos e penhora de bens.

Exaradas as considerações a respeito de questões processuais de tutela provisória, passe-se, nesse instante, à análise do suposto contrato firmado entre Roberto e João Miguel.

Referido ajuste encontra entrave no artigo 426 do Código Civil: “*Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva*”. Nesse caso, a consequência seria a nulidade do contrato, nos termos do artigo 166, inciso VII, do mesmo diploma legal:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.
(grifo nosso).

Ao se verificar o referido contrato de acordo com a Escada Ponteaná, observa-se que o ajuste possui todos os requisitos de existência (agentes, vontade, objeto e forma), no entanto, ao se prosseguir à análise dos requisitos de validade (capacidade dos agentes; consentimento; licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; e forma prescrita ou não-defesa em lei), nota-se que o objeto é ilícito em razão da vedação legal supramencionada.

Destarte, ainda que haja boa-fé das partes, o contrato cujo objeto seja herança de pessoa viva pode ser celebrado tão somente no sentido de existência, caso em que, não obstante, não

terá validade nem produzirá efeitos. No sentido legal, contudo, não poderá ser celebrado diante da expressa proibição pelo Código Civil.

Por fim, quanto aos aspectos relacionados ao sindicato fundado por Sebastião, o que se dever ter em mente é que o modelo sindical brasileiro é o corporativista, pautado pela intervenção estatal e em que vigora a unicidade sindical. Tal conceito encontra-se previsto na Constituição Federal, que dispõe sobre a criação de sindicatos e base territorial, senão vejamos:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município". (grifo nosso).

Da análise do dispositivo acima, pode-se concluir pela inconstitucionalidade da fundação do sindicato de Sebastião, considerando a existência prévia de outra entidade sindical de mesmo grau e representante da mesma categoria no mesmo município.

Tal argumento poderá ser utilizado contra o Reclamante na mencionada ação trabalhista a fim de requerer ao julgador que declare a ilegalidade do sindicato e reconheça a inexistência do direito à reintegração ou indenização.

É o parecer, s. m. j.

Dourados, 15 de setembro de 2018.

Matheus Alves Ferreira
Advogado
OAB 172.018

Guilherme Teixeira Martins
Advogado
OAB 201.817

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 set 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 set 2018.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 set 2018.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 set 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 15 set 2018.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 15 set 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 593727/MG, Recorrente: Jairo de Souza Coelho, Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 14/5/2015.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, v. 2: Parte Especial arts. 121 a 212. 17ª edição. São Paulo: Saraiva. 2017.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. Bandidolatria e Democídio: Ensaio sobre Garantismo Penal e a Criminalidade no Brasil. 2ª edição. São Luís – MA: Armada e Resistência Cultural, 2017.

3.4 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 2º BIMESTRE

PROJETO INTEGRADO 2018.2

6º Módulo - Direito

DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE

Os alunos, individualmente ou em duplas ou trios (mantidas as formações do bimestre anterior), devem elaborar um Parecer Jurídico Interdisciplinar (cujos modelos, à sua escolha, estão à disposição no *Google Classroom*) que aborde todas as unidades de estudo do módulo a partir do caso hipotético apresentado abaixo.

OBJETIVOS

Auxiliar o aluno a preparar-se para que ele seja:

- competente do ponto de vista técnico, político e ético, plenamente cômico de sua responsabilidade na tomada de decisões;
- preparado para problematizar o processo de trabalho no campo do Direito, explorando suas contradições em favor das demandas legítimas da sociedade brasileira;
- capaz de analisar, interpretar e aplicar os conhecimentos adquiridos no curso, buscando novas respostas aos problemas apresentados, exercitando sua autonomia técnico-intelectual;
- comprometido com a formação permanente, com o diálogo e com a convivência guiada pela ética da solidariedade, preocupado com os problemas de seu tempo e de seu espaço;
- apto a constituir-se referência de qualidade nos serviços por ele prestados, individual, associada ou coletivamente, ensinando e desenvolvendo a cidadania pelo exemplo ativo e atuante;
- competente para identificar necessidades individuais e coletivas, interferindo na alteração do perfil social, econômico e político do

país, desenvolvendo formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos;

- dotado de sólida formação humanística, técnica e prática, compreendendo a complexidade do fenômeno jurídico e as transformações sociais, bem como a gênese, fundamentos, evolução e conteúdo do ordenamento jurídico vigente.

INSTRUÇÕES

- O Parecer Jurídico será elaborado tendo como base o caso hipotético anexo, em que deverão ser respondidos questionamentos formulados no formato de consulta.
- Não haverá orientação **específica** dos docentes para a solução dos questionamentos formulados, todavia, eles **deverão abordar os conteúdos, ainda que superficialmente, em suas aulas**. Espera-se que os estudantes busquem as informações necessárias e complementares em todos os meios disponíveis (material de aula, biblioteca, *sites* jurídicos, entrevistas com profissionais da área, pesquisa de campo, etc), uma vez que o caso não é fácil e a solução não é óbvia.
- Cada grupo deverá entregar um único Parecer Jurídico em formato digital (**arquivo.pdf**), enviando o arquivo na pasta do *Google Classroom* dedicada à sua entrega.
- **Prazo de entrega: 12/11/2018**
- O padrão de resposta esperado será divulgado no dia 13/11/2018

PONTUAÇÃO:

O valor máximo a ser acrescido na nota P1 de cada um dos professores das unidades presenciais do módulo será o de dois pontos. O valor a ser atribuído será o resultado da média obtida pela soma das notas individuais dos professores, dividida por cinco, admitindo-se apenas um décimo após a vírgula e sem aproximação. As notas dos professores serão atribuídas da seguinte forma:

- 0,0 (zero), caso não seja entregue o parecer no prazo

- 0,5 (meio), caso o parecer seja considerado ruim
- 1,0 (um) caso o parecer seja considerado regular
- 1,5 (um e meio) caso o parecer seja considerado bom
- 2,0 (dois), nota destinada apenas aos pareceres passíveis de publicação oficial, na opinião do professor.

CASO HIPOTÉTICO

O Vale do Paraíba é uma região localizada entre as cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, conhecida por ser altamente urbanizada e industrializada, influenciando positivamente o Produto Interno Bruto do Brasil. Dentre as cidades que se localizam em tal região, encontram-se São José dos Campos e Jacareí.

A primeira é conhecida pela alcunha de "Capital do Vale", em virtude do elevado número populacional e da localização de grandes empresas do ramo de tecnologia, material bélico e, ainda, ser sede do maior complexo aeroespacial da América Latina; Jacareí, apelidada de "Capital da Cerveja", tem São José dos Campos como município limítrofe, chegando até a sofrer o fenômeno da conurbação, ocasião em que ambas as cidades são divididas por uma avenida chamada Avenida Brasil.

Localizada na Avenida Brasil, do lado pertencente ao município de São José dos Campos, está a empresa de fabricação de peças para aeronaves particulares "AVOAR LTDA", cujo proprietário é o Sr. Sandro Silva. A empresa conta com 2.500 (dois mil e quinhentos) empregados, sendo estes representados pelo Sindicato da Categoria dos Trabalhadores nas Empresas de Aviônicos, com sede em Jacareí - SP, cujo presidente é o Sr. Cléber Pereira.

Em razão de melhorias e novas oportunidades ocorrendo no setor, a empresa passa a celebrar contratos com várias montadoras internacionais e, em razão disso, decide aumentar a jornada de trabalho

dos empregados, que era de 40 (quarenta) horas semanais, para 44 (quarenta e quatro) horas.

Para tanto, empresa e o Sindicato celebraram um Acordo Coletivo de Trabalho em que fica pactuado o aumento da jornada de trabalho, bem como o ajuste salarial devido pelas quatro horas acrescidas, com seus respectivos reflexos.

Todavia, passado dois meses da celebração do Acordo Coletivo, a empresa não cumpriu com o combinado referente ao pagamento das horas acrescidas na jornada de trabalho dos empregados e, assim, os colaboradores, juntamente com o Sindicato, resolveram parar a produção e entrar em greve no dia 20/08/2017.

Encabeçando o movimento, além do sr. Cléber Pereira, estava o sr. Antônio Lima - empregado com mais de vinte anos na empresa e que era responsável pelo setor de qualidade.

Na data combinada, os empregados se reuniram na Avenida em frente da empresa e não entraram para trabalhar, ficando alguns do lado da avenida situado em São José dos Campos e outros do lado pertencente a Jacareí. O Sindicato providenciou todo aparato necessário para levar adiante as manifestações, tais como faixas, carros de som e camisetas.

Enquanto ocorriam as manifestações, alguns dos empregados que lá estavam e que eram contra o movimento grevista, começaram a se desentender com aqueles que apoiavam a greve, ocasião em que eclodiu uma briga generalizada. Um dos empregados, chamado José Fontes, que estava diante do portão da empresa - do lado da avenida pertencente a São José dos Campos - atirou um tijolo em sentido aos demais empregados que estavam do outro lado da via. O tijolo acabou por acertar a cabeça do sr. Antônio Lima que, na hora, perdeu a consciência e caiu ao chão, sendo prontamente socorrido por alguns colegas e levado ao hospital de Jacareí.

Depois de muitos minutos de grande confusão, a Polícia Militar interveio e acalmou a situação.

Após terem prestado socorro ao sr. Antônio Lima, seus colegas prontamente se dirigiram à Delegacia de Polícia de São José dos Campos e lá registraram um Boletim de Ocorrência relatando todo o ocorrido com o sr. Antônio e apresentando testemunhas que presenciaram o sr. José Fontes atirando o tijolo contra aqueles que estavam aderindo ao movimento grevista - e que veio a atingir o sr. Antônio na cabeça. O delegado de polícia, sabendo dos fatos, determina a instauração de Inquérito Policial.

O sr. Antônio, de quarenta e cinco anos de idade, é casado e possui dois filhos em idade escolar. Em razão do ferimento provocado pela tijolada, sr. Antônio foi submetido a uma cirurgia de urgência, pois, além de entrar em estado de coma, o evento provocou-lhe traumatismo craniano e o elevado risco de perder o olho direito.

Findo o procedimento cirúrgico, sr. Antônio ficou ainda internado na UTI do hospital de Jacareí pois se encontrava em estado de coma. Durante este tempo de internação, a família do sr. Antônio teve que desembolsar, com o procedimento cirúrgico, medicamentos e tratamento, o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Contudo, o sr. Antônio não resiste e acaba falecendo, em razão do golpe na cabeça, quarenta dias após o ocorrido.

Ciente disso, o delegado de polícia de São José dos Campos indiciou José Fontes pelo crime de lesão corporal seguida de morte. Ao concluir o Inquérito Policial, verifica-se que José Fontes havia sido condenado, com trânsito em julgado, em 2014, à pena de cinco meses de detenção por lesão corporal leve praticada em face de sua esposa, Maria de Lourdes. Também resta apurado que, em 2000, José Fontes cumpriu pena restritiva de direitos porque, na ocasião, explorava jogos de azar.

O Inquérito Policial é remetido ao fórum de São José dos Campos e é distribuído na 2ª Vara Criminal da Comarca. Recebido pelo Ministério Público, o promotor de justiça oferece denúncia contra José Fontes indicando-o como incurso no delito de lesão corporal seguida de morte - art. 129, §3º, CP - sendo a denúncia recebida pelo magistrado em 12/11/2017.

Não obstante o procedimento criminal, a família do sr. Antônio ingressa, em face de José Fontes, com pedido de tutela provisória, perante o Juízo Cível da Comarca de São José dos Campos, com objetivo de assegurar o ressarcimento do montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) gastos com o procedimento cirúrgico a que foi submetido o sr. Antônio, posto que José está vendendo seus bens com o propósito de não pagar pela dívida.

Na petição, a família ainda assevera ao magistrado que realizará o pedido principal - cobrança dos valores relativos à internação e condenação por danos morais em razão da morte do ente querido - assim que concluído o processo criminal.

Distribuído o procedimento cível, o magistrado entende por acolher o pedido e concede a tutela provisória de urgência em caráter antecedente, determinando o protesto contra a alienação do imóvel de titularidade de José Fontes, objeto da matrícula R.1078, do Registro de Imóveis de São José dos Campos. Determina também a intimação do sr. José Fontes para que apresente defesa, no prazo legal.

O sr. José Fontes é citado da ação penal e intimado da decisão que concedeu a tutela provisória no mesmo dia, por um único Oficial de Justiça.

Mas como uma desgraça nunca chega só, na mesma ocasião, o meirinho procede à citação da sra. Maria de Lourdes referente a uma ação de resolução contratual, com pedido de busca e apreensão, que lhe promove a instituição financeira "GFV FINANCIAMENTOS S/A".

Na inicial, a autora alega que a sra Maria de Lourdes celebrou um contrato de alienação fiduciária para aquisição de um veículo, no valor total de R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), em 60 (sessenta) parcelas de R\$ 900,00 (novecentos reais), mas o contrato deveria ser resolvido porque a sra Maria deixou de adimplir com as parcelas de números 51 a 60. Na decisão que determina a citação da requerida, o magistrado

consigna que o pedido de busca e apreensão do veículo seria apreciado após a apresentação de eventual contestação.

Diante de todo este caso, o sr. José Fontes e a sra. Maria de Lourdes o procuram para que lhe forneçam um parecer fundamentado, respondendo aos seguintes questionamentos.

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

01 - A 2ª Vara Criminal de São José dos Campos é competente para apreciar o caso?

02- No caso de sentença penal absolutória na jurisdição criminal, há de falar da incidência de coisa julgada na jurisdição cível?

DIREITO PENAL:

01 - No que consiste o delito pelo qual o sr. José Fontes foi denunciado?

02 - Se vier a ser condenado, ele pode ser preso?

03 - Poderia ser, o sr. José Fontes, apenado com montante acima do mínimo legal? Como se procede a essa fixação?

04 - Há reincidência ou maus antecedentes? Se sim, quais as fases que o Juiz fará a análise?

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO:

01 - No Brasil, é permitido o direito de greve? Em quais situações?

02 - A greve realizada pelos empregados é lícita e justa?

DIREITO PROCESSUAL CIVIL:

01 - O que é tutela provisória de urgência em caráter antecedente?

02 - A tutela provisória concedida é passível de estabilização?

03 - Uma vez intimada da decisão, qual a(s) providência(s) devem tomar os familiares de Antônio? E quais as consequências de sua eventual inércia?

DIREITO CIVIL:

01 - O que se entende por "resolução contratual"?

02 - No caso em questão, há chance de a instituição financeira ter êxito na demanda? Seria possível a busca e apreensão do veículo?

03 - Qual a tese que poderia ser invocada para a defesa da sra. Maria de Lourdes?

Na condição de advogados, formulem um parecer jurídico que responda aos questionamentos apresentados de maneira fundamentada.

GABARITO – PI – PARECER JURÍDICO – 6º MÓDULO – 2º BIMESTRE

DIREITO PENAL:

01 - Delito de lesão corporal seguida de morte: art. 129, §3º do CP. O agente atua com dolo no antecedente e culpa no consequente. O crime é, portanto, preterdoloso. O crime é tipificado pela vontade do agente em lesionar e a morte decorre da ação praticada, porém, a título de culpa.

Não se trata de rixa, porquanto a posição dos contendores é definida (STJ, apn 35/GO, Rel. Min. Américo Luz, CE, RCJ, v. 45, p. 188).

02 - Se ele vier a ser condenado, poderá ser preso. A pena prevista é de 4 (quatro) a 12 (doze) anos de reclusão.

03 - A pena deve respeitar o procedimento trifásico: na primeira fase, o juiz analisa as circunstâncias judiciais do artigo 59 e fixa a pena base. Na segunda fase, o magistrado passa à análise das circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira fase, o juiz observa as causas de aumento e de diminuição da pena, da parte geral e especial.

O sr. José poderá receber pena acima do máximo legal.

04 - Há reincidência. Já há condenação por crime anterior com trânsito em julgado, que ainda possui o condão de gerar a reincidência.

De acordo com o entendimento do STJ, existem maus antecedentes em razão da condenação no ano de 2000.

O juiz fará a análise da reincidência na segunda fase, por se tratar de circunstância agravante. Já os maus antecedentes serão analisados na primeira fase para a fixação da pena base.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

01 - De acordo com o disposto no art. 70 do Código de Processo Penal, a competência em razão do lugar é definida "pelo lugar em que se consumar a infração". No caso em comento, a 2ª Vara Criminal de São José dos Campos seria relativamente incompetente para processar e julgar o sr. José Fontes, uma vez que, embora a conduta de atirar o tijolo tenha ocorrido em São José dos Campos, o crime se consumou na cidade de Jacareí. Desta

sorte, deve a defesa alegar a incompetência do Juízo na primeira oportunidade, tal como dispõe o art. 108 do Código de Processo Penal.

02 - Para que a sentença criminal absolutória faça coisa julgada no cível, é preciso verificar qual a fundamentação da absolvição. Fazem coisa julgada no cível a sentença absolutória que reconhece a inexistência do fato (art. 386, I, CPP); a que absolve por estar provado que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV, CPP) e as que absolverem por reconhecer alguma excludente de ilicitude (art. 65, CPP). Sentenças absolutórias que têm por fundamento a atipicidade do fato (art. 386, III, CPP); ou que não há prova da existência do fato (art. 386, II, CPP); ou que não há prova de que o réu concorreu para a infração (art. 386, V, CPP) ou que não há provas suficientes para a condenação (art. 386, VII, CPP) não impedem a propositura de ação civil que busque eventual reparação.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

01 – É uma modalidade de tutela provisória de urgência prevista no Código de Processo Civil que permite à parte autora, diante da verificação “da fumaça do bom direito” e do “perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, realizar o requerimento provisório aduzindo apenas alguns requisitos da petição inicial, desde que a urgência seja contemporânea à propositura da ação.

02 – A tutela concedida no caso concreto é de natureza provisória, de urgência, de natureza cautelar antecedente, posto que objetiva resguardar o resultado útil do processo. Não sendo, portanto, uma tutela provisória satisfativa, não terá o condão de se estabilizar, característica própria da tutela provisória de urgência antecipada antecedente.

03 – A decisão concedida é de natureza cautelar antecedente. Segundo o artigo 308 do CPC, efetivada a tutela cautelar, os familiares deverão formular o pedido principal no prazo de 30 dias, nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, independentemente do pagamento de novas custas. Permanecendo inertes, a tutela concedida perderá sua eficácia (art. 309, I, CPC), sendo-lhes vedada a renovação do pedido, salvo por novo fundamento. Ademais, poderão sofrer a penalidade tratada no artigo 302, III do CPC, no sentido de, independente da reparação por dano processual, responder pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causou à parte adversa.

DIREITO CIVIL

01 - Resolução contratual é forma anormal de extinção do contrato que se dá quando uma das partes contratantes deixa de cumprir com o pactuado. A resolução contratual tem como premissa o inadimplemento.

02 e 03 - Sim, há chance de a instituição financeira ter êxito na demanda e conseguir, ainda, a busca e apreensão do veículo. Como se depreende do caso, o contrato celebrado é de alienação fiduciária, caracterizado por ser comutativo de trato sucessivo. Muito embora pudesse ser alegada a tese fundada na "Teoria do Adimplemento Substancial" para a defesa da sra. Maria de Lourdes, os Tribunais - e principalmente o Superior Tribunal de Justiça - têm entendido, recentemente, que a Teoria do Adimplemento Substancial não se aplica aos contratos de alienação fiduciária pois ela não é capaz de afastar o que prevê o Decreto-Lei 911/1969, que permite o uso da ação de busca e apreensão em casos de inadimplência.

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

01 - No Brasil, é permitido o direito de greve? Em quais situações?

R - A greve é um direito constitucional previsto no artigo 9º e 37, VII da Constituição Federal, que se constitui em norma de eficácia limitada. No caso dos trabalhadores do setor privado este direito foi regulamentado pela Lei 7.783/89, enquanto que na Administração Pública este Direito ainda encontra-se dependente de regulamentação, razão pela qual o STF entendeu em julgado recente que os servidores públicos não poderiam ter seu direito constitucional suprimido em razão da mora do Congresso Nacional em aprovar a respectiva lei específica tendente a regulamentar este direito, motivo pelo qual por analogia e com as adaptações necessárias deve-se aplicar a Lei 7.783/89 para os Dissídios de Greve também no setor público.

02 - A greve realizada pelos empregados é lícita e justa?

A licitude da Greve depende da observância dos requisitos estabelecidos na Lei 7.783/89, dentre eles podemos destacar o esgotamento das tentativas de solução autocompositiva do conflito por meio da negociação coletiva, a comunicação com antecedência mínima de 48 horas ou 72 horas para a paralisação coletiva, dependente tratar-se ou não de atividade essencial, etc.. Os subsídios fáticos trazidos no caso não permite afirmar se tais requisitos foram observados, portanto, a resposta ao questionamento seria sim, para a licitude do movimento, caso observados os requisitos de referida lei, e, sim para a justiça e legitimidade do movimento, uma vez que tem como objeto o cumprimento de direitos estabelecidos por meio de Acordo Coletivo de Trabalho.

3.5 MELHORES PARECERES – 2º BIMESTRE

PARECER JURÍDICO

- 1) Direito Penal – Lesão corporal seguida de morte
- 2) Direito Processual Penal – Competência e ação civil “*ex delicto*”
- 3) Direito Processual Civil – Tutela provisória de urgência
- 4) Direito Civil – Contratos
- 5) Direito Coletivo do Trabalho – Direito de greve

Consultentes: Sr. José Fontes e Sra. Maria de Lourdes

EMENTA: DIREITO PENAL. LESÃO COPORAL SEGUIDA DE MORTE. FIXAÇÃO DA PENA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL EX DELICTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DE CARÁTER ANTECEDENTE. ESTABILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO CIVIL. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO. DIREITO COLETIVO DO TRABALHO. GREVE JUSTA E LÍCITA.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. José Fontes e pela Sra. Maria de Lourdes, ambos casados, no que diz respeito à questionamentos criminais, cíveis, trabalhistas, e processuais.

Segundo consta, o senhor José é empregado da empresa “AVOAR LTDA”, produtora de materiais bélicos, com sede em São José dos Campos. Atualmente, os empregados da empresa são representados pelo Sindicato da Categoria dos Trabalhadores nas Empresas de Aviônicos, com sede no município de Jacareí, cidade esta que faz divisa com São José dos Campos.

Considerando as melhorias e novas oportunidades ocorrendo no setor da aludida empresa, esta decidiu aumentar a jornada de trabalho dos empregadores, que passou de 40 (quarenta) à 44 (quarenta e quatro) horas. Para tanto, junto com o Sindicato celebraram um Acordo Coletivo de Trabalho.

Ocorre que após dois meses do acordo, a empresa deixou de cumprir com o que foi pactuado, logo, os trabalhadores juntamente com o Sindicato decidiram cessar a produção e declarar greve.

No dia 20 de agosto de 2017, data combinada pelos trabalhadores e Sindicato, os mesmos se reuniram na Avenida em frente da empresa para iniciarem as manifestações grevistas e reivindicatórias, tendo sido uns favoráveis, e outros desfavoráveis ao movimento, iniciando uma grande briga entre eles. No decorrer da confusão, o consulente José Fontes, do lado da cidade de São José dos Campos, atirou um tijolo no rumo dos demais empregados que estavam do outro lado da faixa, na cidade de Jacareí, vindo a atingir o Sr. Antônio, o qual imediatamente perdeu a consciência e foi socorrido por alguns colegas.

Em razão do grande ferimento provocado pela tijolada, Antônio foi submetido a uma cirurgia de urgência na UTI do hospital de Jacareí. Durante a internação, a família do internado desembolsou R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) com o procedimento cirúrgico, medicamentos e tratamentos. Todavia, o Sr. Antônio não resistiu e faleceu em razão do golpe na cabeça.

Diante dos fatos, a Autoridade Policial indiciou o Sr. José Fontes pela prática do crime de lesão corporal seguido de morte. Verificou-se que o indiciado havia sido condenado, com trânsito em julgado, em 2014, à pena de cinco meses de detenção por lesão corporal leve praticada em face de sua esposa. Apurou-se também, que no ano de 2000, José Fontes cumpriu pena restritiva de direitos, porque na ocasião, explorava jogos de azar. O Ministério Público, por meio de seu Promotor de Justiça ofereceu denúncia contra José Fontes como incurso no delito de lesão corporal seguida de morte, sendo a denúncia recebida pelo Magistrado no dia 12.11.2017.

Além disto, a família da vítima ingressou na Justiça Cível em face de José, com pedido de tutela provisória, objetivando assegurar o ressarcimento de R\$ 20.000,00 gastos durante a internação. A tutela fora concedida pelo Magistrado, vez que José estava alienando seus bens com o propósito de se esquivar da dívida.

Por fim, a consulente Sra. Maria recebeu uma citação referente uma ação de resolução contratual, com pedido de busca e apreensão, tendo como requerente “GFV FINANCIAMENTOS S/A”, alegando em síntese que Maria tivera celebrado um contrato de alienação fiduciária para aquisição de um veículo, no valor total de RS 54.000,00, em 60

parcelas, devendo o contrato ser resolvido visto que a requerida deixou de adimplir com as parcelas de número 51.

É o relatório.

Passo a opinar.

1) Em se tratando de Direito Penal, o delito pelo qual o Sr. José Fontes foi denunciado, cuida-se de crime exclusivamente preterdoloso. O crime preterdoloso é uma espécie de crime agravado pelo resultado, no qual o agente pratica uma conduta anterior dolosa, e desta decorre um resultado posterior culposo. Há dolo no fato antecedente e culpa no consequente.

Simplificando, no primeiro fato, o de atirar uma pedra para lesionar a integridade física de outrem, há dolo, porém, o resultado consequente, no caso a morte, foi culposo, e não doloso, ou seja, não intencional. Segundo Cléber Masson “Não sem razão esse delito é também chamado de homicídio preterintencional ou homicídio preterdoloso. Aliás, é o único crime autenticamente preterdoloso tipificado pelo Código Penal, pois o legislador foi explícito ao exigir dolo no crime antecedente (lesão corporal) e culpa no resultado agravador (“não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo”).”

Trata-se de figura híbrida (misto de dolo e de culpa), esse delito não admite tentativa. Ou o agente, depois de lesionar, mata culposamente a vítima, e estará consumada a lesão corporal seguida de morte, ou somente nela produz lesões corporais, e a ele será imputado esse crime.

Caso seja condenado, José poderá ser preso. Primeiramente, a pena em abstrato do crime em questão é de reclusão, de quatro a doze anos. Ao observarmos o artigo 33, § 2º, alínea “a” e “b”, do Código Penal, temos que o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá a cumprir-la em regime fechado; e o condenado não reincidente, cuja pena seja superior ou inferior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumprir-la em regime semiaberto.

Vide:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) O condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Na primeira hipótese, considerando a pena em abstrato, e supondo que José seja condenado a pena superior a 8 (oito) anos, **deverá** cumpri-la em regime fechado, ou seja, não haverá opção, José deverá iniciar em regime fechado.

Já a segunda hipótese, José sendo reincidente, e supondo que seja condenado numa pena superior a 4 (quatro) anos, deverá cumpri-la em regime fechado, de acordo com o Código Penal e STJ.

Vejam os a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“A teor do disposto no art. 33, § 2º, “b”, do CP, o réu reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e não excedente a 8 anos, deverá, desde o princípio, cumprir a pena no regime inicial fechado, mesmo se favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal. No caso, embora fixada a sanção em patamar equivalente à aplicação intermediário (5 anos e 10 meses), a adoção do regime fechado para cumprimento inicial da pena justifica-se pela reincidência delitiva. Habeas corpus não conhecido. (STJ, Habeas Corpus, HC 304796 SP 2014/0243318-8)”.

Por fim, supondo que José seja condenado no mínimo legal da pena em abstrato, isto é, 4 (quatro) anos, e se as circunstâncias judiciais forem favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto.

Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a Súmula n. 269:

“É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

O Sr. José Fontes pode ser apenado com montante acima do mínimo legal. A fixação da pena consiste em aplica-la na sentença, depois de superadas todas as etapas do devido processo legal, de acordo com o sistema trifásico, adotado pelo Código Penal em seu artigo 68, *caput*:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Na primeira fase, deve-se observar as circunstâncias judiciais, aquelas previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, tais como à culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivo do crime, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima. Os maus antecedentes por si só já tem o condão de apenar acima do mínimo legal.

Na segunda fase, há de se observar as agravantes genéricas, previstas na Parte Geral do Código Penal (arts. 61, 62 e 63) e as atenuantes genéricas, previstas também na Parte Geral do Código Penal (arts. 65 e 66).

Na terceira fase, observa-se as causas de aumento de pena e qualificadoras, obrigatórias ou facultativas, porque situam-se na Parte Geral (arts. 70, 71, 73 e 74), também na Parte Especial (exemplos: 155, § 1º), e também na legislação especial (exemplo: Lei 9.613/1998 – Lavagem de Dinheiro – art. 1º, § 4º, e Lei de Drogas 11.343/2006 art. 40). Também deve ser analisada as causas de diminuição da pena, obrigatórias ou facultativas, previstas tanto na Parte Geral (arts. 16, 21, *caput*, in fine, 24, § 2º, 26, parágrafo único), quanto na Parte Especial (arts. 121, § 1º, 155, § 2º, etc.), bem como na legislação especial (Lei 11.343/2006 – Drogas. art. 33,

§ 4º, etc.). Podem reduzir a pena abaixo do mínimo legal, e incidem na terceira fase de aplicação da pena.

Por fim, há tanto reincidência quanto maus antecedentes no presente caso. A primeira deverá ser analisada na segunda fase da fixação da pena, e o segundo deverá ser analisado na primeira fase de fixação da pena.

Cumprе ressaltar que o Sr. José poderá ser reincidente até 2019, porque em 2014 ele foi condenado, com trânsito em julgado, à pena de cinco meses, em conformidade com o artigo 63 do Código Penal. Salienta-se que o período depurador é de 05 (cinco) anos após o cumprimento da pena, e, suponho que ele já tenha cumprido.

Destaca-se também que o Sr. José possui maus antecedentes, tendo em vista que no ano de 2000 foi cumprida pena restritiva de direitos, porque explorava jogos de azar. O período depurador já mencionado, equipara-se somente aos efeitos da reincidência, porquanto, não atinge os maus antecedentes.

É o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO.

EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO.

1. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de 5 anos do art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

2. Não tendo a confissão sido considerada na formação da convicção da autoria e materialidade do delito, não caracteriza violação do art. 65, III, "d", do Código Penal a negativa de atenuação da pena.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1500382/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015).

Contudo, recentemente, à título de curiosidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu diferentemente.

Vejamos:

“As condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não poderão ser caracterizadas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena, conforme previsão do art. 64, I, do CP [“Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”]. Esse é o entendimento da Segunda Turma, que, em conclusão de julgamento e por maioria, concedeu a ordem em “habeas corpus” para restabelecer a decisão do tribunal de justiça que afastara os maus antecedentes, considerada condenação anterior ao período depurador (CP, art. 64, I), para efeito de dosimetria da pena — v. Informativo 778. A Turma afirmou que o período depurador de cinco anos teria a aptidão de nulificar a reincidência, de forma que não poderia mais influenciar no “quantum” de pena do réu e em nenhum de seus desdobramentos. Observou que seria assente que a “ratio legis” consistiria em apagar da vida do indivíduo os erros do passado, já que houvera o devido cumprimento de sua punição, de modo que seria inadmissível atribuir à condenação o “status” de perpetuidade, sob pena de violação aos princípios constitucionais e legais, sobretudo o da ressocialização da pena. A Constituição vedaria expressamente, na alínea b do inciso XLVII do art. 5º, as penas de caráter perpétuo. Esse dispositivo suscitaria questão acerca da proporcionalidade da pena e de seus efeitos para além da reprimenda corporal propriamente dita. Nessa perspectiva, por meio de cotejo das regras basilares de hermenêutica, constatar-se-ia que, se o objetivo primordial fosse o de se afastar a pena perpétua, reintegrando o apenado no seio da sociedade, com maior razão dever-se-ia aplicar esse raciocínio aos maus antecedentes. Ademais, o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontraria previsão na legislação pátria, tampouco na Constituição, mas se trataria de uma analogia “in malam partem”, método de integração vedado em nosso ordenamento. Por fim, determinou ao tribunal de origem que procedesse à nova fixação de regime prisional, sem considerar a gravidade abstrata do delito, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. Vencidos os Ministros Teori Zavascki e Cármen Lúcia, que concediam parcialmente a ordem, apenas quanto à fixação do regime prisional. HC 126315/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.9.2015. (HC-126315) ”.

2) Em se falando de Direito Processual Penal, a 2ª Vara Criminal de São José dos Campos, é relativamente competente para apreciar o caso. Isso porque, estamos diante de competência *ratione loci*, por se tratar de competência territorial. O crime foi praticado em São

José dos Campos, porém, o delito se consumou apenas em Jacareí, momento em que o Sr. Antônio faleceu em razão do golpe. Para tanto, temos a teoria do resultado, a qual prevê que o lugar do crime é aquele em que o resultado foi produzido, não se importando o local da ação ou da omissão.

Ocorre que, em se tratando de competência territorial, a competência é relativa, enquanto as competências em razão da matéria, prerrogativa de função, e funcional, são consideradas absolutas. Segundo Renato Brasileiro de Lima “*são exemplos de competências relativas: 1- competência territorial, seja pelo lugar da infração, seja pelo domicílio ou residência do réu; 2- competência por prevenção, 3- competência por distribuição; 4- competência por conexão e continência*”.

Ainda nas lições de Renato Brasileiro “*(..) por esse motivo, essa espécie de competência admite prorrogação, ou seja, caso não seja invocada no momento oportuno, um juízo que abstratamente seria incompetente para processar e julgar um feito passará a ter competência para julgá-lo no caso concreto. Eventual inobservância a uma regra de competência relativa poderá dar ensejo, no máximo, se comprovado prejuízo, a uma nulidade relativa, cujas principais características são: a) deve ser arguida oportuno tempore – em se tratando de incompetência relativa, no momento da resposta à acusação (CPP, art. 396-A, com redação dada pela Lei nº 11.719/08) –, sob pena de preclusão; b) o prejuízo deve ser comprovado*”.

Portanto, a competência para apreciar o caso, em regra, é da Comarca de Jacareí, tendo em vista a teoria do resultado, que prevê o lugar do crime é aquele em que o resultado foi produzido, fixando a competência territorial, no entanto, como já explicado, a Comarca de São José dos Campos é relativamente competente, visto que se trata de competência territorial, e por este fato, poderá se tornar competente caso não seja alegado pela defesa no momento oportuno (resposta à acusação).

No caso de sentença penal absolutória na jurisdição criminal, há de se falar da incidência de coisa julgada na jurisdição cível, em alguns casos.

Primeiro, há de se analisar os fundamentos da sentença absolutória:

I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o acusado não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o acusado de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua

existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação; todos do artigo 386, Código de Processo Penal.

Observadas as hipóteses, consignaremos as sentenças absolutórias que incidem em coisa julgada na jurisdição cível. São elas, segundo a melhor doutrina:

I – estar provada a inexistência do fato: neste caso, o juiz formou sua convicção no sentido da inocorrência do fato no mundo fenomênico, isto é, o fato não ocorreu no mundo da natureza. Não se trata de falta de provas, ou de um estado de dúvida. Na verdade, há prova nos autos que confirmam peremptoriamente que o fato delituoso imputado ao acusado não ocorreu. Por isso, esse decreto absolutório faz coisa julgada no âmbito cível, nos termos do art. 66 do CPP, c/c art. 935 do CC;

IV – estar provado que o acusado não concorreu para a infração penal: nos mesmos moldes que a decisão do inciso I do art. 386, esta decisão absolutória também é baseada em um juízo de certeza, porém, nesse caso, no sentido de que o acusado não concorreu para a prática delituosa na condição de autor, coautor ou partícipe. A título de exemplo, é possível que a instrução probatória demonstre que o autor, efetivamente, não poderia ter praticado o fato delituoso, seja porque outro o autor, seja porque faticamente impossível a sua realização, vez que comprovada sua localização, temporal e espacial, em local diverso do crime. Como se trata de decisão absolutória baseada em um juízo de certeza, que reconhece categoricamente que o acusado não concorreu para o cometimento do delito, esta absolvição faz coisa julgada no cível. Ora, se o juiz atestou estar provado que o acusado não concorreu para a infração penal, conclui-se que tal questão foi decidida no âmbito criminal, inviabilizando a propositura de ação indenizatória no cível;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o acusado de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência: havendo certeza (ou mesmo fundada dúvida) sobre a existência de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, incumbe ao juiz absolver o acusado. Quanto aos reflexos civis da sentença absolutória proferida com base no art. 386, VI, do CPP, há de se ficar atento às diversas possibilidades:

a) provada a existência de causa excludente da ilicitude real: a decisão absolutória fará coisa julgada no cível, mas desde que o ofendido tenha dado causa à excludente. Sobre o

assunto, o art. 65 do CPP dispõe que faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Por exemplo, na legítima defesa, se o ofendido deu início à agressão injusta, o acusado absolvido no processo penal com fundamento no art. 25 do CP não se sujeitará à ação civil. Raciocínio semelhante será aplicado ao estado de necessidade defensivo, se o ofendido tiver provocado a situação de perigo atual, ou se, nos casos de estrito cumprimento do dever legal ou de exercício regular de direito, a vítima tiver sido a responsável pelas respectivas justificantes. Todavia, se o fato praticado ao amparo da excludente da ilicitude tiver atingido terceiro inocente ou se o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito não tiverem sido desencadeados pela pessoa ofendida, mas por um terceiro (v.g., estado de necessidade agressivo), a vítima não fica impedida de buscar no cível, em demanda proposta contra o acusado absolvido, a indenização pelos prejuízos sofridos. Nesse caso, o acusado absolvido, uma vez acionado pela vítima, poderá intentar ação regressiva contra o terceiro que deu causa à situação;

b) provada a existência de causa excludente da ilicitude putativa e erro na execução (aberratio ictus): a absolvição com fundamento na legítima defesa putativa não impede a propositura da ação civil ex delicto, salvo se a repulsa resultar de agressão do próprio ofendido. 185 Na mesma linha, se o acusado, em legítima defesa real, atinge terceiro inocente em virtude de erro na execução, também deverá ser absolvido na esfera criminal, o que não afasta sua responsabilidade na esfera civil. Nesse caso, poderá promover ação regressiva contra aquele que deu ensejo à excludente de ilicitude, nos termos do art. 930, parágrafo único, do Código Civil.

Por fim, conclui-se que haverá apenas incidência de coisa julgada na jurisdição civil somente nos casos em que, o réu tenha sido absolvido pela prática do crime em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito. Contudo, existem algumas exceções: estado de necessidade, mas o prejudicado não tiver sido culpado pela situação de perigo (não incide coisa julgada no cível); se reconhecida uma discriminante putativa e o autor tiver errado na execução do delito.

As demais hipóteses são a de reconhecimento categórica da inexistência material do fato e de reconhecimento da existência de prova de que o réu não concorreu para a infração penal.

3) No que toca ao Direito Processual Civil, inicialmente há de se conceituar o que é tutela provisória de urgência em caráter antecedente. Segundo Marcus Vinicius Gonçalves, “a tutela provisória passou a expressar, na atual sistemática, um conjunto de tutelas diferenciadas, que podem ser postuladas nos processos de conhecimento e de execução, e que podem estar fundadas tanto na urgência quanto na evidência. Trata-se de tutela jurisdicional sumária e não exauriente. É sumária porque fundada em cognição sumária, ou seja, no exame menos aprofundado da causa. Na tutela provisória exige-se apenas um juízo de probabilidade e não um juízo de certeza.”

Não é definitiva porque pode ser revogada ou modificada em qualquer tempo. A tutela provisória normalmente não dura para sempre e pode ser substituída por outra tutela.

De acordo com o artigo 294, do Código de Processo Civil, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Em seu parágrafo único, estabelece que a tutela provisória de urgência, cautelar, ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Tutela antecipada porque ela, antecipadamente, satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão formulada pelo autor, concedendo-lhe os efeitos ou consequências jurídicas que ele visou obter com o ajuizamento da ação.

Tutela cautelar porque não satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão do autor. O juiz não concede, já, o que só seria deferido ao final, mas determina providências de resguardo, proteção e preservação dos direitos em litígio.

Quanto a classificação “urgência”, será quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (CPC, art. 300, *caput*). Os requisitos são o *fumus boni juris*, isto é, a probabilidade do direito, e o *periculum in mora*, isto é, risco de que sem a medida o litigante possa sofrer perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação.

A tutela antecedente é aquela formulada antes que o pedido principal tenha sido apresentado ou, ao menos, antes que ele tenha sido apresentado com a argumentação completa. No caso da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, o autor formulará o pedido cautelar antes de apresentar o principal. Ao requerê-la, deverá apenas indicar qual será a pretensão principal, expondo de maneira sumária o direito que se visa assegurar.

Efetivada a tutela cautelar, deverá ser apresentado, no mesmo processo, e dentro de 30 dias, o pedido principal. Não há, pois, um processo antecedente a outro, mas um pedido antecedente ao outro no mesmo processo.

A tutela antecipada também pode ser deferida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC. O autor formulará apenas o pedido de antecipação, apresentando uma exposição sumária da lide, do direito que se busca realizar e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Concedida a tutela antecipada, a inicial deverá ser aditada para complementação da argumentação, juntada de novos documentos e confirmação do pedido de tutela final, em 15 dias, ou outro prazo maior que o órgão jurisdicional fixar.

A tutela provisória concedida é passível de estabilização, especificadamente nos casos em que, quando concedida, o autor não emendar a petição inicial, no prazo de 15 (quinze) dias, e o requerido não apresentar o recurso cabível, no caso, o agravo de instrumento. Caso o requerente emende a petição inicial, o processo seguirá com o seu curso normalmente, e haverá manutenção da eficácia da medida (CPC, art. 296).

Importante lembrar, que a tutela estabilizada pode ser revista, a partir da propositura de uma ação autônoma a ser distribuída por dependência no mesmo juízo processante, em um prazo de 2 (dois) anos, sem necessidade de qualquer depósito prévio e sem restrição quanto às hipóteses de cabimento. Nota-se, portanto, que a estabilização da tutela oferece muito menos segurança que a coisa julgada, que por sua vez somente poderá ser revisitada a partir da propositura da ação rescisória, se preenchidos todos os requisitos a ela inerentes. Percebe-se que o transcurso dos 2 anos para a revisão da decisão concessiva da tutela estabilizada não acarreta a produção da coisa julgada material, apenas ocorrendo o fenômeno de "Estabilização da tutela plena" visto que não poderá mais ser modificada.

Quando os familiares do Sr. Antônio forem intimados da decisão a qual concedeu a tutela provisória de urgência, a providência a ser tomada é a formulação do pedido principal pelo autor, no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do artigo 308, *caput*, do Código de Processo Civil. Isso porque, de acordo com o que exposto no presente texto, a tutela provisória de urgência requerida é a de natureza cautelar, uma vez que os requerentes pretendem assegurar o ressarcimento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) gastos com o procedimento cirúrgico pelo qual o Sr. Antônio foi submetido, e o Magistrado determinou o protesto do imóvel de matrícula sob n. 1078.

Tratando-se de medida assecuratória, temos que a tutela provisória de urgência é a de natureza cautelar, haja vista a não satisfação, no todo ou em parte, da pretensão do autor, ou seja, o Juiz não concede, já, o que só seria deferido ao final, mas determina providências de resguardo, proteção e preservação dos direitos em litígios, os quais se enquadram no caso em tela. Eventual inércia da emenda da petição inicial tem como consequência a cessão da eficácia da tutela concedida, nos moldes do artigo 309, I, do Código de Processo Civil.

4) Sob à égide do Direito Civil, resolução contratual é o meio de dissolução do contrato em caso de inadimplemento culposo ou fortuito. Quando há descumprimento do contrato, ele deve ser tecnicamente resolvido. Resolução, portanto, na lição de Orlando Gomes, é “um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial”. O inadimplemento pode ser voluntário (culposo), ou não (involuntário).

Aduz o artigo 475 do Código Civil:

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Resumidamente, nas lições de Carlos Roberto Gonçalves, a resolução por inexecução voluntária “*decorre de comportamento culposo de um dos contraentes, com prejuízo ao outro. Produz efeitos ex tunc, extinguindo o que foi executado e obrigando a restituições recíprocas, sujeitando ainda o inadimplente ao pagamento de perdas e danos e da cláusula penal, convencionada para o caso de total inadimplemento da prestação (cláusula penal compensatória), em garantia de alguma cláusula especial ou para evitar o retardamento (cláusula penal moratória)*”. Já a resolução por inexecução involuntária “*decorre de fato não imputável às partes, como sucede nas hipóteses de ação de terceiro ou de acontecimentos inevitáveis, alheios à vontade dos contraentes, denominados caso fortuito ou força maior, que impossibilitam o cumprimento da obrigação. Caracteriza-se pela impossibilidade superveniente de cumprimento do contrato. Há de ser objetiva, isto é, não concernir à própria pessoa do devedor, pois deixa de ser involuntária se de alguma forma este concorre para que a prestação se torne impossível. A impossibilidade deve ser, também, total, pois se a inexecução for parcial e de pequena proporção, o credor pode ter interesse em que, mesmo assim, o contrato seja cumprido. Há de ser, ainda, definitiva. Em geral, a impossibilidade temporária acarreta apenas a suspensão do contrato*”.

No caso em questão, entendo que há grande chance da instituição financeira ter êxito na demanda, tanto como na busca e apreensão do veículo. Isso porque, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a busca e apreensão é perfeitamente cabível nos casos de

contrato de alienação fiduciária, o qual se trata do caso em tela, mesmo que o devedor tenha pagado grande parte das parcelas, afastando a teoria do adimplemento substancial.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.761.759 - AM (2018/0216299-6) RELATOR : MINISTRO MARCO BUZZI RECORRENTE : OMNI S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO ADVOGADO : GIULIO ALVARENGA REALE - MG065628 RECORRIDO : ELIEL SANTOS SOARES ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M DECISÃO Cuida-se de recurso especial, interposto por OMNI S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, fundamentado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Amazonas, assim ementado (fls. 30/39, e-STJ): EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. LIMINAR INDEFERIDA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. POSSIBILIDADE. 1. Mostra-se viável a aplicação da teoria do adimplemento substancial da obrigação existindo o cumprimento significativo e expressivo das obrigações assumidas pelo devedor, com o fim de preservar o vínculo contratual, com base nos princípios da boa-fé e da função social do contrato, para acordo cumprido em sua quase integralidade. 2. Com o pagamento de mais de 80% do valor original do contrato é medida desproporcional a busca e apreensão do veículo objeto da lide. 3. Agravo conhecido e não provido Os embargos de declaração opostos foram rejeitados na origem (fls. 41/47, e-STJ). Nas razões do recurso especial (fls. 76/86, e-STJ), o insurgente aponta, além do dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 2º, § 2º, e 3º, caput, do Decreto-Lei 911/69. Sustenta, em síntese, a inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial. Sem contrarrazões (fls. 169, e-STJ). Após juízo positivo de admissibilidade (fls. 92/94, e-STJ), os autos ascenderam os autos a esta Corte. É o relatório. Decido. O presente recurso merece prosperar 1. De início, consigne-se que a decisão recorrida foi publicada após a entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 2015, conforme Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016. 2. A Corte estadual, ante o adimplemento substancial do contrato, assim consignou (fls. 33/35, e-STJ): Inicialmente, cumpre expor o entendimento dos Tribunais de Justiça sobre a matéria aqui tratada, qual seja a aplicação da teoria do adimplemento substancial nas ações de busca e apreensão, senão vejamos: (...) Fincadas tais premissas, com fundamento nas parcelas quitadas e em observância aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da boa fé contratual, bem como à manutenção e continuidade da avença, vejo configurado, no caso presente, o adimplemento substancial do contrato. Vislumbro que o não pagamento da totalidade do montante estipulado contratualmente não é suficiente para justificar a busca e apreensão do veículo, objeto do contrato tendo se operado o adimplemento substancial da obrigação. Este consiste na impossibilidade de o credor resolver a obrigação quando seu cumprimento pelo devedor, apesar de não ser total, aproxima-se consideravelmente da completude. Assim, não há que se falar em inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial. (...) Registre-se que a agravada apesar de sua inadimplência saldou grande parte do valor acordado e a busca e apreensão do veículo por ser medida excessivamente gravosa ao devedor deve ser obstada em decorrência da aplicação da teoria do adimplemento substancial que atua como instrumento de equidade, caso haja cumprimento de parte essencial da obrigação assumida pelo devedor. Por consequência, verifico que a busca e apreensão do veículo, neste caso, não se afigura como medida razoável ou proporcional, na medida em que a agravada adimpliu a quase totalidade da obrigação pactuada. A medida pleiteada pelo agravante se revela exageradamente desproporcional e, acaso concedida, importaria punição descomedida à parte. Verifica-se, portanto, que o entendimento adotado pela Corte de origem encontra-se em divergência com a mais recente posição da Segunda Seção deste Tribunal, firmada no julgamento do Recurso Especial 1.622.555/MG

(Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 16/03/2017), segundo a qual é inaplicável a teoria do adimplemento substancial aos contratos firmados com base no Decreto-Lei 911/1969. Confira-se o teor do acórdão, que ficou assim ementado: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. 1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA. RECONHECIMENTO. 2. REMANCIPAÇÃO DO BEM AO DEVEDOR CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E ENCARGOS APRESENTADOS PELO CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (REsp n. 1.418.593/MS). 3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO, COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO (AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA), SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR FIDUCIÁRIO. 4. DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL, CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (ut Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10931/2004). 1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente. 2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n. 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado REsp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial. 3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem),

intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada a ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.

4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

5. Recurso Especial provido"(REsp 1622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 16/03/2017) - grifo nosso. No mesmo sentido: AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO. DEVEDORA FIDUCIANTE QUE PAGOU 91,66% DO CONTRATO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL CONFIGURADO. DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. SÚMULA 83 DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. No caso em exame, o entendimento adotado pela Corte de origem encontra-se em desacordo com a mais recente posição desta Corte Superior, que, em julgamento proferido no Recurso Especial 1.622.555/MG (Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 16/03/2017), no âmbito da Segunda Seção, concluiu pela impossibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos firmados com base no Decreto-Lei 911/1969. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1711391/PR, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018) - grifo nosso. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DO TOTAL DA DÍVIDA (PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS). TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. 1."Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária"(REsp n. 1.418.593/MS, Relator Ministro

LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/5/2014, DJe 27/5/2014.). Precedente representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC). 2. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp n. 1.622.555/MG, firmou o entendimento de que não se aplica a teoria do adimplemento substancial para a alienação fiduciária regida pelo Decreto-Lei n. 911/1969.(REsp 1622555/MG, Relator para o Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 16/3/2017). 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1698348/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 14/03/2018) - grifo nosso. Assim, independentemente da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, impõe-se o regular prosseguimento do feito. 3. Do exposto, com fulcro no artigo 932 do NCPC c/c Súmula 568 do STJ, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de afastar a teoria do adimplemento substancial, nos termos da fundamentação supra, cassar o acórdão recorrido e a decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau, e determinar o retorno dos autos à origem para o prosseguimento da ação de busca e apreensão. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 05 de setembro de 2018. MINISTRO MARCO BUZZI Relator

(STJ - REsp: 1761759 AM 2018/0216299-6, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 14/09/2018)

E ainda:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.754.254 - SC (2018/0178623-9) RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA RECORRENTE : ITAU UNIBANCO VEICULOS ADMINISTRADORA DE CONSORCIOS LTDA ADVOGADO : PEDRO ROBERTO ROMÃO - SP209551 RECORRIDO : NELSI DE JESUS BALENA ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto por ITAU UNIBANCO VEICULOS ADMINISTRADORA DE CONSORCIOS LTDA., fundamentado no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONSÓRCIO DE VEÍCULO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EXTINÇÃO DO FEITO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL, NA FORMA DO ART. 485, VI, DO CPC/15, EM RAZÃO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO DÉBITO. INSURGÊNCIA DO BANCO CREDOR. REFORMA DO JULGADO DESCABIDA. DEVEDOR QUE PAGOU 71 DAS 80 PARCELAS AJUSTADAS, O QUE PERFAZ APROXIMADAMENTE 90% DO VALOR TOTAL CONTRATADO. INCIDÊNCIA DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. MANUTENÇÃO DO PACTO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ CONTRATUAL, CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SALDO DEVEDOR REMANESCENTE QUE DEVE SER PERSEGUIDO EM DEMANDA PRÓPRIA. PRECEDENTES DESTES ÓRGÃO JULGADOR. SENTENÇA EXTINTIVA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (e-STJ fl. 86). No recurso especial, além de dissídio jurisprudencial, a recorrente alega que é inaplicável à espécie a teoria do adimplemento substancial. Aponta violação do "art. 2º, § 2º, Art. 3º do Decreto Lei nº 911/69 e Art. 187 do Código Civil, haja vista que o deferimento da busca e apreensão, na hipótese de comprovada mora do devedor, é uma imposição legal, que não está sujeita a exceções vinculadas ao número de parcelas adimplidas pelo devedor" (fl. 141 e-STJ). O recurso foi admitido na origem. É o relatório. DECIDO. O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). A irresignação merece prosperar. O Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, aplicou a teoria do adimplemento substancial, por entender que "(...) constata-se que até o ajuizamento da lide o requerido havia adimplido 71 das 80 parcelas, circunstância a traduzir que saldou aproximadamente 90% do contrato. Frente a isso e em consonância com o manifesto entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, é de se aplicar a teoria do adimplemento substancial, que tem por

escopo evitar a resolução automática do contrato quando o descumprimento é insignificante ou então quando tenha ocorrido o adimplemento parcial da dívida muito próximo ao resultado final perseguido, especialmente se a pretensão vem reforçada com o pedido de retomada do bem alienado, como se verifica no caso" (e-STJ fl. 88). Todavia, é assente no Superior Tribunal de Justiça que a Lei nº 10.931/2004, ao entrar em vigor, estabeleceu que cinco dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão já fica consolidada a propriedade do bem com o credor fiduciário, não havendo falar em purgação da mora, pois, independentemente de percentual mínimo de adimplemento, o devedor deve pagar a integralidade do débito remanescente. A propósito: "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA NO PRAZO DE 5 DIAS APÓS A EXECUÇÃO DA LIMINAR. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: 'Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária'. 2. Recurso especial provido" (REsp 1.418.593/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 27/05/2014 - grifou-se). No mesmo sentido, os seguintes precedentes: "AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO. DEVEDORA FIDUCIANTE QUE PAGOU 91,66% DO CONTRATO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL CONFIGURADO. DESCABIMENTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. SÚMULA 83 DESTA CORTE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. No caso em exame, o entendimento adotado pela Corte de origem encontra-se em desacordo com a mais recente posição desta Corte Superior, que, em julgamento proferido no Recurso Especial 1.622.555/MG (Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 16/03/2017), no âmbito da Segunda Seção, concluiu pela impossibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial aos contratos firmados com base no Decreto-Lei 911/1969. 2. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no REsp 1711391/PR, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018) "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/1969. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 10.931/2004. PURGAÇÃO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DO TOTAL DA DÍVIDA (PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS). TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. DECISÃO MANTIDA. 1. (...). 2. A Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp n. 1.622.555/MG, firmou o entendimento de que não se aplica a teoria do adimplemento substancial para a alienação fiduciária regida pelo Decreto-Lei n. 911/1969.(REsp 1622555/MG, Relator para o Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 16/3/2017). 3. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no REsp 1698348/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 14/03/2018) Desse modo, observa-se que o entendimento do Tribunal estadual destoa da jurisprudência desta Corte. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão recorrido (fls. 85/92 e-STJ) e a sentença de fls. 54/56 e-STJ, porque, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, inaplicável a teoria do adimplemento substancial à ação de busca e apreensão em contrato garantido por alienação fiduciária. Desse modo, determino o retorno dos autos à origem para o regular prosseguimento da ação. Publique-se. vbc vIntimem-se. Brasília-DF, 03 de agosto de 2018. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Relator

Em se falando de tese que poderia ser invocada pela defesa da Sra. Maria, entendo pela argumentação no sentido da teoria do adimplemento substancial, teoria essa que goza de grande prestígio doutrinário e jurisprudencial. Antes de tudo, faz-se necessário conceituar tal teoria. Simplificadamente, ela sustenta que o atendimento quase integral das obrigações pactuadas no contrato gera descumprimento insignificante, e, assim, a resolução unilateral do contrato por descumprimento da obrigação deve ser afastada. Com efeito, tem-se associado o adimplemento substancial com os princípios contratuais contemporâneos, especialmente com a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Diante disto, por mais que atualmente prevaleça o respeitável entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive supramencionado, no sentido de que a legislação específica deva prevalecer sobre a interpretação extensiva, ora teoria do adimplemento substancial, *data máxima vênia*, discordo dessa posição.

Isso porque, a teoria do adimplemento substancial está consolidada na doutrina civilista e nos tribunais. E mais, ela é baseada em princípios norteadores do Direito Civil, tais como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos. Por isso mesmo, entendo que por ser princípios basilares, devem prevalecer sobre a legislação específica, e não ao contrário, pelo fato de que a legislação autoriza a busca e apreensão do veículo para forçar o pagamento do devedor, e, por outro lado, a boa-fé objetiva e a função social dos contratos são princípios que regem todo o ordenamento jurídico civilista, mormente na seara contratual.

Com efeito, é comumente sabido que atualmente, as instituições financeiras impõem juros altíssimos em cima do financiamento de veículos. Ao financiar um veículo, à título de exemplo, no valor de R\$ 50.000,00, no final das contas, o contratante paga 15% a mais do que o valor original do veículo. Então, considerando que a Sra. Maria pagou 51 (cinquenta e uma) parcelas de 60 (sessenta), o que perfaz o montante de 85% do valor original, depreende-se que ela já pagou o valor do veículo, restando apenas os juros altos impostos pela instituição financeira.

5) Em relação aos questionamentos de Direito Coletivo do Trabalho, o direito à greve é permitido, porém, é necessário observar alguns requisitos, que serão explanados a seguir.

Primeiramente, a greve é considerada em nossa legislação, como a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador, conforme preceitua o artigo 2º da Lei 7.783/1989. É importante observarmos que a suspensão tem que ser coletiva, pois, se apenas um trabalhador resolver suspender o trabalho a greve não estará configurada, e ainda poderá ensejar uma dispensa por justa causa.

A constituição Federal prevê em seu artigo 9º “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender”.

Portanto, existem algumas proibições, tais como que os meios adotados por empregados e empregadores em nenhuma hipótese poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem; a empresa não poderá adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento; a manifestação e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.

Haverá ainda uso abusivo do direito de greve se ele não for exercitado na conformidade da lei. O art. 14 da lei nº 7.783/89 estabelece que a inobservância de suas determinações, bem como a manutenção da paralisação após a celebração do acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho, são caracterizadas como abuso do direito de greve.

De outra banda, existem atividades consideradas como essenciais, são elas: Tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; Assistência médica e hospitalar; Distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; Funerários; Transporte Coletivo; Captação e tratamento de esgoto e lixo; Telecomunicações; Guarda uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; Controle de tráfico aéreo; Compensação bancária.

Ainda a respeito das atividades essenciais, cabe o atendimento das necessidades inadiáveis da população, previsto no artigo 9, parágrafo primeiro da CF e na Lei da Greve que dispôs: “os sindicatos, os empregados e os trabalhadores ficam obrigados de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis aos atendimento das necessidades da comunidade” (art. 11, Lei n. 7.7783/89).

A Lei ainda dispõe que no caso de inobservância da previsão o “Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis” (art. 12), tais atividades são definidas como “aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

À título de esclarecimento, a Carta Magna veda expressamente o direito à greve aos militares, determinação válida também para as Forças Armadas, policiais e bombeiros militares.

A extensão do direito à greve para os servidores públicos ainda é um assunto bastante polêmico. O artigo 37 da Constituição Federal determina que para os servidores públicos “[...] o direito a greve será exercido nos termos e limites definidos em lei específica”. No entanto, esta lei específica continua sem determinação e por isso o caso continua em debate.

No momento, o Supremo Tribunal Federal, entende que o direito à greve aos funcionários públicos deve ser aplicada analogicamente com a Lei n. 7.783/1989

Com efeito, é de extrema importância salientar que antes de propagar a greve, deve-se tentar a negociação ou recursos via arbitral. Caso seja infrutífera, passa a nascer o direito a greve. Faz-se necessário, também, o aviso prévio sobre o início da greve, em 48 horas nas atividades privadas e 72 horas no serviços e atividades essenciais.

Observados os requisitos supramencionados, a greve poderá ser exercida livremente, em quaisquer situações.

Por fim, a greve realizada pelos empregados não é lícita, porém, é justa.

Segundo a melhor doutrina, a greve pode ser considerada lícita quando atender as exigências legais (previstas na Lei 7.783/89); e ilícita quando as ignorar. Por exigências legais temos, a título de exemplo, necessidade de prévia frustração da negociação coletiva e do recurso arbitral, bem como a convocação de assembleia sindical específica para definição da pauta de reivindicações além da efetiva paralisação coletiva dos serviços (art. 4º, Lei nº 7.783/89[5]). Havendo violação de direitos, a greve será considerada abusiva ou ilícita (art. 6º, §§ 1º e 3º[6]). Portanto, ela é ilícita porque os empregados junto com o Sindicato, deflagraram o movimento grevista sem antes de tentar uma negociação, ou recorrer a via arbitral, como preceitua o artigo 3º, da Lei 7.783/89. Também não notificaram os empregadores da paralisação, com

antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, nos termos do artigo 3º, parágrafo único, da Lei de Greve.

Todavia, não obstante a ilicitude da greve no caso em tela, é necessário reconhecer que ela é justa, uma vez que a reivindicação recai sobre o descumprimento, por parte da empresa “AVOAR”, do Acordo Coletivo celebrado entre o Sindicato, representando os empregados, e a empresa já mencionada, acordo o qual se trata de um aumento na jornada de trabalho dos trabalhadores, bem como o ajuste salarial devidos pelas horas acrescidas. Por conta disso, não há como considerar a greve injusta, visto que o movimento reivindica direitos trabalhistas expressos na Lei, e ainda acordado entre Sindicato e Empresa.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista-SP, 03 de novembro de 2018.

Gustavo Gesualdo Cortes Villares

R.A. n.º 16002078

CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO DE ENSINO
OTÁVIO BASTOS – UNIFEOB

**PROJETO INTEGRADO 6º MÓDULO
PARECER JURÍDICO**

Giovana Ruiz Pessolo
RA: 16001300
Murilo Elias Mendes
RA: 15002774
6º modulo matutino

2018

PARECER JURÍDICO

Assunto: Lesão Corporal seguida de morte, e pedido de tutela de urgência.

Consultante: José Fontes e Maria de Lourdes

EMENTA: Direito Penal. Lesão Corporal. Direito Processual Penal. Ação Penal. Direito Trabalhista. Greves. Direito Civil. Contratos. Direito Processual Civil. Tutelas.

Trata-se de consulta formulada por José Fontes e Maria de Lourdes.

Localizada na Avenida Brasil, do lado pertencente ao município de São José dos Campos, está a empresa de fabricação de peças para aeronaves particulares “AVOAR LTDA”, cujo proprietário é o Sr. Sandro Silva. A empresa conta com 2.500 (dois mil e quinhentos) empregados, sendo estes representados pelo Sindicato da Categoria dos Trabalhadores nas Empresas de Aviônicos, com sede em Jacareí - SP, cujo presidente é o Sr. Cléber Pereira.

Em razão de melhorias e novas oportunidades ocorrendo no setor, a empresa passa a celebrar contratos com várias montadoras internacionais e, em razão disso, decide aumentar a jornada de trabalho dos empregados, que era de 40 (quarenta) horas semanais, para 44 (quarenta e quatro) horas.

Para tanto, a empresa e o Sindicato celebram um Acordo Coletivo de Trabalho em que fica pactuado o aumento da jornada de trabalho, bem como o ajuste salarial devido pelas quatro horas acrescidas, com seus respectivos reflexos.

Todavia, passado dois meses da celebração do Acordo Coletivo, a empresa não cumpriu com o combinado e, assim, os colaboradores, juntamente com o Sindicato, resolveram parar a produção e entrar em greve no dia 20/08/2017.

Encabeçando o movimento, além do sr. Cléber Pereira, estava o sr. Antônio Lima - empregado com mais de vinte anos na empresa e que era responsável pelo setor de qualidade.

Na data combinada, os empregados se reuniram na Avenida em frente da Empresa, ficando alguns do lado da avenida situado em São José dos Campos e outros do lado pertencente a Jacareí. O Sindicato providenciou todo aparato necessário para levar adiante as manifestações, tais como faixas, carros de som e camisetas. Enquanto ocorriam as manifestações, alguns dos empregados começaram a se desentender com aqueles que apoiavam a greve, ocasião em que eclodiu uma briga generalizada. Um dos empregados, chamado José Fontes, que estava diante do portão da empresa - do lado da avenida pertencente a São José dos Campos - atirou um tijolo em sentido aos demais empregados que estavam do outro lado da via. O tijolo acabou por acertar a cabeça do sr. Antônio Lima que, na hora, perdeu a consciência e caiu ao chão, sendo prontamente socorrido por alguns

colegas e levado ao hospital de Jacareí. Depois de muitos minutos de grande confusão, a Polícia Militar interveio e acalmou a situação.

Após prestado socorro ao sr. Antônio Lima, seus colegas prontamente se dirigiram à Delegacia de Polícia de São José dos Campos e lá registraram um Boletim de Ocorrência relatando todo ocorrido com o sr. Antônio e apresentando testemunhas que presenciaram o sr. José Fontes atirando o tijolo contra aqueles que estavam aderindo ao movimento grevista - e que veio a atingir o sr. Antônio na cabeça. O delegado de polícia, sabendo dos fatos, determina a instauração de Inquérito Policial.

O sr. Antônio, de quarenta e cinco anos de idade, é casado e possui dois filhos em idade escolar. Em razão do ferimento provocado pela tijolada, sr. Antônio foi submetido a uma cirurgia de urgência, pois, além de entrar em estado de coma, o evento provocou-lhe traumatismo craniano e o elevado risco de perder o olho direito.

Findo o procedimento cirúrgico, sr. Antônio ficou ainda internado na UTI do hospital de Jacareí pois se encontrava em estado de coma. Durante o tempo de internação, a família do sr. Antônio teve que desembolsar o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Contudo, o sr. Antônio não resiste e acaba falecendo, em razão do golpe na cabeça, quarenta dias após o ocorrido.

Ciente disso, o delegado de polícia de São José dos Campos indicia José Fontes pelo crime de lesão corporal seguida de morte. Ao concluir o Inquérito Policial, verifica-se que José Fontes havia sido condenado, com trânsito em julgado, em 2014, à pena de cinco meses de detenção por lesão corporal leve praticada em face de sua esposa, Maria de Lourdes. Também resta apurado que, em 2000, José Fontes cumpriu pena restritiva de direitos porque, na ocasião, explorava jogos de azar.

O Inquérito Policial é remetido ao fórum de São José dos Campos e é distribuído na 2ª Vara Criminal da Comarca. Recebido pelo Ministério Público, o promotor de justiça oferece denúncia contra José Fontes indicando-o como incurso no delito de lesão corporal seguida de morte - art. 129, §3º, CP - sendo a denúncia recebida pelo magistrado em 12/11/2017.

Não obstante o procedimento criminal, a família do sr. Antônio ingressa, em face de José Fontes, com objetivo de assegurar o ressarcimento do montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) gastos com o procedimento cirúrgico a que foi submetido o sr. Antônio, posto que José está vendendo seus bens com o propósito de não pagar pela dívida.

Na petição, a família ainda assevera ao magistrado que realizará a cobrança dos valores relativos à internação e a condenação por danos morais em razão da morte do ente querido, assim que concluído o processo criminal.

Distribuído o procedimento cível, o magistrado entende por acolher o pedido e concede a tutela provisória de urgência em caráter antecedente, determinando o protesto contra a alienação do imóvel de titularidade de José Fontes. Determina também a intimação do sr. José Fontes para que apresente defesa, no prazo legal.

O meirinho procede à citação da sra. Maria de Lourdes referente a uma ação de resolução contratual, com pedido de busca e apreensão, que lhe promove a instituição financeira “GFV FINANCIAMENTOS S/A”.

Na inicial, a autora alega que a Sra. Maria de Lourdes celebrou um contrato de alienação fiduciária para aquisição de um veículo, no valor total de R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), em 60 (sessenta) parcelas de R\$ 900,00 (novecentos reais), mas o contrato deveria ser resolvido porque a Sra. Maria deixou de adimplir com as parcelas de números 51 a 60. Na decisão que determina a citação da requerida, o magistrado consigna que o pedido de busca e apreensão do veículo seria apreciado após a apresentação de eventual contestação.

É o relatório.

Passamos a opinar.

Quanto ao caso apresentado, no tocante ao Direito Penal:

O Sr. José Fontes foi denunciado pelo Ministério Público da Comarca de São José dos Campos pelo delito de lesão corporal seguida de morte, disposto no art. 129, §3º do Código Penal:

“Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.”

Nas palavras do Dr. Fernando Capez:

“Trata-se de hipótese de homicídio preterdoloso. Pune-se o primeiro delito (lesão corporal) pelo dolo e o segundo delito (morte), a título de culpa. O evento morte não deve ser querido nem eventualmente, ou seja, não deve ser compreendido pelo dolo do agente, senão o crime será de homicídio.”

Se o Sr. José Fontes vier a ser condenado ele poderá ser preso conforme previsão do dispositivo legal.

“Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos. ”.

Sendo a pena-base fixada, motivadamente, acima do mínimo legal em razão da presença de antecedentes criminais, não há que se falar em constrangimento ilegal na fixação do regime prisional fechado para o cumprimento da pena.

O Código Penal brasileiro, adotou o critério trifásico, o qual, o juiz, quando for decidir a pena a ser imposta ao réu, passará por três fases: a primeira, em que se incumbirá de fixar a pena-base; a segunda, que fará a apuração das circunstâncias atenuantes e agravantes; e a terceira e última fase, que se encarregará da aplicação das causas de aumento e diminuição da pena para que, ao final, chegue ao total de pena que deverá ser cumprida pelo réu.

Nas palavras do Dr. Rogério Sanches Cunha:

“O Código Penal, em seu artigo 68, adotou o sistema trifásico para o cálculo da pena privativa de liberdade. Assim, sobre a pena cominada (prevista no tipo penal), numa primeira fase, estabelece-se a pena-base atendendo às circunstâncias judiciais trazidas pelo art. 59 do CP; em seguida, fixada a pena-base, sobre ela incidirão eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61, 62, 65 e 66); por fim, encerrando o ‘quantum’ da reprimenda, serão consideradas as causas de diminuição e aumento de pena previstas tanto na parte geral como na especial do Código”.

Há reincidência porquanto não ultrapassado o prazo depurador disposto no art. 64, I, do Código Penal visto que José Fontes havia sido condenado, com trânsito em julgado, em 2014, à pena de cinco meses de detenção por lesão corporal leve praticada em face de sua esposa, Maria de Lourdes.

Além disso, nos termos do art. 64, I do Código Penal, por José Fontes ter cumprido em 2000 pena restritiva de direitos, por explorar jogos de azar, o mesmo tem maus antecedentes, já que ultrapassado o prazo depurador.

O Código Penal brasileiro em seu art. 61 prevê que:

“Circunstâncias agravantes:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;”

Por se tratar de agravante, a reincidência será analisada na segunda fase de aplicação da pena. No entendimento do Dr. Rogério Sanches Cunha:

“A segunda fase da aplicação da pena tem por finalidade encontrar a pena intermediária. Seu ponto de partida é a pena-base fixada na etapa anterior, fazendo incidir sobre ela as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas na parte geral e especial do Código Penal.”

Já os maus antecedentes do agente serão analisados na primeira fase da aplicação da pena. No entendimento do Dr. Rogério Sanches Cunha:

“A primeira etapa tem por finalidade fixar a pena-base, partindo do preceito secundário simples ou qualificado estampado no tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.”

Portanto, conforme previsto no art. 59 do Código Penal “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, os maus antecedentes serão analisados na primeira etapa.

Quanto ao caso apresentado, no tocante ao Direito Processual Penal:

O art.69 do Código de Processo Penal trata sobre competência e dispõe que:

“Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

I - o lugar da infração;

II - o domicílio ou residência do réu;

III - a natureza da infração;

IV - a distribuição;

V - a conexão ou continência;

VI - a prevenção;

VII - a prerrogativa de função.”

De acordo com o entendimento do Dr. Fernando Capez:

“Em primeiro lugar, deve-se procurar saber se o crime deve ser julgado pela jurisdição comum ou especializada; depois, se o agente goza ou não da garantia de foro privilegiado; em seguida,

qual o juízo dotado de competência territorial; por último, dentro do juízo territorialmente competente, indaga-se qual o juiz competente de acordo com a natureza da infração penal e com o critério de distribuição interno”.

No caso em questão, a competência será definida pelo critério do lugar da consumação da infração, conforme disposto no art. 70 do CPP:

“DA COMPETÊNCIA PELO LUGAR DA INFRAÇÃO

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.”

Portanto, no presente caso a competência é de Jacareí, pois foi o local onde se consumou a infração.

Conforme o disposto no art. 186 do Código Civil “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O art. 927 do mesmo dispositivo completa “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Conforme entendimento do Dr. Fernando Capez:

“Daí se pode afirmar que, conquanto independentes as responsabilidades civil e criminal, quando do ato ilícito penal resultarem prejuízos de ordem material ou moral para a vítima, seus herdeiros ou dependentes ou para terceiros, estará caracterizado o dever de indenizar. Por esta razão, o CP prevê, em seu art. 91, I, como efeito genérico e automático de toda e qualquer condenação criminal tornar certa a obrigação de reparar o dano.”

O Código de Processo Penal brasileiro adota o sistema de independência, prevalecendo a jurisdição penal, nas condições o art. 935 do Código Civil “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Em seu art. 63 e seguintes, o Código de Processo Penal brasileiro trata sobre a Ação Civil e dispõe que:

“Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da

reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.”

judgada:
Vale ressaltar que, o CPP em seu art. 65 trata sobre a incidência da coisa

“Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

Nas palavras do Dr. Fernando Capez:

“Vê-se, portanto, que a condenação penal imutável faz coisa julgada também no civil, para efeito de reparação do dano ‘ex delicto’, impedindo que o autor do fato renove nessa instância a discussão do que foi decidido no crime”.

Quanto ao caso apresentado, no tocante ao Direito Processual Civil:

Prevista nos arts. 303 e seguintes do Código de Processo Civil, a tutela provisória de urgência em caráter antecedente é “a efetiva realização do direito reclamado; é a entrega precipitada daquela proteção que, em tese, só viria ao final do processo, também chamada pelos processualistas mais tradicionalistas de ‘bem da vida’.”

Uma inovação do Código de Processo Civil de 2015, tal tutela é requerida quando há extrema urgência, hipótese na qual será requerida de maneira autônoma, com aditamento do pedido caso seja deferida.

Portanto, a tutela que foi concedida no caso em tela, por se tratar de tutela cautelar requerida em caráter antecedente, não será passível de estabilização.

Após a concessão da referida tutela, nos moldes do art. 308 e seguintes, a família deverá:

“Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.”

Portanto, a família deverá no prazo de 30 dias, nos mesmos autos, aditar a inicial, além de, não sendo beneficiários da justiça gratuita, recolher os valores necessários para a realização da diligência e da citação do réu.

Caso a família não adite a inicial no prazo previsto em lei, cessará a eficácia da tutela concedida, conforme previsto no art. 309 do CPC:

“Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - O autor não deduzir o pedido principal no prazo legal.”

Outra consequência será a cessação dos efeitos da tutela requerida, caso a família não forneça os meios necessários para a citação do réu no prazo de 5 dias, conforme disposto no art. 302, II.

Quanto ao caso apresentado, no tocante ao Direito Civil:

A resolução contratual é uma das formas de extinção do contrato, a qual prevê o término do contrato por um dos contratantes, quando houver o inadimplemento da obrigação voluntariamente. Desse modo, não sendo cumprida a obrigação, consoante o artigo 475 do Código Civil, o credor tem o direito de escolher entre a resolução do contrato ou a execução da obrigação. Porém, em qualquer caso, haverá indenização por perdas e danos.

Como no caso em tela a Sra. Maria de Lourdes não cumpriu integralmente sua parte do contrato, é direito da GFV Financiamentos requerer judicialmente seus direitos, pois por se tratar de contrato bilateral, presume-se a existência de uma cláusula resolutiva tácita, que autoriza a parte prejudicada pelo inadimplemento da outra a requerer a resolução do contrato.

Portanto, baseado na legislação brasileira, a financiadora poderá obter êxito na demanda requerendo a resolução contratual.

Para que o juiz liminarmente ordene a apreensão do veículo, é necessário que o devedor já tenha sido notificado previamente, por intermédio de uma carta extrajudicial, expedida por algum Cartório de Títulos e Documentos ou pelo simples protesto do contrato.

Desse modo, caso a Financeira não adote alguma das medidas supramencionadas, o juiz não poderá mandar apreender o carro de forma urgente. Além de que, não basta somente o envio da carta ou realização do protesto, a Financeira deve comprovar que o devedor realmente tomou ciência da dívida, ou seja, que recebeu a carta ou tomou ciência do protesto.

No caso em questão, a defesa da Sra. Maria de Lourdes poderá para sua defesa invocar a tese da Teoria do Adimplemento Substancial, que prevê que o atendimento quase integral das obrigações pactuadas no contrato gera descumprimento insignificante e, assim, a resolução unilateral do contrato por descumprimento da obrigação deve ser afastada.

Nas palavras do doutrinador Flavio Tartuce:

“A teoria do adimplemento substancial goza de grande prestígio doutrinário e jurisprudencial na atualidade do Direito Contratual Brasileiro. Por essa teoria, nos casos em que o contrato tiver sido quase todo cumprido, sendo a mora insignificante, não caberá sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, como a cobrança ou o pleito de indenização por perdas e danos.”

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu que:

“DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO.

MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITOREMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. 1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". 2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. 4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título. 5. Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp: 1051270 RS 2008/0089345-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/08/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2011.

Quanto ao caso apresentado, no tocante ao Direito do Trabalho:

A greve é um fenômeno de pressão coletiva dos trabalhadores, que podem paralisar os serviços essenciais à sua empresa como forma de intimidar seus empregadores. Trata-se de um exercício de poder que já é tradição em países democráticos, entre eles o Brasil.

Sendo a greve um fenômeno coletivo, ela deve se expandir pela organização dos sindicatos, já que este é uma associação de trabalhadores que busca atender aos interesses de seus associados.

A greve é um direito dos trabalhadores, portanto, jamais poderá ser feita pelo empregador. Além disso, uma paralisação só configura greve quando feita coletivamente, ou seja, quando um trabalhador decide suspender seu trabalho, não se configura greve, e esse funcionário corre o risco de ser demitido por justa causa.

No ordenamento jurídico brasileiro, a greve é regulamentada pela Lei 7.783/1989 e considerada “a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.”. É também um direito garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil, que em seu artigo 9º assegura aos trabalhadores o direito de greve como meio de defender seus interesses, mas esse mesmo artigo dispõe que o exercício de greve em atividades essenciais às necessidades inadiáveis da sociedade deve possuir limitações definidas por lei.

Por ser um direito social, a greve só pode ser feita se objetivando um interesse social, assim, não poderá ser utilizada como instrumento de reivindicações políticas ou de outros ideais.

O dispositivo legal determina, que deve existir um mínimo de atendimento nos serviços essenciais para que as necessidades básicas da sociedade sejam atendidas. Nesses casos, o sindicato deve informar a decisão de greve previamente aos patrões e aos usuários do serviço, em um prazo de 72 horas de antecedência.

Além disso, a paralisação deve ser pacífica e os grevistas não podem impedir a entrada em serviço dos colegas que optaram por continuar trabalhando. Entre as atividades essenciais aparecem atendimento médico, coleta de lixo, transporte coletivo, entre outros.

A greve realizada pelos empregadores de início foi lícita e justa, mas a partir do momento que ultrapassam os limites normais de respeito ao patrimônio particular e geram outras formas de desrespeito, como a agressão física, ocorre a chamada greve abusiva, devido a não observância das normas inseridas na Lei nº. 7.783/89 que impõe requisitos (formais e materiais) para o exercício regular do direito de greve, já que não se trata de um direito absoluto.

Conforme entendimento de Amauri Mascaro Nascimento:

“Cometer excesso ou abusar de um direito é exercê-lo de forma irregular. o abuso de direito é o uso do direito para objetivos contrários ao seu fim. É o mau exercício do direito decorrente de lei ou de contrato”.

Em face do exposto, a partir das informações prestadas pela consulente e da análise legislativa sobre o caso, opinamos pelos termos supramencionados.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 12 de novembro de 2018.

Giovana Ruiz Pessolo
OAB XXXXXXXXX

Murilo Elias Mendes
OAB XXXXXXXXX

PARECER JURÍDICO

Assunto: Projeto Integrado 2018.2

Referência: Caso hipotético

Consultante: José Fontes e Maria de Lourdes

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. TEORIA MISTA OU DA UBIQUIDADE. INEXISTÊNCIA DO FATO, EXCLUI-SE A RESPONSABILIDADE PENAL, BEM COMO A RESPONSABILIDADE CIVIL. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE (ART. 129, § 3º DO CP). ANÁLISE SUBJETIVA CABIMENTO DE PRISÃO. PODERÁ SER APENADO ACIMA DO MÁXIMO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. SISTEMA TRIFÁSICO PARA FIXAÇÃO DA PENA EM CONCRETO. CONSTATADO MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. DIREITO DE GREVE RECONHECIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. REINVIDICAÇÕES DE NATUREZA TRABALHISTA. CARACTERÍSTICA DE GREVE JUSTA, PORÉM ILÍCITA. INFRINGÊNCIA DA LEI 7.783/89. PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA SATISFATIVO OU CONSERVATIVO CONCEDIDO ANTECIPADAMENTE AO PEDIDO PRINCIPAL. TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR ANTECEDENTE CARACTERIZADA NÃO PASSÍVEL DE ESTABILIZAÇÃO. FINALIDADE APENAS ASSEGUARATÓRIA. DEFERIMENTO DA TUTELA. PROCEDER CONFORME ARTIGO 308 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL FORMULAÇÃO DO PEDIDO PRINCIPAL NO PRAZO DE TRINTA DIAS. NÃO APRESENTAÇÃO NO PRAZO, CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA TUTELA CONCEDIDA. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. OCORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DE ÊXITO NA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA APLICAÇÃO DO DECRETO – LEI 911/69. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO ÓRGÃO JULGADOR. TESE DA OBRIGATORIEDADE DA COMPROVAÇÃO DA MORA DA CONSULENTE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL E SUMULADO.

Trata-se de consulta formulada por José Fontes e Maria de Lourdes, os quais solicitam esclarecimentos quanto: a) a tutela provisória concedida poderá ser estabilizada, bem como do que se trata e quais as consequências de uma eventual inércia no processo; b) o contrato pode ser resolvido; c) é possível a perda do veículo; d) qual a vara competente para apreciação da ação penal e se procede a incidência de coisa julgada na jurisdição cível; e) cabe condenação e prisão do consultante tendo em vista ser reincidente; f) a licitude da greve ocorrida.

Os consultantes trouxeram as seguintes narrativas: A empresa de fabricação de peças para aeronaves particulares “AVOAR LTDA”, na qual o consultante é colaborador, conta com 2.500 (dois mil e quinhentos) empregados, sendo estes

representados pelo Sindicato da Categoria dos Trabalhadores nas Empresas de Aviônicos.

Em razão de melhorias e novas oportunidades ocorrendo no setor, a empresa passa a celebrar contratos com várias montadoras internacionais e, em razão disso, decide aumentar a jornada de trabalho dos empregados, que era de 40 (quarenta) horas semanais, para 44 (quarenta e quatro) horas.

Para tanto, empresa e o Sindicato celebram um Acordo Coletivo de Trabalho em que fica pactuado o aumento da jornada de trabalho, bem como o ajuste salarial devido pelas quatro horas acrescidas, com seus respectivos reflexos.

Todavia, passado dois meses da celebração do Acordo Coletivo, a empresa não cumpriu com o combinado referente ao pagamento das horas acrescidas na jornada de trabalho dos empregados e, assim, os colaboradores, juntamente com o Sindicato, resolveram parar a produção e entrar em greve no dia 20/08/2017.

Na data combinada, os empregados se reuniram na Avenida em frente da empresa e não entraram para trabalhar, ficando alguns do lado da avenida situado em São José dos Campos e outros do lado pertencente a Jacareí. O Sindicato providenciou todo aparato necessário para levar adiante as manifestações, tais como faixas, carros de som e camisetas.

Enquanto ocorriam as manifestações, alguns dos empregados que lá estavam e que eram contra o movimento grevista, começaram a se desentender com aqueles que apoiavam a greve, ocasião em que eclodiu uma briga generalizada. O consulente (José Fontes) que estava diante do portão da empresa atirou um tijolo em sentido aos demais empregados que estavam do outro lado da via. O tijolo acabou por acertar a cabeça do sr. Antônio Lima que, na hora, perdeu a consciência e caiu ao chão, sendo prontamente socorrido por alguns colegas e levado ao hospital de Jacareí. Depois de muitos minutos de grande confusão, a Polícia Militar interveio e acalmou a situação.

Após terem prestado socorro ao sr. Antônio Lima, seus colegas prontamente se dirigiram à Delegacia de Polícia de São José dos Campos e lá registraram um Boletim de Ocorrência relatando todo ocorrido com o sr. Antônio e apresentando testemunhas que presenciaram o consulente (José Fontes) atirando o tijolo contra aqueles que estavam aderindo ao movimento grevista. O delegado de polícia, sabendo dos fatos, determina a instauração de Inquérito Policial. O sr. Antônio, de quarenta e cinco anos de idade, é casado e possui dois filhos em idade escolar. Em razão do ferimento provocado pela tijolada, sr. Antônio foi submetido a uma cirurgia

de urgência, pois, além de entrar em estado de coma, o evento provocou-lhe traumatismo craniano e o elevado risco de perder o olho direito.

Findo o procedimento cirúrgico, sr. Antônio ficou ainda internado na UTI do hospital de Jacareí pois se encontrava em estado de coma. Durante este tempo de internação, a família do sr. Antônio teve que desembolsar, com o procedimento cirúrgico, medicamentos e tratamento, o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Contudo, o sr. Antônio não resiste e acaba falecendo, em razão do golpe na cabeça, quarenta dias após o ocorrido.

Ciente disso, o delegado de polícia de São José dos Campos indicia José Fontes pelo crime de lesão corporal seguida de morte. Ao concluir o Inquérito Policial, verifica-se que o consulente (José Fontes) havia sido condenado, com trânsito em julgado, em 2014, à pena de cinco meses de detenção por lesão corporal leve praticada em face de sua esposa, ora consulente (Maria de Lourdes). Também resta apurado que, em 2000, o consulente (José Fontes) cumpriu pena restritiva de direitos porque, na ocasião, explorava jogos de azar.

O Inquérito Policial é remetido ao fórum de São José dos Campos e é distribuído na 2ª Vara Criminal da Comarca. Recebido pelo Ministério Público, o promotor de justiça oferece denúncia contra o consulente (José Fontes) indicando-o como incurso no delito de lesão corporal seguida de morte - art. 129, §3º, CP - sendo a denúncia recebida pelo magistrado em 12/11/2017.

Não obstante o procedimento criminal, a família do sr. Antônio ingressa, em face do consulente (José Fontes), com pedido de tutela provisória, perante o Juízo Cível da Comarca de São José dos Campos, com objetivo de assegurar o ressarcimento do montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) gastos com o procedimento cirúrgico a que foi submetido o sr. Antônio, posto que o consulente (José Fontes) está vendendo seus bens com o propósito de não pagar pela dívida.

Na petição, a família ainda assevera ao magistrado que realizará o pedido principal - cobrança dos valores relativos à internação e condenação por danos morais em razão da morte do ente querido – assim que concluído o processo criminal.

Distribuído o procedimento cível, o magistrado entende por acolher o pedido e concede a tutela provisória de urgência em caráter antecedente, determinando o protesto contra a alienação do imóvel de titularidade do consulente (José Fontes), objeto da matrícula R.1078, do Registro de Imóveis de São José dos Campos.

Determina também a intimação do consulente (José Fontes) para que apresente defesa, no prazo legal.

O consulente (José Fontes) é citado da ação penal e intimado da decisão que concedeu a tutela provisória no mesmo dia, por um único Oficial de Justiça. Na mesma ocasião, o meirinho procede à citação da consulente (Maria de Lourdes) referente a uma ação de resolução contratual, com pedido de busca e apreensão, que lhe promove a instituição financeira “GFV FINANCIAMENTOS S/A”.

Na inicial, a autora alega que a consulente (Maria de Lourdes) celebrou um contrato de alienação fiduciária para aquisição de um veículo, no valor total de R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), em 60 (sessenta) parcelas de R\$ 900,00 (novecentos reais), mas o contrato deveria ser resolvido porque a consulente (Maria de Lourdes) deixou de adimplir com as parcelas de números 51 a 60. Na decisão que determina a citação da requerida, o magistrado consigna que o pedido de busca e apreensão do veículo seria apreciado após a apresentação de eventual contestação.

Diante de todas as ocorrências os consulentes requerem esclarecimentos.

É o relatório.

Passamos agora para a análise.

Em presença aos questionamentos, verificamos que o inquérito policial foi recebido pelo Ministério Público, e que o promotor de justiça ofereceu a denúncia contra senhor José Fontes, indicando-o como incurso no delito de lesão corporal seguida de morte - art. 129, §3º, CP. O crime de lesão corporal seguida de morte cinge-se na fusão de duas infrações distintas, quais sejam: a lesão corporal na qual há a presença do dolo, consistente na vontade do agente em ferir a integridade física de outrem, e a morte, que, conquanto não ambicionado pelo agente delituoso, é decorrente da ação perpetrada por ele, pela qual responderá a título de culpa, já que não era ambicionado o resultado morte da vítima. A distinção entre a lesão corporal e o homicídio culposo deflui de que na primeira conduta o antecedente é um delito doloso, ao passo que, no segundo, é um fato penalmente indiferente ou, quando muito, contravencional. À fim de ilustrar o expandido, se a morte for decorrente de vias de fato, restará perpetrado o crime de homicídio culposo. Ainda temos os dizeres de

Celso Delmanto (2007 p. 384), a lesão corporal seguida de morte também é chamado homicídio preterdoloso ou preterintencional. A lesão inicial é punida a título de dolo; o resultado letal que qualifica o comportamento é carregado ao agente por culpa (CP, art. 19). Não há qualificação quando o resultado for imprevisível ou houver caso fortuito. Se houver dolo eventual quanto ao resultado, o crime será o de homicídio, sendo assim, é um crime preterdoloso, também chamado de crime híbrido, ele está previsto no artigo 19, do CP, significa que, o agente (José Fontes) não quis o resultado e nem assumiu o risco de produzi-lo, pois daí seria dolo eventual e o crime seria o de homicídio. Isso se verifica na tipificação do art. 129, § 3º, segundo o referido artigo, a lesão que “resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo” responde por lesão corporal seguida de morte. Tanto quanto, o agente pratica um crime distinto do que havia projetado cometer, advindo resultado mais grave, decorrência de negligência, imprudência ou imperícia. Cuida-se, assim, de espécie de crime qualificado pelo resultado, havendo verdadeiro concurso de dolo e culpa no mesmo fato [dolo no antecedente (conduta) e culpa no consequente (resultado)]. Forçosa se faz assinalar que é imprescindível a existência do nexos de causalidade, ou seja, que a morte da vítima seja resultante da lesão corporal sofrida, quer seja diretamente, quer seja de forma indireta.

Já considerando a competência para julgar o citado delito, temos por sua vez o art. 5º, XXXVIII, da nossa CF/88 que dispõe ser o Júri juiz soberano para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, sendo que de acordo com E. Magalhães NORONHA o referido dispositivo não pode ser interpretado ampliativamente por ser o Júri tribunal especial. Em vista disso, o crime de lesão corporal seguida de morte é da alçada do juiz singular, inclusive por ser contrário ao rol do art. 74, § 1º, do CPP - que disciplina a competência do Júri. Portanto, temos que antes de adentrarmos a análise da competência, compreender a jurisdição ou poder jurisdicional, que nada mais é que o poder investido aos magistrados que os capacita a agir em nome do Estado na aplicação da lei. Aury Lopes Jr (2014), classifica-a como um direito fundamental, embasando que a jurisdição é mais do que apenas o “poder-dever” do Estado.

Para Fernando Capez (2014), a competência é a limitação do poder jurisdicional. Já para Aury Lopes Jr. (2014) “A competência é um conjunto de regras que asseguram a eficácia da garantia da jurisdição e, especialmente, do juiz natural. Delimitando a jurisdição, condiciona seu exercício”.

Para tanto a competência de determinado juiz pode ser estabelecida de forma absoluta ou relativa. Diz-se por absoluta a competência referente à matéria e em razão a prerrogativa funcional, e pode ocorrer em qualquer tempo ou grau de jurisdição. A competência relativa significa competência territorial e aqui prevalece o interesse da parte que a suscitou. Ressalvamos que o Código de Processo Penal (CPP), discrimina nos incisos de seu artigo 69 os critérios para fixação de competência.

Assim sendo, temos que o sr. José Fontes será julgado por um juiz singular da comarca de Jacareí com efeito, o disposto no artigo 6º, do CP, que: considera-se praticado o crime no momento da ação, ou da omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado (teoria mista ou da ubiquidade). Bem como, o inciso I do art. 69 e tratada nos art. 70 e 71 (Competência *ratione loci*) do Código de Processo Penal, estabelece que esse critério é a regra, o lugar da consumação da infração ou da prática do último ato de execução, determinará a competência. Entretanto, verificamos que a denúncia foi encaminhada ao juiz da comarca de São José dos Campos, assim, uma vez que a competência *ratione loci* é relativa, caso não suscitada no primeiro momento oportuno, fatalmente se convalidará, não ensejando, pois, a nulidade da sentença, uma vez que não pode ser suscitada de ofício pelo magistrado (regra). Observamos que o crime ocorreu na cidade de Jacareí, bem como se consumou no hospital do município de Jacareí, sendo assim, conforme já explanado o juiz competente para julgar o fato será o da comarca da cidade de Jacareí. Assim, o indiciado deverá se pronunciar de pronto quanto a incompetência relativa do juízo da comarca de São José dos Campos, de modo que os autos serão remetidos ao juízo competente da comarca de Jacareí.

Como podemos observar nesse julgado a inércia faz precluir o direito e o juízo incompetente se torna competente:

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO. PROVAS. EXISTÊNCIA. AFERIÇÃO. VIA INADEQUADA. PENA. REDUÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NAO OCORRÊNCIA. NAO CONHECIMENTO DO *WRIT*. **INCOMPETÊNCIA RELATIVA. *RATIONE LOCI*. NAO ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSAO. PRORROGAÇÃO.**

1. Aferir se há provas suficientes para a condenação não é matéria condizente com o *habeas corpus*, via angusta por excelência, onde não há espaço para revolvimento fático, indispensável em intentos deste jaez. 2. Somente se conhece de *habeas corpus*, visando a redução da pena-base, se demonstrada flagrante ilegalidade, ausente na espécie. 3. A incompetência territorial, de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, revela nulidade relativa, devendo ser argüida oportunamente, sob

pena de preclusão (prorrogação), ocorrente na espécie. 4. Ordem conhecida em parte e, nesta extensão, denegada.

(STJ – HC: 95118 PB 2007/0277543-4, Relator: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 05/08/2010, T6 SEXTA TURMA, Data de Publicação DJe 06/09/2010).

A de se falar também que o consulente (José Fontes) além de responder por esse fato imputado a ele criminalmente consta ainda, um processo transitando na esfera civil pelo mesmo fato na comarca de São José dos Campos, o qual requer a cobrança dos valores relativos à internação e condenação por danos morais em razão da causa morte. Ressalvamos que caso o consulente venha a ser absolvido penalmente pelo crime de lesão corporal seguido de morte, este transitado em julgado fará coisa julgada também no processo civil, conforme dispõe o artigo 386 CPP, que apresenta hipóteses de absolvição do réu, as quais respectivamente repercutem no âmbito civil, bem como provado a inexistência do fato, exclui-se a responsabilidade penal, e por óbvio, também a responsabilidade civil do acusado. Capez (2004, p. 397) enfatiza a importância da repercussão na esfera cível deste dispositivo alegando: "o inciso I (inexistência do fato) possui importante repercussão na esfera cível, na medida em que impossibilita o ajuizamento de ação civil ex delicto para reparação do dano (CPP, art.66)".

Ao mesmo tempo podemos observar que o crime ao consulente (José Fontes) atribuído pelo promotor de justiça está previsto no artigo 129, § 3º do CP, "Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem - Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos". A pena constante desse dispositivo é meramente abstrata podendo o juiz conforme o caso aumentar ou diminuir-la, conforme veremos:

O magistrado primeiramente irá analisar como a conduta do indiciado se amolda de modo harmônico no código penal, ou seja, qual é o crime descrito no CP para a conduta por ele praticada. Em seguida verá a pena cominada em abstrato para o crime descrito, que no caso é o do art. 129, §3º, "reclusão, de 04 a 12 anos", para que assim tenha um norte para chegar na pena em concreto. Posteriormente já fazendo uso do sistema trifásico, critério adotado pelo CP para a fixação da pena deverá passar por três fases. Na primeira fase será fixada a pena base (analisando os critérios do artigo 59 do CP), na segunda fase o magistrado considerará as circunstâncias atenuantes (contidas no artigo 65 CP) e as agravantes (artigos 61 e 62

ambos do CP) se existentes do caso concreto, e na terceira fase, as eventuais causas de diminuição e aumento de pena analisando a parte especial e geral do CP, e finalmente chegue ao total de pena que deverá ser cumprida pelo réu.

Conforme dispõe o artigo 33 do CP os crimes os quais as penas são de reclusão o cumprimento poderá ser iniciado em regime fechado, semiaberto ou aberto. No caso de condenação acima de 8 anos o início do cumprimento da pena deve ser no regime fechado. Nessa condição, o detento fica proibido de deixar a unidade prisional, como presídio e penitenciária ou mesmo a Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (Apac) em que estiver cumprindo a pena. Já se condenado a pena superior a quatro anos e não superior a oito anos de prisão, se não for reincidente, deve iniciar o cumprimento de pena no regime semiaberto, em colônia agrícola ou estabelecimento similar, como as APACs. Nessa condição, ele é autorizado a deixar a unidade penitenciária durante o dia para trabalhar, devendo retornar à noite. No caso do réu reincidente, ele inicia o cumprimento da pena no regime fechado. A legislação penal brasileira permite que o condenado em regime fechado ingresse no semiaberto após o cumprimento de 1/6 da pena, desde que tenha bom comportamento carcerário. O regime aberto, por sua vez, é imposto a todo réu condenado a até quatro anos de prisão, desde que não reincidente. Nesse regime, a pena é cumprida em casa de albergado ou, na falta deste, em estabelecimento adequado, como, por exemplo, a residência do réu. O condenado é autorizado a deixar o local durante o dia, devendo retornar à noite. Para o regime aberto podem progredir os que se encontram no semiaberto, após o cumprimento dos requisitos previstos na legislação penal brasileira, como tempo de cumprimento de pena e bom comportamento. Logo cremos que o consulente poderá ser condenado a pena acima de quatro anos e menor de oito anos. Façamos uma análise subjetiva mediante as informações a nós advinda: possui reincidência real e específica, uma vez que já cumpriu efetivamente a pena e os delitos possuem a mesma natureza, este se dá pelo processo penal transitado em julgado, em 2014, o qual foi condenado à pena de cinco meses de detenção por lesão corporal leve praticada em face de sua esposa, assim como disciplina o artigo 64, I, “para efeitos de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”. Bem como o STF em 04 de abril de 2013 declarou constitucionalidade da

reincidência como agravante da pena tendo esta matéria repercussão geral reconhecida em outro recurso (RE 732290, de relatoria do ministro Gilmar Mendes). Sendo assim, após a aplicação da pena base, a qual será majorada, dado que o consulente (José Fontes) possui maus antecedentes, visto ter cumprido pena restritiva de direitos por explorar jogos de azar em 2000, ainda sofrerá majoração na pena em exame na segunda fase do sistema trifásico, dado o fato que o consulente foi condenado em processo transitado em julgado em 2014 e ,ainda, se encontra dentro do período depurador, como já explanado (reincidência). Entretanto, verificamos que há uma atenuante constante do artigo 65, III, “e”: “São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou. Ao passo que na ocorrência de concurso de atenuantes e agravantes (art.67 CP), ...” a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência”. Dessa forma, a circunstância que irá preponderar será o da reincidência, majorando a pena, portanto, também na segunda fase. Considerando as causas de aumento e diminuição da pena aplicada na terceira fase do sistema trifásico temos o artigo 129, §7º que entendemos que pode ser aplicado para aumentar a pena do consulente em 1/3, vejamos: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 7º: Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se ocorrer qualquer das hipóteses dos §§ 4º e 6º do art. 121 deste Código”. Artigo 121, §4º:

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante (...) grifo nosso.

Assim, diante o explanado, temos que o consulente (José Fontes) poderá iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado, pois se a pena cominada em abstrato é de quatro anos (mínimo), levando em consideração a majoração do antecedente, bem como a reincidência e o aumento de pena, concluímos que mesmo que sua pena seja aplicada entre quatro e oito anos, que em regra se inicia no regime semiaberto, em consequência a sua reincidência o consulente irá iniciar no regime fechado em observância ao artigo 33, §2, “b” e “c” do CP, o qual impõe ao agente o regime fechado para início de cumprimento de pena de reclusão. Não há de se falar, ainda, na

aplicação de substituição de pena, pois não cabe o emprego do artigo 129, §5º: “O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa”.

Todavia não é possível determinarmos de maneira exata a pena a ser aplicada ao caso, dado que caberá exclusivamente ao órgão julgador competente, podendo este na terceira fase do sistema trifásico estabelecer a pena acima do máximo da cominada em abstrato constante no Código Penal. Como também ressalvamos que não cabe a comparação com jurisprudências de casos similares, posto que no direito penal cada fato possui suas peculiaridades.

Partindo deste e adentrando na esfera trabalhista, para reconhecer o direito de greve no Brasil é necessário estar em conformidade com a Lei 7.783/89 a qual deve-se cumprir os seguintes requisitos: a) convocação e/ou realização de assembleia geral da categoria; b) cumprimento de quórum mínimo para deliberação; c) exaurimento da negociação coletiva sobre o conflito instaurado; d) publicidade prévia aos empresários, empregados e à comunidade, no qual essa comunicação deverá ser feita no prazo mínimo de 48 horas nas atividades privadas e de 72 horas, nos serviços e atividades essenciais, sendo que nesta última hipótese também será avisada a população, que sofrerá com a greve; e) manutenção em funcionamento de maquinário e equipamentos, cuja paralisação resulte prejuízo irreparável e irreversível; f) atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (em serviços essenciais); g) comportamento pacífico e ordenho, com segurança e evitar acidente; h) na garantia de liberdade de trabalho dos não grevistas, liberação para funcionários de ir e vir nos postos de trabalho; i) não continuidade da paralisação após solução do conflito por acordo coletivo de trabalho, convenção coletiva ou sentença normativa (MELO, 2016).

O direito de greve no ordenamento jurídico pátrio está inserido na Constituição Federal Brasileira de 1988, introduzidas no capítulo II - dos direitos sociais - em seus arts. 7º a 11º, no qual mais precisamente no art. 9º, há menção, ainda, de uma lei específica que regulamenta quanto a deflagração das greves, podendo nas palavras de Trindade (2015) ser realizada somente para reivindicações de natureza trabalhista e nunca para buscar o atendimento de reivindicações políticas ou outros ideais.

Ademais, entendemos que a greve se tornou justa devido ao não cumprimento do acordo coletivo celebrado entre a Empresa e o Sindicato da classe, porém é ilícita devido a não formalização do Sindicato, no que preceitua a legislação específica. Temos que os grevistas não respeitaram a garantia de liberdade de trabalho aos não

aderentes à greve, afrontando a manifestação pacífica estabelecida pelos artigos 2º e 6º, § 3º da lei 7.783/89. Assim, Sergio Pinto Martins ressalta que:

[...] é evidente a regra do art. 4º, VII da Constituição, que adota a solução pacífica dos conflitos nas relações internacionais, ser empregada no direito interno. No mesmo sentido, o art. 2º da Lei n. 7.783/89 prescreve que o movimento grevista deve ser pacífico, vedando qualquer forma de violência (art. 5º, III, da CF/88).

Tanto quanto não houve aviso de paralização ao empregador no prazo de 48 (quarente e oito) horas como forma de notificação das partes interessadas, restando ainda em desacordo com o art. 3º, parágrafo único da lei 7.783/89, uma vez que a publicidade tem a finalidade de permitir ao empregador tomar providências em relação a sua operacionalização junto aos seus clientes, fornecedores, etc. Como também caberia ao respectivo sindicato organizar e comunicar a classe trabalhadora quanto a pretensão da deflagração da greve.

Além disso, a greve não se torna lícita apenas com o descumprimento do acordo coletivo, pois o sindicato deveria convocar a empresa novamente para negociações e, se assim esgotadas sem êxito, se tornaria lícita a greve desde que preenchidos os requisitos estabelecidos pela Lei 7.783/89.

Neste sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. ABUSIVIDADE DA GREVE. CONFIGURAÇÃO. O exercício do direito de greve, meio de pressão máximo para obter do empregador a satisfação das reivindicações da categoria profissional, submete-se aos limites descritos na lei para que não se configure abusivo, conforme dispõe o art. 9º, -caput- e § 2º, da Constituição Federal. Se a greve é deflagrada sem que se esgote a negociação coletiva e sem a comunicação da empresa com antecedência mínima de quarenta e oito horas da paralisação, nem se realiza assembleia com os trabalhadores para deliberar sobre as reivindicações e sobre a paralisação coletiva antes da efetiva deflagração, restam desrespeitados os arts. 3º, parágrafo único, 4º e 14º, parágrafo único, da Lei nº 7.783/89 a ensejar a abusividade da greve. Recurso Ordinário a que se nega provimento, no particular.

(TST - RO: 8470720115140000 847-07.2011.5.14.0000, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 10/06/2013, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 21/06/2013)

Assim temos que a greve no presente caso é justa, porém ilícita. Restando sua licitude somente se preenchidos os requisitos estabelecidos pela Lei 7.783/89, bem como se tratando de assuntos referentes as reivindicações de natureza trabalhista.

Mais adiante temos os fatos quanto a resolução contratual, uma das causas supervenientes à formação contratual, que ocorre no momento em que a extinção do contrato é dada por ter havido o descumprimento do que nele estava estabelecido por uma das partes. Assim, como afirma Gonçalves (2016, p. 861),

A obrigação visa à realização de determinado fim. Nem sempre, no entanto, os contraentes conseguem cumprir a prestação avençada, em razão de situações supervenientes, que impedem ou prejudicam a sua execução. A extinção do contrato mediante resolução tem como causa a inexecução ou incumprimento por um dos contratantes.

Deste modo, a resolução nada mais é do que o rompimento do vínculo contratual que se dá pela falta de adimplemento por uma das partes, seja por motivo voluntário (culposo) ou involuntário (não culposo), do que havia sido estipulado em um determinado contrato. (GOMES apud GONÇALVES, 2016).

Esta resolução pode se dar através de cláusula contratual resolutiva, apresentando-se de maneira expressa ou tácita no contrato. A primeira denominada como expressa é quando houver presente no contrato uma cláusula resolutiva condicionada por vontade das partes afim de mantê-la presente para garantir a segurança contratual, sendo esta considerada como pleno direito, conforme artigo 474 do Código Civil. Entretanto, quando não há a presença de cláusula escrita no contrato é presumido que a cláusula tácita se faz presente, dado que é lógico pensar que se a parte se sentir prejudicada pela inexecução do combinado poderá solicitar a devida resolução ou cumprimento forçado da obrigação através do poder jurisdicional, mesmo que a cláusula não esteja expressa no contrato, inclusive podendo validar-se do direito à indenização por perdas e danos dependendo do caso concreto, conforme estabelece os artigos 475 e 497 do Código Civil.

Partindo deste conceito e adentrando no mérito em questão, a instituição financeira “GFV Financiamentos S/A” através do poder jurisdicional ingressou com uma ação de resolução contratual contra a ora consulente devido ao descumprimento do contrato de alienação fiduciária por falta de pagamento de algumas parcelas. Notamos, portanto, que o pedido solicitado é que lhe seja concedido a busca e apreensão do veículo que atualmente se encontra na posse da consulente.

Pois bem, primeiramente cumpre destacar que a consulente conforme mencionado já efetuou o pagamento de 50 (cinquenta) parcelas do montante de 60 (sessenta) parcelas, restando, portanto, somente 10 (dez) parcelas para quitação total

da dívida, não restando dúvidas que a consulente já realizou o pagamento de mais da metade das parcelas previstas no contrato.

Vindo ao encontro desta demanda, a teoria do adimplemento substancial que goza de prestígio jurisprudencial e doutrinário no direito contratual brasileiro, determina que nos casos em que o contrato tiver sido quase totalmente cumprido, ou seja, se o adimplemento tornar-se insignificante, não poderá ser arguido a extinção do contrato, podendo caber-lhe somente a utilização de outros efeitos jurídicos menos gravosos para seu cumprimento, como por exemplo a propositura de ação de cobrança. Nas palavras de Didier (2009, v.4, n.4),

Assim, o direito potestativo à resolução do negócio não pode ser exercido em qualquer hipótese de inadimplemento. Se o inadimplemento for mínimo (ou seja, se o déficit de adimplemento for insignificante, a ponto de considerar-se substancialmente adimplida a prestação), o direito à resolução converte-se em outra situação jurídica ativa (direito à indenização, p. ex.), de modo a garantir a permanência do negócio jurídico.

Neste sentido, o enunciado nº 361 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal descreve que “o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475 do Código Civil”, sendo, portanto, que a previsão do Código Civil em permitir que a parte lesada pelo inadimplemento pode solicitar a resolução do contrato se não optar pelo cumprimento deve ser questionado, visto que o próprio enunciado já fez essa limitação quanto sua interpretação que deve ser analisado em conjunto aos princípios contratuais, sendo estes da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

A jurisprudência também já se manifestou neste sentido:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.

(STJ - REsp: 272739 MG 2000/0082405-4, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 01/03/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.04.2001 p. 299 JBCC vol. 200 p. 126 RSTJ vol. 150 p. 398).

Como também a aplicação desta teoria está presente em casos semelhantes:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos". 2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato. 3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R\$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, conseqüentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença. 4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título. 5. Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp: 1051270 RS 2008/0089345-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/08/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2011).

Todavia, atualmente há entendimentos contrários a aplicação desta teoria, uma vez que defendem que esta acaba servindo para desestimular o devedor no cumprimento da quitação total/faltante da obrigação, afetando a segurança jurídica contratual em casos de utilização errônea da teoria. Como também há menção de que o Decreto – Lei nº 911/69 vigente não faz menção quanto aos números e porcentagens mínimas que o devedor deve efetuar para que não ocorra a propositura de ação de busca e apreensão do bem, no qual a lei deve ser interpretada de modo extensivo em que a tese não pode sobrepor sobre a lei especial, sendo:

DECRETO-LEI Nº 911, DE 1º DE OUTUBRO DE 1969.

Art. 3º. O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014).

Neste sentido o próprio Supremo Tribunal da Justiça se manifestou novamente sobre o tema, porém de modo contrário ao entendimento que já havia formado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. 1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA. RECONHECIMENTO. 2. REMANCIPAÇÃO DO BEM AO DEVEDOR CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E ENCARGOS APRESENTADOS PELO CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (REsp n. 1.418.593/MS). 3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO, COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO (AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA), SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR FIDUCIÁRIO. 4. DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL, CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infugíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela "lei geral" não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (ut Art. 1.368-A, introduzido pela Lei n. 10931/2004). 1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente. 2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei n. 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp n. 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial. 3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e

apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito). 4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípuo impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada. 4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada. 4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial. 5. Recurso Especial provido.

(STJ - REsp: 1622555 MG 2015/0279732-8, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 22/02/2017, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/03/2017)

Desta maneira, por seis votos a dois dos ministros em 2ª Seção sobre o tema, o entendimento consolidado foi de que o pagamento da maior parte das parcelas não tem força suficiente para afastar o que está descrito no Decreto – Lei 911/1969, qual seja de que o credor pode ingressar com ação de busca e apreensão em caso de inadimplência por parte do devedor, visto que não há menção de pagamento mínimo ou máximo para a propositura do pleito.

Em consequência a esta acepção, recentes decisões já foram proferidas por diversos tribunais do país utilizando-se do posicionamento recente proferido pelo STJ:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO DO BEM. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. [...] Com isso, INDEFIRO o pedido liminar formulado pelo Agravante, por verificar a possibilidade de aplicação do adimplemento substancial ao caso concreto, e assim, obstar a busca e apreensão. Diante do exposto, CONHEÇO do presente recurso, para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, ante a possibilidade de aplicação da teoria do adimplemento substancial. Verifica-se, portanto, que o entendimento adotado pela Corte de origem encontra-se em divergência com a mais recente posição da Segunda Seção deste Tribunal, firmada no julgamento do Recurso Especial 1.622.555/MG (Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 16/03/2017), segundo a qual é inaplicável a teoria do adimplemento substancial aos contratos firmados com base no Decreto-Lei 911/1969.

(STJ - REsp: 1737970 AL 2018/0093961-4, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 24/10/2018)

Diante de todo o exposto, levando em consideração o atual entendimento dos tribunais sobre o contrato de alienação fiduciária, a demandante “GVT Financiamentos S.A” poderá ter êxito na demanda se houver a presença de todos os requisitos necessários exigidos pela legislação, no qual poderá reaver o veículo que atualmente está na posse da consulente caso não houver o pagamento das parcelas vencidas em tempo hábil do que lhe é devido, porém a decisão dependerá exclusivamente do órgão julgador que for competente para analisar o caso, não podendo saber-se ao certo a decisão que lhe será aplicada.

Todavia para tentativa de defesa a consulente poderá arguir em contestação a questão quanto a não comprovação da mora pela parte autora “GVT Financiamentos S.A” no processo, visto que nos fatos narrados não há menção de juntada de comprovante que demonstre a veracidade da mora em que se encontra a consulente. Nota-se, portanto, que segundo a jurisprudência majoritária a comprovação da mora pela parte autora da demanda é requisito para propositura da ação de resolução contratual com pedido de busca e apreensão sobre contrato de alienação fiduciária, sendo que na falta desta a petição poderá ser indeferida e o processo extinto sem resolução de mérito, conforme disposto no artigo 485, I do Código de Processo Civil.

Apesar deste entendimento majoritário, a jurisprudência atual diverge com o disposto no artigo 2º, §2º do Decreto – Lei 911/69 em que “a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário”, uma vez que a palavra “poderá” acabou

perdendo seu significado, devendo em consonância a este entendimento ser interpretada no sentido de “deverá”, visto que além do simples vencimento do prazo para pagamento é necessário que o autor comprove a mora em que se encontra a parte devedora para prosseguimento da demanda.

Em consonância a este entendimento, observamos que na suposta região em que os autos se encontram, não sabendo ao certo se é na cidade de Jacareí ou em São José dos Campos - SP, há decisões recentes proferidas pelos Tribunais de Justiça de que a comprovação da mora em contrato de alienação fiduciária é requisito necessário para deferimento da petição inicial. Neste sentido, a 4ª Vara Cível da comarca de São José dos Campos – SP se pronunciou em um de seus acórdãos a respeito da matéria:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA BUSCA E APREENSÃO. Petição inicial indeferida por invalidade da notificação expedida para fins de comprovação da mora - Notificação extrajudicial devolvida com anotação “Ausente”. Objeto devolvido ao remetente. Invalidade da notificação Extinção de rigor. Recurso improvido.

(TJ/SP – Apl: 1017253-72.2018.8.26.0577. Relator: Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA. Data de Publicação: DJ 11/10/2018).

Como também, encontramos na 3ª Vara Cível da comarca de Jacareí – SP acórdãos seguindo este mesmo entendimento:

Ação de busca e apreensão de automóvel alienado fiduciariamente. Sentença de indeferimento da inicial ante a ausência da comprovação da mora. Apelação do banco autor. Notificação para comprovação da mora que não foi entregue pelo motivo de endereço insuficiente. Mora não comprovada. Requisito de validade para ação de busca e apreensão. Exigência do art. 2º, § 2º, DL nº 911/69. Súmula nº 72 do STJ. Apelo desprovido.

(TJ/SP – Apl: 1006041-70.2017.8.26.0292. Relator: Desembargador MORAIS PUCCI. Data de Publicação: 26/04/2018).

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça sumulou o assunto através da súmula nº 72 em que “a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”, eximindo qualquer dúvida a respeito da importância da comprovação da mora neste caso.

Portanto, resta comprovado de que a mora é essencial para deferimento da petição inicial em se tratando de ação de resolução contratual de busca e apreensão em contrato de alienação fiduciária, podendo a consulente basear-se nesta tese para sua defesa. Porém, é importante ressaltar novamente que a resolução da lide dependerá exclusivamente do órgão julgador competente que analisará o mérito do

processo, não podendo em nenhuma hipótese afirmarmos com exatidão qual será a procedência final da demanda.

Mais adiante, é arguida a questão quanto a tutela provisória de urgência, podendo esta ser explicada como uma medida processual que tem como objetivo dar maior efetividade ao processo, possibilitando que o juiz conceda antes aquilo que só seria concedido ao seu final ou que determine as medidas necessárias para satisfazer ou assegurar a eficácia do provimento principal até sua satisfação (GONÇALVES, 2018).

A tutela de urgência poderá ser concedida no momento em que ficar demonstrados os requisitos mencionados no artigo 300 do Código de Processo Civil, sendo estes do "fumus boni juris" (probabilidade do direito) e "periculum in mora" (perigo da demora), no qual para que a parte requeira esta modalidade de tutela deverá apresentar em sua inicial a probabilidade do direito que pretende assegurar e qual será o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo que a medida apresentará caso não seja concedida.

Todavia além destes requisitos a tutela de urgência divide-se em duas classificações, podendo ser antecipada ou cautelar. A primeira, denominada como antecipada é de caráter satisfativo que visa proteger o direito material, satisfazendo no todo ou em parte a pretensão formulada pelo autor, sendo que produz efeitos quando deferida do pedido inicial antes mesmo do trânsito em julgado da sentença, necessitando apenas de ratificação na decisão final do processo. Já a segunda denominada como cautelar, possui caráter não satisfativo que visa proteger o direito processual, que não satisfaz no todo ou em parte a pretensão do autor, posto que o juiz no momento de seu deferimento determina apenas providências de caráter de resguardo, proteção e preservação do direito, para assim conservar o resultado útil do processo (GONÇALVES. 2018).

Definida a natureza da tutela provisória de urgência, tanto a antecipada quanto a cautelar, podem ser propostas de maneira antecedente ou incidental, sendo que a antecedente é formulada antes da apresentação do pedido principal, ou se já apresentado, não possui argumentação minuciosa. Assim,

[...] Quando a necessidade de antecipar os efeitos da tutela se der de forma contemporânea à propositura da ação, o autor pode limitar seu pedido ao requerimento de antecipação de tutela, apenas fazendo referência ao futuro pedido principal (tutela final), com a exposição da lide, do direito que se busca

realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. (Oliveira, 2018).

Já a incidental é proposta quando o processo já está em curso, ou seja, quando o pedido principal já foi formulado especificadamente pela parte autora, porém há nos autos a ocorrência de uma situação que necessite da medida de urgência (GONÇALVES, p. 329), podendo ser requerida por ambas as partes.

Finalizada o conceito da tutela provisória de urgência e vindo ao encontro dos fatos, percebe-se que neste caso trata-se de concessão de tutela provisória de urgência de natureza cautelar de arresto concedida em caráter antecedente, visto que o autor da demanda propôs a ação com intuito de assegurar o resultado futuro do pedido principal do processo, qual seja de eventual execução por quantia certa contra o consulente mantendo o imóvel supramencionado protestado para garantir o adimplemento da dívida.

Como a tutela já foi concedida, esta por sua vez não é passível de estabilização, em razão que sua finalidade é somente garantir e proteger o direito processual, não havendo entendimento lógico em estabilização de uma tutela simplesmente conservativa. Como também seguindo este raciocínio, o juiz a partir do momento que determinou o protesto do imóvel do consulente não satisfaz o direito da parte autora da demanda, mas apenas assegurou aos autores da lide eventual êxito quanto ao pedido principal que será formulado.

Então, os familiares do Sr. Antônio quando a tutela for efetivada deverão apresentar nos mesmos autos a formulação do pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias, independentemente do aditamento de novas custas processuais, qual seja de cobrança dos valores relativos à internação e condenação por danos morais em razão da morte do ente querido, após conclusão do processo criminal, segundo artigo 308 do Código de Processo Civil. Mas se caso houver inércia por parte dos autores ocorrerá a cessação da eficácia da tutela provisória concedida, não havendo mais nenhum protesto no imóvel do consulente e o processo será extinto sem resolução de mérito, ficando vedado a renovação do pedido salvo se houver apresentação de um novo fundamento, conforme redação do art. 309 do mesmo código.

Há também jurisprudências acerca da inércia pela parte autora no prazo estabelecido, sendo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL NO PRAZO DE 30 DIAS. CPC ARTS. 308 E 309, I. INÉRCIA DA

PARTE AUTORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS. APRECIÇÃO EQUITATIVA. CPC ART. 85, § 8º. MAJORAÇÃO DO VALOR ARBITRADO. DESCABIMENTO. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Tendo o processo sido extinto pela inércia da parte autora, a qual descumpriu o prazo de 30 dias, após a efetivação da tutela cautelar, para a interposição da ação principal preconizado pelos artigos 308 e 309, I, do CPC, deve-se atender à dinâmica do princípio da causalidade, respondendo a parte autoral pelas despesas e pelos honorários da parte adversa, porquanto deu causa à instauração do processo e à movimentação do aparato judiciário. 2. Não havendo condenação nem aferimento de qualquer proveito econômico porventura obtido, bem como, sendo ínfimo o valor dado à causa, devem os honorários ser fixados de forma equitativa conforme a norma prevista no art. 85, § 8º, do CPC. 3. Não assiste razão ao apelo quanto à majoração do quantum arbitrado para o elevado patamar de R\$5.000,00 (cinco mil reais), pois caso este vultoso valor fosse aceito, a real motivação da condenação em honorários em um processo findado sem julgamento de mérito ficaria desfigurada, se convertendo em uma grande punição para a parte autora por ter interposto a ação, bem como em uma remuneração injusta a ser obtida pela Procuradoria do Estado. 4. Ademais, foi concedido o benefício da gratuidade judiciária aos autores, estando a condenação em honorários advocatícios sob condição suspensiva de exigibilidade, nos termos do § 3º do art. 98 do Código de Processo Civil, o que indica os poucos recursos disponíveis da parte autora e torna o pedido de majoração inapropriado e sem efetividade. 5. Face ao exposto, CONHEÇO da apelação para NEGAR-LHE PROVIMENTO. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em votação por unanimidade, em CONHECER da presente apelação para NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto da relatora. Fortaleza, 28 de junho de 2017. Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADORA MARIA IRANEIDE MOURA SILVA Relatora

(TJ-CE - APL: 04072221220008060001 CE 0407222-12.2000.8.06.0001, Relator: MARIA IRANEIDE MOURA SILVA, 2ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 28/06/2017)

Entretanto, é importante observar que nos fatos narrados consta que a família do Sr. Antônio asseverou que realizaria o pedido principal assim que fosse concluído o processo criminal em caso de deferimento da tutela de urgência cautelar. Contudo, compreendemos que o processo de tutela provisória de urgência cautelar não pode aguardar a conclusão da demanda na esfera criminal, visto que a tutela é instrumento regido pela celeridade processual que perderá sua eficácia e não se validará para resguardar com urgência o feito que pretende alcançar. Desta forma, o procedimento da tutela provisória já acima mencionado deverá ser realizado normalmente sem nenhuma interrupção, qual seja de formulação do pedido principal.

Já após a apresentação do pedido principal, o juiz caso entenda poderá suspender o processo de execução para aguardar a finalização da demanda criminal conforme artigo 313, V, “a” do CPC, uma vez que não se trata mais do pedido de

arresto através da tutela provisória, mas sim de execução por quantia certa contra devedor solvente.

Por fim, no caso do consulente que já foi notificado através de intimação processual, deve se manifestar nos autos acerca da decisão proferida de deferimento da tutela de urgência cautelar no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena dos fatos alegados pelo autor tornar-se aceitos como ocorridos, conforme artigo 307 do Código de Processo Civil.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista – SP, 12 de novembro de 2018.

Alencar Fernando Borghetti Rodrigues
16002072

Herinton Domingos Marques
16000713

Kátia Cristina Mazzi
16001720

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 361**. Enunciados. IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/472>>. Acesso em: 15 out. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21^a. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CNJ. **Entenda os Diferentes Regimes de Cumprimento de Pena**. 2015. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62364-entenda-os-diferentes-regimes-de-cumprimento-de-pena>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

CRUZ, Antônio A. Silva. **A Estabilização da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente: Aspectos Gerais e Procedimentais de Acordo com o Código de Processo Civil**. 2018. Disponível em: <<https://atilacruz.jusbrasil.com.br/artigos/603360909/a-estabilizacao-da-tutela-antecipada-requerida-em-carater-antecedente>>. Acesso em 23 out. 2018.

DELMANTO, C et.al. **Código Penal Comentado**. 7^o ed. atual. e. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIDIER Jr., Fredie. **Notas Sobre a Aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial no Direito Processual Civil Brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, v. 4, n. 4, 2009. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21607/15634>>. Acesso em: 17 out. 2018.

DIREITO CONTRATUAL. **Tese do Adimplemento Substancial não se Aplica em Alienação Fiduciária, diz STJ**. In: Revista Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-22/tese-adimplemento-substancial-nao-aplica-alienacao-fiduciaria>>. Acesso em: 17 out. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Terceira Parte: Teoria Geral dos Contratos**. Coordenador: Pedro Lenza. Direito Civil, 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547200763/cfi/4!/4/4@0:9.41>>. Acesso em: 20 out. 2018.

LOPES, Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=WdRiDwAAQBAJ&pg=PT230&lpg=PT230&dq=%E2%80%9CA+compet%C3%A4ncia+%C3%A9+um+conjunto+de+regras+que+asseguram+a+efic%C3%A1cia+da+garantia+da+jurisdi%C3%A7%C3%A3o+e,+especialmente,+do+juiz+natural.+Delimitando+a+jurisdi%C3%A7%C3%A3o,+condiciona+seu+exerc%C3%ADcio%E2%80%9D.&source=bl&ots=DiUgVVe53-&sig=4FWRtOPMTN8K9V01QXOsAFUFIFk&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiqyJC4rc3eAhWLqZAKHUOZBFQQ6AEwAHoECAYQAQ#v=onepage&q=%E2%80%9CA%20compet%C3%A4ncia%20%C3%A9%20um%20conjunto%20de%20regras%20que%20asseguram%20a%20efic%C3%A1cia%20da%20garantia%20da%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20e%2C%20especialmente%2C%20do%20juiz%20naturaL.%20Delimitando%20a%20jurisdi%C3%A7%C3%A3o%2C%20condiciona%20seu%20exerc%C3%ADcio%E2%80%9D.&f=false>>. Acesso em: 09 nov. 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, p. 789.

MELO, Raimundo Simão. **Exercício do Direito de Greve deve Obedecer Requisito de Comunicação Prévia**. 26 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-26/reflexoes-trabalhistas-direito-greve-obedecer-requisito-comunicacao-previa>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: dos crimes contra a pessoa**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v.2.

OLIVEIRA, Daniele Viana. **Processual Civil: Estabilização da Tutela de Urgência Antecedente**. In: **Âmbito Jurídico**. 2018. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17621&revista_caderno=21>. Acesso em: 17 out. 2018.

QUEIROGA, Vitória dos S. Lima. **Aspectos Doutrinários e Jurisprudenciais Acerca da Greve do Servidor Público: Uma Análise da Decisão do STF ao Suprir a Omissão do Legislativo**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012.

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11182& revista_caderno=4>. Acesso em: 03 nov. 2018.

SIMÃO, José Fernando. **Adimplemento Substancial e a Nova Orientação do STJ: E o Poder dos Bancos Prevaleceu**. Carta Forense. 2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/adimplemento-substancial-e-a-nova-orientacao-do-stj---e-o-poder-dos-bancos-prevaleceu/17550#_ftnref2>. Acesso em: 19 out. 2018.

STF. **STF Declara Constitucionalidade da Reincidência como Agravante da Pena**. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=235084>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

STJ. **HC: 95118 PB 2007/0277543-4**, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 05/08/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/09/2010. JusBrasil, 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16089669/habeas-corpus-hc-95118-pb-2007-0277543-4/inteiro-teor-16820624?ref=serp>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

STJ. **REsp: 1051270 RS 2008/0089345-5**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 04/08/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/09/2011. JusBrasil, 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21088578/recurso-especial-resp-1051270-rs-2008-0089345-5-stj/inteiro-teor-21088579?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 out. 2018.

STJ. **REsp: 1622555 MG 2015/0279732-8**, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 22/02/2017, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/03/2017. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/439904571/recurso-especial-resp-1622555-mg-2015-0279732-8>>. Acesso em: 23 out. 2018.

STJ. **REsp: 272739 MG 2000/0082405-4**, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 01/03/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.04.2001 p. 299 JBCC vol. 200 p. 126 RSTJ vol. 150 p. 398. JusBrasil, 2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/317395/recurso-especial-resp-272739-mg-2000-0082405-4>>. Acesso em: 20 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. **A Teoria do Adimplemento Substancial na Doutrina e na Jurisprudência**. 2015. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>>. Acesso em: 20 out. 2018.

TJ-CE. **Apl: 04072221220008060001 CE 0407222-12.2000.8.06.0001**, Relator: MARIA IRANEIDE MOURA SILVA, 2ª Câmara Direito Público, Data de Publicação: 28/06/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/473605168/apela_cao-apl-4072221220008060001-ce-0407222-1220008060001>. Acesso em: 26 out. 2018.

TJ/SP. **Apl: 1006041-70.2017.8.26.0292**. Relator: Desembargador MORAIS PUCCI. Data de Publicação: 26/04/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11402622&cdForo=0>>. Acesso em: 25 out. 2018.

TJ/SP. **Apl: 1017253-72.2018.8.26.0577**. Relator: Desembargador CAIO MARCELO MENDES DE OLIVEIRA. Data de Publicação: DJ 11/10/2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11901198&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_9370de372f3241baa001659332863fd3&vICaptcha=buz&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 25 out. 2018.

TRINDADE, Raquel Guimarães. **Garantia, Previsão e Limitações ao Direito de Greve**. In: Jusbrasil. 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/219233682/garantia-previsao-e-limitacoes-ao-direito-de-greve>. Acesso em: 03 nov. 2018.

TST. **RO: 8470720115140000 847-07.2011.5.14.0000**, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 10/06/2013, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 21/06/2013. JusBrasil, 2013. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23421087/recurso-ordinario-ro-8470720115140000-0-847-0720115140000-tst>>. Acesso em: 03 nov. 2018.

**ALEX FERNANDO DE SOUZA FERNANDES JUNIOR
FLÁVIA REGINA DE ALENCAR
LÍVIA CARVALHO OLIVEIRA**

PROJETO INTEGRADO

**UNIFEOB
CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS
SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP, 2018.**

ALEX FERNANDO DE SOUZA FERNANDES JUNIOR
FLÁVIA REGINA DE ALENCAR
LÍVIA CARVALHO OLIVEIRA

PROJETO INTEGRADO

Trabalho apresentado como requisito da disciplina do Projeto Integrado, do curso de Direito, ao Centro Universitário de Ensino Octávio Bastos, sob a orientação dos professores William Cardozo Silva, Odenir Donizete Martelo, Daniele Arcolini Cassuci, Erica Bassanezi Morandin e Juliana Marques Borsari.

SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP
2018

PARECER JURÍDICO

Assuntos:

Direito Penal – Lesão corporal seguida de morte

Direito Processo Penal – Competência

Direito Processo Civil – Tutela Provisória de Urgência Cautelar em Caráter Antecedente.

Direito Civil – Adimplemento Substancial

Direito Coletivo do Trabalho – Direito de Greve

Consulente: Sr. José Fontes e Sra. Maria de Lourdes

EMENTA: DIREITO PENAL. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. FIXAÇÃO DA PENA. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA.

PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA

DIREITO DO TRABALHO. DIREITO DE GREVE. LÍCITA E JUSTA.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA EM CARÁTER ANTECEDENTE OU INCIDENTAL. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR

DIREITO CIVIL. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

Trata-se de consulta formulada por Sr. José Fontes e Sra. Maria de Lourdes a respeito de questões criminais, cíveis e trabalhistas.

Segundo consta, a cidade de Jacareí/SP e a cidade de São José dos Campos/SP são divididas por uma avenida chamada Avenida Brasil.

Ocorre que, a empresa “AVOAR LTDA”, fica localizada na Avenida Brasil, do lado pertencente ao Município de São João dos Campos, é uma empresa de fabricação de peças para aeronaves particulares, cujo proprietário é o Sr. Sandro Silva, e conta com 2.500 empregados, sendo estes representados pelo Sindicato da Categoria dos Trabalhadores nas Empresas de Aviônicos, com sede em Jacareí/SP, sendo seu presidente o Sr. Cléber Pereira.

Devido a melhorias e oportunidades no setor, a empresa passou a celebrar contratos com muitos montadores e assim resolveu aumentar a jornada de trabalho de seus empregados, passando de 40 horas semanais para 44 horas semanais. Para isso, foi realizado um Acordo

Coletivo entre a empresa e o Sindicato, ficando pactuado o aumento da jornada de trabalho, bem como reajuste salarial das 4 horas acrescidas e seus respectivos reflexos.

Contudo, após dois meses da celebração do referido contrato, a empresa não cumpriu com o combinado referente ao pagamento das horas acrescidas na jornada de trabalho dos empregados, ocasião em que resolveram juntamente com o Sindicato, parar a produção e entrar em greve no dia 20 de agosto de 2017.

O movimento da greve foi liderado pelo Sr. Cléber Pereira, além do Sr. Antônio Lima - empregado da empresa há mais de 20 anos, responsável pelo setor de qualidade. No dia supramencionado, todos se reuniram na Avenida defronte a empresa e não entraram para trabalhar, ficando parte dos empregados do lado da avenida situada em São José dos Campos e outros ao lado da avenida pertencente a Jacareí.

Ato contínuo, alguns dos empregados que eram contra o movimento grevista começou a se desentender com aqueles que apoiavam o movimento, causando assim uma grande briga. Neste momento, o Sr. José Fontes, empregado da empresa, que estava diante do portão da empresa, do lado da avenida pertencente a São José dos Campos atirou um tijolo em sentido aos empregados que estavam do outro lado da via, acertando a cabeça do Sr. Antônio Lima que, perdeu a consciência na hora e caiu ao chão, sendo socorrido por colegas e levado ao hospital de Jacareí.

Após o fato, a Polícia Militar chegou no local e acalmou a situação e os colegas que socorreram o Sr. Antônio Lima, se dirigiram à Delegacia de Polícia de São José dos Campos e registraram um Boletim de Ocorrência relatando o fato e apresentando testemunhas, ocasião em que o Delegado instaurou Inquérito Policial.

O Sr. Antônio Lima, em razão do ferimento provocado pela tijolada foi submetido a uma cirurgia de urgência, pois além de entrar em coma, o fato lhe causou um traumatismo craniano e o elevado risco de perder o olho direito. Após o procedimento cirúrgico ficou internado na UTI do Hospital de Jacareí em estado de coma, contudo não resistiu e acabou falecendo.

A vítima contava com 45 anos de idade, era casado e possuía dois filhos em idade escolar, além de que durante o tempo de internação a família teve que desembolsar o montante de R\$ 20.0000 (vinte mil reais) com procedimento cirúrgico, medicamentos e tratamento.

Diante do ocorrido, o Delegado de Polícia de São José dos Campos indiciou o Sr. José Fontes pelo crime de lesão corporal seguida de morte, ao concluir o Inquérito Policial verificou-

se que o indiciado havia sido condenado, com trânsito em julgado, em 2014, à pena de cinco meses de detenção por lesão corporal leve praticada em face de sua esposa, Maria de Lourdes, além de apurado que, em 2000, Sr. José Fontes cumpriu pena restritiva de direitos porque, na época, explorava jogos de achar.

O presente procedimento investigado foi remetido ao fórum de São José dos Campos, distribuído na 2ª Vara Criminal da Comarca. Ao ser recebido pelo Ministério Público, o Promotor de Justiça ofereceu denúncia contra Sr. José Fontes indiciando-o como incurso no delito de lesão corporal seguida de morte – artigo 129, §3º, do Código Penal, sendo a denúncia recebida pelo Juiz no dia 12 de novembro de 2017.

Além disso, a família do Sr. Antônio Lima, ingressou em face de Sr. José Fontes, com pedido de tutela provisória, perante o Juízo Cível da Comarca de São José dos Campos, com o objetivo de assegurar o ressarcimento de R\$ 20.000 (vinte mil reais), gastos com o procedimento cirúrgico a qual o Sr. Antônio Lima foi submetido, posto que Sr. José Fontes estaria vendendo bens com o propósito de não pagar a dívida. A família asseverou na petição ao Magistrado que realizará o pedido principal – cobrança dos valores relativos à internação e condenação por danos morais em razão da morte do Sr. Antônio Lima, assim que concluído o processo criminal. O Magistrado acolheu o pedido e concedeu a tutela provisória de urgência em caráter antecedente, determinando o protesto contra a alienação do imóvel de titularidade de José Fontes, objeto da matrícula R\$ 1.078, do Registro de Imóveis de São José dos Campos. Determinou também a intimação do Sr. José Fontes para que apresente a defesa, no prazo legal. Sendo o Sr. José Fontes citado da ação penal e intimado da decisão que concedeu a tutela provisória no mesmo dia, por um único Oficial de Justiça.

Ademais, na mesma ocasião o Oficial de Justiça procedeu a citação da Sra. Maria de Lourdes referente a uma ação de resolução contratual, com pedido de busca e apreensão, que foi promovida pela Instituição Financeira “GFV Financiamentos S/A”, alegando a autora da ação que a Sra. Maria de Lourdes celebrou um contrato de alienação fiduciária para aquisição de veículo no valor de R\$ 54.000 (cinquenta e quatro mil reais), em 60 (sessenta) parcelas de R\$ 900,00 (novecentos reais), mas o contrato deveria ser resolvido devido a Sra. Maria de Lourdes ter deixado de adimplir com as parcelas de número 51 a 60. Na decisão determinou-se que a citação da requerida fosse realizada, o Juiz consignou o pedido de busca de apreensão do veículo que seria apreciado após a apresentação de contestação.

É o relatório.

Passamos a opinar.

No que tange aos questionamentos de Direito Processual Penal, temos o que segue.

A 2ª Vara Criminal de São José dos Campos não é competente para apreciar o caso em questão.

Um juiz não pode julgar todos os casos, de todas as espécies, faz-se necessária uma delimitação de sua jurisdição (poder de julgar) pelo instituto da competência. Assim, de acordo com o disposto no artigo 69, inciso I, do Código de Processo Penal, o primeiro critério para fixação da competência é o lugar da infração, a qual, nos termos do artigo 70, “caput”, do CPP, será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

No presente caso, o crime se consumou com a efetiva produção da ofensa à integridade corporal da vítima. Assim, considerando que Antônio de Lima acabou falecendo em Jacareí, mister concluir que a 2ª Vara Criminal de São José dos Campos não é a competente para apreciar o caso, mas, sim, a Juízo Criminal em Jacareí.

Ademais, a sentença penal absolutória na jurisdição criminal não fará, em regra, coisa julgada na jurisdição cível. Isso porque somente impedirá a ação civil “ex delicto” a absolvição fundada na inexistência material do fato (artigo 66 do CPP) e na negativa de autoria, conforme a jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CRIMINAL E CÍVEL. ANÁLISE DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal a quo manifestou-se fundamentadamente a respeito de todas as questões postas à sua apreciação, tendo decidido, entretanto, contrariamente aos interesses da parte recorrente, que buscou, com os embargos de declaração, a reapreciação do mérito da causa. Logo, em virtude da não ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade, não se verifica a aludida ofensa ao art. 535 do CPC. 2. **É pacífico no âmbito desta Corte o entendimento de que, devido à relativa independência entre as instâncias, a absolvição no juízo criminal somente vincula o cível quando reconhecida a inexistência do fato ou declarada a negativa de autoria, o que não é o caso dos autos.** 3. À luz das circunstâncias fáticas da causa, a Corte de origem reconheceu a responsabilidade da empresa de transporte, a despeito de ter sido o seu empregado - condutor do veículo - absolvido na esfera criminal, por conta do princípio in dubio pro reo. Desconstituição do entendimento lançado no v. aresto hostilizado demandaria análise do acervo fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. A parte agravante, em seu arrazoado, não deduz argumentação jurídica nova alguma capaz de alterar a decisão ora agravada, que se mantém, na íntegra, por seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 105.683/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015) (grifo nosso).

Além disso, consoante o artigo 65 do CPP, faz coisa julgada no cível a sentença fundada em excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito).

No que tange aos questionamentos do Direito Penal, temos o que segue.

O delito pelo qual José Fontes foi denunciado consiste em lesão corporal seguida de morte, indiciando-o como incurso no artigo 129, §3º, do Código Penal, sendo um crime material, considerado um delito preterdoloso, em que exige o dolo em seu ato antecedente e a culpa em seu fato subsequente.

Caso José Fontes seja condenado, ele poderá ser preso se a pena fixada for superior a 8 anos, considerando que, nessa situação, o regime de cumprimento de pena será o fechado (artigo 33, § 1º, “a”, e § 2º, “a”, do Código Penal).

Além disso, é possível que José Fontes seja apenado com montante acima do mínimo legal, visto que, além de possuir maus antecedentes (em 2000, ele cumpriu PRD), ele é reincidente (em 2014, foi condenado com trânsito em julgado à pena de 5 meses de detenção por lesão corporal leve praticada em face de sua esposa, Maria de Lourdes – artigos 63 e 64, I, do Código Penal).

Para a fixação da pena, o Juiz utilizará os maus antecedentes na primeira fase da dosimetria (circunstância judicial desfavorável – artigo 59 do Código Penal), aplicando a fração de 1/8 para exasperar a pena-base, e a reincidência na segunda fase (agravante – artigo 61, I, do CP), nos termos do artigo 68 do Código Penal, aplicando a fração de 1/6 sobre a pena intermediária.

Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO E ESTUPRO. PENA-BASE. **CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME**. REDUÇÃO DA PENA-BASE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena. 3. As circunstâncias do crime são dados acidentais e secundários, relativos à infração penal, que não integram a estrutura do tipo penal. Na hipótese, as instâncias ordinárias, conquanto tenham levado em conta circunstâncias inerentes às elementares do crime de estupro praticado no contexto do crime de roubo, o que não é admissível,

reconheceram a gravidade superior da conduta delituosa por ter a vítima sido conduzida até matagal, sob ameaça de morte, o que impediu o socorro ou que ela esboçasse qualquer reação, restando, portanto, justificado o incremento da básica pelo modus operandi do fato criminoso. 4. Há apenas a circunstância judicial das circunstâncias do crime a ser valorada na primeira fase da dosimetria do crime de roubo. **Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo)**, fazendo-a incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime em questão (6 anos), resultaria no acréscimo de 9 meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, o que consubstanciaria 4 anos e 9 meses de reclusão. Tendo em vista a incidência da atenuante de confissão espontânea, fixo a pena final em 4 anos de reclusão, em razão do óbice da Súmula 231/STJ e da ausência de causas de aumento ou diminuição. Nesse passo, a pena final dos crimes de estupro e roubo cometidos pelo paciente deve ser fixada, pois, em 12 anos e 8 meses de reclusão. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente para 12 anos e 8 meses de reclusão. (HC 424.094/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. **REINCIDÊNCIA. AUMENTO ACIMA DE 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.** 1. Nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal, o que ocorreu na espécie. 2. Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias agravantes maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). **Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de 1/6 (um sexto)** (HC 282.593/RR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014). 3. Hipótese em que pena foi elevada em 100%, na segunda fase, em face de circunstância agravante, sem fundamentação, o que não se admite, devendo, pois, ser reduzida a 1/6, nos termos da jurisprudência desta Corte. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 373.429/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016) (grifo nosso)

No que tange aos questionamentos do Direito Coletivo do Trabalho, temos o que segue.

O direito de greve é um direito constitucional dos trabalhadores, tratando-se de um Direito Fundamental previsto no artigo 9º da Constituição Federal de 1988 (Carta Magna) que assim acerca:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei. ”

Contudo, o direito de greve não é absoluto, visto que há algumas restrições, dentre elas nas atividades essenciais descritas no artigo 10 da Lei Nº 7783/89 que são necessárias para a sobrevivência da população, ou seja, a falta de um desses serviços prestado à sociedade geraria riscos a vida, saúde e a segurança.

Além dessas descrições taxativas da Lei Nº 7783/89, devemos observar a Decisão do Supremo Tribunal Federal na qual preleciona que servidores públicos integrantes da carreira de segurança pública, fica vedado o direito de greve, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. GARANTIA DA SEGURANÇA INTERNA, ORDEM PÚBLICA E PAZ SOCIAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS ART. 9º, § 1º, ART. 37, VII, E ART. 144, DA CF. VEDAÇÃO ABSOLUTA AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE AOS SERVIDORES PÚBLICOS INTEGRANTES DAS CARREIRAS DE SEGURANÇA PÚBLICA. 1.A atividade policial é carreira de Estado imprescindível a manutenção da normalidade democrática, sendo impossível sua complementação ou substituição pela atividade privada. A carreira policial é o braço armado do Estado, responsável pela garantia da segurança interna, ordem pública e paz social. E o Estado não faz greve. O Estado em greve é anárquico. A Constituição Federal não permite. 2.Aparente colisão de direitos. Prevalência do interesse público e social na manutenção da segurança interna, da ordem pública e da paz social sobre o interesse individual de determinada categoria de servidores públicos. Impossibilidade absoluta do exercício do direito de greve às carreiras policiais. Interpretação teleológica do texto constitucional, em especial dos artigos 9º, § 1º, 37, VII e 144. 3.Recurso provido, com afirmação de tese de repercussão geral: “1 - O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública. 2 - É obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do Código de Processo Civil, para vocalização dos interesses da categoria.

(ARE 654432 / GO - GOIÁS RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator (a): Min. EDSON FACHIN Relator (a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 05/04/2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Sendo assim, as situações em que não fica expressa por lei ou decisão de órgãos competentes sobre o direito de greve, os trabalhadores têm o pleno direito de reivindicar melhorias e de condições dignas de trabalho, desde que, cumpridos os requisitos para a suspensão da atividade laboral previstos na Lei 7783/89 (Lei da Greve), que delimita os direitos grevistas, para que possa a greve ocorrer de forma lícita, portanto se faz necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

Artigo 3º - Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

Parágrafo único - A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação.

Artigo 4º - Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.

§ 1º - O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o quorum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve.

§ 2º - Na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no caput, constituindo comissão de negociação.

Conclui-se, assim, que para a existência da greve faz-se necessário que haja uma frustrada tentativa prévia de conciliação, a Assembleia Geral convocada para esta finalidade e

prévia notificação no prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) horas ou 72 horas no caso de serviços essenciais.

Em relação à greve ocorrida no dia 20/08/2017, em que os trabalhadores da Empresa AVOAR LTDA, que realiza a fabricação de peças para aeronaves particulares deram frente juntamente com o apoio do Sindicato.

A greve foi realizada em face ao descumprimento de um Acordo Coletivo celebrado entre a Empresa citada e o Sindicato da categoria profissional dos trabalhadores da empresa, referente ao não pagamento do aumento da jornada de trabalho dos empregados que era de 40 horas semanais para 44 horas semanais e o consequente aumento dos salários, com seus respectivos reflexos.

E, assim, passados dois meses da celebração do Acordo Coletivo, a Empresa citada não cumpriu com o combinado, pois não acresceu nos salários dos seus trabalhadores o pagamento das horas acrescidas na jornada de trabalho.

Diante disso e após tentativa frustrada de conciliação com a empresa para que ela lhes pagasse os valores dos acréscimos salariais acordados, os trabalhadores juntamente com o seu Sindicato Profissional, resolveram através da Assembleia convocada para tal fim, pelo indicativo da greve, com início para o dia 20/08/2017, tendo comunicado a empresa de suas intenções no dia 17/08/2017.

Portanto, a greve realizada pelos empregados da empresa Avoar LTDA observou todos os requisitos legais, tendo o Sindicato profissional providenciado todo aparato necessário para levar adiante as manifestações, neste caso a greve foi lícita e justa, pois ficou configurada como o exercício de defesa e conquista de interesses coletivos dos trabalhadores.

No que tange aos questionamentos do Direito Processual Civil, temos o que segue.

No que diz a indagação e ao conceito da Tutela Provisória de Urgência de Antecedente, há de explicar que a Tutela Provisória de Urgência pode ser requerida de forma antecedente ou incidental, conforme o parágrafo único do artigo 294 do NCPC que tece:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.
Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

A tutela provisória de urgência requerida em caráter Incidental o pedido principal é feito na interposição da medida, e esta medida independente do pagamento de custas, descrita no artigo 295do NCPC:

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Já a tutela provisória de urgência requerida em caráter antecedente é feita antes da interposição do pedido principal. Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves nos afirma:

“A tutela antecedente é aquela formulada antes que o pedido principal tenha sido apresentado ou, ao menos, antes que ele tenha sido apresentado com a argumentação completa”.

(Direito processual civil esquematizado – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017)

Sendo assim, a tutela provisória de urgência, verifica, pois se há elementos que evidenciem a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), e para se evitar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), conforme art. 300 do NCPC:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Que no caso em estudo, que o Sr. José Fontes estava vendendo seus bens assim como estava pretendendo vender seu imóvel objeto da matrícula R.1078 do Registro de Imóveis de São José dos Campos, com o propósito de não pagar a dívida, sendo assim a tutela concedida não é passível de estabilização, visto que a tutela provisória cautelar antecedente não é satisfativa na pretensão formulada pelo autor, uma vez que é um procedimento de medida preparatória e instrutória para resguardar a eficácia de um direito, na qual o juiz determinará as providências de acordo com o artigo 305 do NCPC:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Uma vez concedida a tutela provisória de urgência cautelar em caráter antecedente, o réu é citado para contestar o pedido em cinco dias, conforme descreve o artigo 306 do NCPC:

Art. 306. O réu será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido e indicar as provas que pretende produzir.

Caso o réu não conteste o pedido, prossegue-se nos termos do caput do art. 307

Art. 307 Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor, presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

Caso o réu conteste, no prazo legal o pedido, prossegue-se pelo procedimento comum, conforme disposto no parágrafo único do art. 307 do CPC:

Art. 307

Parágrafo único - Contestado o pedido no prazo legal, observar-se-á o procedimento comum.

Que após efetivada a tutela cautelar, os familiares do Sr. Antônio Lima deverão no prazo de 30 (trinta) dias entrar com o pedido principal, nos mesmos autos do pedido de tutela, no qual também poderá ser pleiteado danos morais e materiais pela morte do Sr. Antônio, nos termos do artigo 308 NCPC, devendo as partes serem intimadas para audiência de conciliação, nos termos do § 3º. do art. 308 do NCPC:

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

No entanto, caso a família do Sr. Antônio Lima, após a concessão da Tutela Cautelar em Caráter Antecedente, se tornar inerte quanto ao procedimento contido no art. 308 do NCPC, a mesma sofrerá as consequências previstas no art. 309 do NCPC, que assim dispõe:

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Que nossa jurisprudência acerca a Tutela Provisória de Urgência Cautelar em Caráter Antecedente, assim dispõe:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR ANTECEDENTE. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ESTABELECE A POSSIBILIDADE DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL PARA O CASO DE INADIMPLENTO. HASTA PÚBLICA MARCADA. SUSPENSÃO DO LEILÃO EXTRAJUDICIAL, QUE SERIA REALIZADO PELA RÉ, ORA AGRAVANTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES ELENCADOS, QUAIS SEJAM, FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. COGNIÇÃO SUMÁRIA QUE SE REALIZA EM SEDE DE AGRAVO QUE NÃO PERMITE A VALORAÇÃO DO CONTEÚDO PROBATÓRIO TRAZIDO ACERCA DA VALIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL E DA NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA ADQUIRENTE. PERICULUM IN MORA QUE SE FAZ PRESENTE, ANTE O PERIGO DA IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS PRÁTICOS DO PROVIMENTO PRETENDIDO PELO AGRAVANTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 59. DESTE TRIBUNAL. PRECEDENTES CITADOS: 0038140-21.2011.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. ODETE KNAACK DE SOUZA - Julgamento: 24/10/2011 - NONA CÂMARA CIVEL; 0011892-81.2012.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. MARIA REGINA NOVA ALVES - Julgamento: 04/05/2012 - QUINTA CÂMARA CIVEL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(TJ-RJ - AI: 00337474320178190000 RIO DE JANEIRO BARRA DA TIJUCA REGIONAL 3 VARA CIVEL, Relator: REGINA LUCIA PASSOS, Data de Julgamento: 22/09/2017, VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR, Data de Publicação: 26/09/2017)

No que tange os questionamentos sobre o Direito Civil, temos o que segue.

A resolução contratual é uma das formas de dissolução de um contrato firmado entre os contraentes, face ao inadimplemento de umas das partes nas obrigações inseridas no contrato.

Segundo Orlando Gomes a resolução é “um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial”.

Que o rompimento contratual pode ocorrer por - Inexecução voluntária (culposo), em que prevalece exclusivamente a culpa de uma das partes por não cumprir com a obrigação, sendo assim produz os efeitos *ex tunc*, pelo qual o contrato se extingue e ficando a parte inadimplente obrigada aos pagamentos de perdas e danos e das cláusulas penais descritas no contrato, conforme previsto no artigo 475 do Código Civil que descreve:

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Contudo, se a uma relação jurídica entre as partes, por um contrato de trato sucessivo, quer dizer, a obrigação se dá por períodos consecutivos, sendo ela em um período curto ou longo, a resolução será *ex nunc*, visto que esta resolução não produzirá efeitos à parte do contrato que já foi cumprido, ou seja, não se restituindo as prestações já cumpridas.

Há ainda a possibilidade de distrato contratual ocorrer por inexecução involuntária, ou seja, situações alheias que não depende dos contraentes a cessação do cumprimento obrigacional do contrato, mas em casos de atos de terceiros, caso fortuito, força maior ou outras situações. Mas devemos salientar que a inexecução involuntária que impossibilita a efetivação da obrigação contratual, ela não há de ser objetiva, em que a parte contraente não ocorra ao eventual acontecimento, não há de ser total, visto que sendo parcial ou de pequenas condições, o credor por ter interesse em que seja cumprida o contrato; e não há de ser definitiva, pois apenas haverá a suspensão do contrato, tornando temporária. Preenchendo os requisitos necessário, a parte contraente se isenta ao pagamento de perdas e danos e o contrato cessa, salvo se ele se comprometeu a ressarcir expressamente os danos causado em situações alheias a sua vontade.

E por fim, a resolução por onerosidade excessiva, a qual ocorre pelo fato de que os contratos poderão ser revistos, por mais que obedecem ao princípio dos *pacta sunt servanda*, para que possa preservar a função social e a boa-fé contratual.

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

“Devemos encontrar fundamento para a modificação ou a extinção do contrato em razão de fato superveniente que desvirtue sua finalidade social, agrida as exigências da boa-fé e signifique o enriquecimento indevido para uma das partes, em detrimento da outra”.

Desta forma, no caso que nos foi apresentado relacionado a ação de busca e apreensão do veículo adquirido Sra. Maria de Lourdes através do **contrato de alienação fiduciária para a aquisição de veículo**, firmado por ela com a instituição financeira “GFV FINANCIAMENTOS S/A” no qual a empresa está pleiteando o resolução do contrato firmado com a Sra. Maria de Lourdes, em face ao inadimplemento das 10 últimas parcelas do contrato inicial no valor total de R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil), o qual seria pago em 60 parcelas de R\$ 900,00 (novecentos reais) mensais, tendo a Sra. Maria de Lourdes pago somente 50 parcelas, temos o seguinte :

Para que possa ocorrer a busca e apreensão de um bem objeto de um contrato de alienação fiduciária, deve-se observar a **teoria do adimplemento substancial** fundamentada nos princípios da boa-fé objetiva (art. 422), da função social dos contratos (art. 421), da vedação ao abuso de direito (art. 187) e ao enriquecimento sem causa (art. 884), visando com isso garantir aos devedores de boa-fé a esperança para saldar suas dívidas sem sofrer privações e medidas coercitivas no caso concreto.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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

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

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Nesse passo, tendo em vista que a Sra. Maria de Lourdes já quitou mais de 80% das parcelas do Contrato de Alienação Fiduciária, logo, resta de sobejo caracterizado que a Instituição Financeira “GFV FINANCIAMENTOS S/A”, utilizou inadequadamente a via eleita, ou seja, ingressou com a medida judicial incorreta, pois já ocorreu o Adimplemento Substancial do veículo.

Assim, no caso em questão, há muita chance da Instituição Financeira “GFV FINANCIAMENTOS S/A”, não obter êxito na demanda proposta contra Sra. Maria Lourdes, tendo em vista a utilização da **teoria do adimplemento substancial do contrato**, uma vez se encontra tão próximo do resultado final do contrato, o que exclui-se o direito de resolução do

contrato, permitindo tão somente o pedido de recebimento pela Instituição Financeira “GFV FINANCIAMENTOS S/A”, referente a cobrança das parcelas inadimplidas.

Desta forma, a ação proposta pela GFV FINANCIAMENTOS S/A”, deverá ser combatida em sede de contestação pela Sra. Maria de Lourdes, com a utilização da **teoria do adimplemento substancial do contrato**, com o fito também de se evitar prejuízos, pois caso ocorra a busca e apreensão do veículo, e ela venha a permanecer privada da utilização do automóvel, por um longo período, poderá ainda pleitear, a depender das circunstâncias, uma ação indenizatória em desfavor da GFV FINANCIAMENTOS S/A”,

Que a jurisprudência vem em auxílio a nossa tese ao assim dispor:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSTORNOS RESULTANTES DA BUSCA E APREENSÃO DE AUTOMÓVEL. FINANCIAMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. INADIMPLEMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO DE APENAS UMA DAS PARCELAS CONTRATADAS. INAPLICABILIDADE, NO CASO, DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. BUSCA E APREENSÃO. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DECRETO-LEI Nº 911/1969. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DEVER DE INDENIZAR. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE DESISTÊNCIA RECURSAL. INDEFERIMENTO. TERMO FINAL PARA APRESENTAÇÃO. INÍCIO DA SESSÃO DE JULGAMENTO.

[...]

6. Segundo a teoria do adimplemento substancial, que atualmente tem sua aplicação admitida doutrinária e jurisprudencialmente, não se deve acolher a pretensão do credor de extinguir o negócio em razão de inadimplemento que se refira a parcela de menor importância do conjunto de obrigações assumidas e já adimplidas pelo devedor.

7. A aplicação do referido instituto, porém, não tem o condão de fazer desaparecer a dívida não paga, pelo que permanece possibilitado o credor fiduciário de perseguir seu crédito remanescente (ainda que considerado de menor importância quando comparado à totalidade da obrigação contratual pelo devedor assumida) pelos meios em direito admitidos, dentre os quais se encontra a própria ação de busca e apreensão de que trata o Decreto-Lei nº 911/1969, que não se confunde com a ação de rescisão contratual – esta, sim, potencialmente indevida em virtude do adimplemento substancial da obrigação.

8. Recurso especial provido para, restabelecendo a sentença de primeiro grau, julgar improcedente o pedido indenizatório autoral.

(REsp 1255179/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 18/11/2015)

No entanto, deve-se registrar que recentemente o Superior Tribunal de Justiça, através do Relator Min. Marco Aurélio Bellizze afastou a teoria do adimplemento substancial na alienação fiduciária, conforme segue:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.743.801 - AM (2018/0127747-7) RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE RECORRENTE : BANCO SAFRA S A ADVOGADO : ANTONIO BRAZ DA SILVA E OUTRO (S) - AM001026 RECORRIDO : ADILA MARIA FREIRE SALGADO ADVOGADO : RENATO

DE SOUZA PINTO - AM008794 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. 2. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INADIMPLEMENTO CONFIGURADO. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. RECENTE ENTENDIMENTO DA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE. 3. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO.

[...]

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA REGIDO PELO DECRETO-LEI 911/69. INCONTROVERSO INADIMPLEMENTO DAS QUATRO ÚLTIMAS PARCELAS (DE UM TOTAL DE 48). EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (OU DETERMINAÇÃO PARA ADITAMENTO DA INICIAL, PARA TRANSMUDÁ-LA EM AÇÃO EXECUTIVA OU DE COBRANÇA), A PRETEXTO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. DESCABIMENTO. 1. ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE DA CITADA TEORIA COM OS TERMOS DA LEI ESPECIAL DE REGÊNCIA. RECONHECIMENTO. 2. REMANCIPAÇÃO DO BEM AO DEVEDOR CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA, ASSIM COMPREENDIDA COMO OS DÉBITOS VENCIDOS, VINCENDOS E ENCARGOS APRESENTADOS PELO CREDOR, CONFORME ENTENDIMENTO CONSOLIDADO DA SEGUNDA SEÇÃO, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS (REsp n. 1.418.593/MS). 3. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO, COM A UTILIZAÇÃO DA VIA JUDICIAL ELEITA PELA LEI DE REGÊNCIA COMO SENDO A MAIS IDÔNEA E EFICAZ PARA O PROPÓSITO DE COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR COM A SUA OBRIGAÇÃO (AGORA, POR ELE REPUTADA ÍNFIMA), SOB PENA DE CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR FIDUCIÁRIO. 4. DESVIRTUAMENTO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL, CONSIDERADA A SUA FINALIDADE E A BOA-FÉ DOS CONTRATANTES, A ENSEJAR O ENFRAQUECIMENTO DO INSTITUTO DA GARANTIA FIDUCIÁRIA. VERIFICAÇÃO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

[...]

5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ANTE O EXPOSTO, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL A FIM DE, AFASTADA A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL, RESTABELECE A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE HAVIA CONCEDIDO A LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO DE BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. PUBLIQUE-SE. BRASÍLIA (DF), 11 DE JUNHO DE 2018. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, RELATOR. (STJ - REsp: 1743801 AM 2018/0127747-7, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 29/06/2018)

É o parecer a ser oferecido, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 12 de novembro de 2018.

Advogado
OAB/SP XXX.XXX

CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO DE ENSINO OCTÁVIO BASTOS
UNIFEOB

AMANDA EDUARDA CEZARIO OLIVEIRA

CAUÃ PEREIRA RANGEL ZEFERINO

JÉSSICA RIBEIRO VITOR DA SILVA

PROJETO INTEGRADO – 6º MÓDULO B

PARECER JURÍDICO – 2º BIMESTRE

SÃO JOÃO DA BOA VISTA

2018

PARECER JURÍDICO

ASSUNTO: POSICIONAMENTO JURÍDICO INTERDISCIPLINAR

CONSULENTES: SR. JOSÉ FONTES E SRA. MARIA DE LOURDES

EMENTA: LESÃO CORPORAL
SEGUIDA DE MORTE.
INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. TEORIA
DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.
DIREITO À GREVE. TUTELA
PROVISÓRIA DE URGÊNCIA
ANTECEDENTE.

Trata-se de consulta formulada por José Fontes e Maria de Lourdes sobre os fatos advindos da recente greve ocorrida nas imediações da empresa “AVOAR LTDA” localizada na Avenida Brasil mais precisamente ao lado pertencente à cidade de São José dos Campos-SP, ressalta-se ainda que tal avenida seja responsável pela divisão dos municípios de Jacareí e São José dos Campos.

Referida empresa atua na fabricação de peças para aeronaves particulares, sendo propriedade de Sandro Silva, conta com 2.500 empregados, os quais são representados pelo Sindicato da Categoria dos Trabalhadores nas Empresas de Aviônicos, com base no município de Jacareí.

A empresa e o Sindicato realizaram a celebração de um Acordo Coletivo de Trabalho para regularizar o aumento da jornada de trabalho de 40 horas para 44 horas, bem como o reajuste salarial relativo à nova jornada. Ocorre que após dois meses da celebração a empresa não efetuou o devido reajuste, fato que levou os empregados e o Sindicato a organizarem uma greve para o dia 20/08/2017, a qual posteriormente fora encabeçada pelo presidente e pelo Sr. Antônio Lima, funcionário da empresa com mais de vinte anos de atividade.

No dia combinado, os empregados reuniram-se na frente da empresa para dar início à greve. Acontece que nem todos os funcionários concordavam com a paralização, o que motivou o início de uma briga generalizada.

Um dos funcionários, chamado José Fontes, estando no portão da empresa (São José dos Campos), arremessou um tijolo em direção aos demais funcionários que se encontravam do lado oposto, o qual atingiu a cabeça do Sr. Antônio Lima, deixando-o inconsciente, decorrente do fato precisou ser encaminhado rapidamente para o Hospital de Jacareí. Estando lá, constatou-se que o mesmo estava em estado de coma e que necessitaria de cirurgia de urgência devido ao traumatismo craniano. Tais acontecimentos resultaram a família um gasto no montante de R\$ 20.000,00.

Após terem realizado a prestação de socorro ao Senhor Antônio, os seus colegas dirigiram-se a Delegacia de Polícia da cidade de São José dos Campos para registrar Boletim de Ocorrência, bem como apresentaram as testemunhas do fato.

Passados quarenta dias do acontecido, o Sr. Antônio não resistiu aos ferimentos e veio a óbito. Cientificado do ocorrido, o Delegado de Polícia de São José dos Campos indiciou o Sr. José Fontes pelo crime de lesão corporal seguida de morte. Após a conclusão do Inquérito Policial constataram que o indiciado já havia sido condenado por lesão corporal leve em face de sua esposa, com sentença transitada em julgada em 2014, bem como que cumpriu pena restritiva de direitos por explorar jogos de azar em 2000.

Tal Inquérito Policial fora encaminhado ao foro de São José dos Campos e posteriormente distribuído na 2ª Vara Criminal do mesmo. O Ministério Público ofereceu denúncia, indiciando o Sr. José Fontes por lesão corporal seguida de morte, sendo recepcionada pelo magistrado em 12/11/2017.

Ademais, a família de Sr. Antônio ingressa com ação visando pedido de tutela provisória de urgência em caráter antecedente na esfera civil em face do indiciado para reaver os gastos com o tratamento médico do de cujus, tendo em vista que o Sr. José Fontes estaria vendendo seus bens com o intuito de não saldar sua dívida. O mesmo fora citado no mesmo dia acerca da ação penal, bem como da decisão que concedeu o pedido de tutela.

Fora dos eventos posteriores à greve, a Sra. Maria de Lourdes (esposa do Sr. José Fontes) fora citada a respeito de uma ação de resolução contratual com pedido de busca e apreensão proposta pela instituição financeira “GFV FINANCIAMENTOS S/A” que aduz em sua inicial que a Sra. Maria teria assinado um contrato de alienação fiduciária para aquisição de um veículo no montante de R\$ 54.000,00, em 60 parcelas de R\$ 900,00. Também que a Requerida deixou de adimplir as parcelas de número 51 a 60. Em decisão proferida pelo magistrado, fica estabelecido que o pedido de busca e apreensão seja apreciado após eventual apresentação de contestação.

É o relatório.

Passamos a opinar.

O Estado na busca pela promoção de justiça social delegou a alguns de seus entes o poder de jurisdição, que permite aos investidos por ela julgar as lides vindouras e fazer valer os direitos inerentes de toda pessoa humana. Os investidos de tal jurisdição são os juízes de direito, no entanto, o Estado atribuiu, por meio de Concursos Públicos, o local de trabalho para cada um deles, para garantir que a justiça chegue a todas as localidades do país.

A Constituição Federal de 1988, em seu rol de artigos traz que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Portanto, fez-se necessário a criação de regras de competência para que a lide seja apreciada corretamente, garantindo às partes, certa facilidade em praticar os atos processuais pertinentes como forma de obter a verdade real dos fatos.

A competência é dividida pela doutrina e jurisprudência em absoluta e relativa, sendo que em uma não se admite a prorrogação (casos de competência em razão da matéria, por exemplo) e na outra se admite a prorrogação, não sendo a incompetência invocada, o juízo pelo qual conduzem os feitos será considerado competente, respectivamente.

Ao que consta nos fatos narrados o Sr. José Fontes fora indiciado perante a comarca de São José dos Campos, na 2ª Vara Criminal, pelo crime de lesão corporal seguida de morte – art. 129, § 3º, CP -. Para avaliar se esta vara é competente para julgar tal delito, passa-se a analisar as regras de competência elencadas no Código de Processo Penal, senão vejamos:

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

I - o lugar da infração;

II - o domicílio ou residência do réu;

III - a natureza da infração;

IV - a distribuição;

V - a conexão ou continência;

VI - a prevenção;

VII - a prerrogativa de função.

Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Como se vê, em regra, o delito será apreciado pelo lugar em que se consumou a infração ou nos casos de tentativa, onde fora praticado o último ato de execução. O Código Penal traz:

Lugar do crime

Art. 6º - Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

Sendo assim, o Código Penal adota a teoria da ubiquidade ou mista, na qual a lei estabelece que o crime considera-se praticado onde aconteceu a ação ou omissão, bem como onde produziu ou deveria produzir o resultado.

Como já se é sabido o Sr. José Fontes arremessou o tijolo estando no limite do município de São José dos Campos, porém o objeto atingiu o Sr. Antônio que se encontrava no limite do município de Jacareí, local em que veio a perder a consciência, e, também, veio a óbito no hospital do mesmo município, sendo assim, o resultado MORTE ocorreu no município de Jacareí, e de acordo com o Art. 70, CPP, acima citado, a regra de competência se dará na comarca em que a consumação do crime ocorreu, por conseguinte caberá a defesa do Sr. José invocar a incompetência da 2ª Vara Criminal de São José dos Campos no prazo de sua defesa, aduzindo estes fatos para tal. Assim, de acordo com o artigo 108, se o Ministério Público acatar o pedido, o processo deverá ser encaminhado ao juízo competente (Vara Criminal de Jacareí), sendo os atos ratificados e o feito seguirá seu percurso. Na hipótese de não arguição de incompetência a possível sentença condenatória será passível de nulidade.

Como o ato criminal ocasionou a família do falecido gasto com tratamento médico, despesas com o sepultamento, bem como deixou órfãos dois filhos em idade escolar, há que se falar em responsabilização na esfera civil, conhecida como *ação civil ex delicto*, NUCCI, 2016, conceitua:

“Trata-se de ação ajuizada pelo ofendido, na esfera cível, para obter indenização pelo dano causado pela infração penal, quando existente. Há delitos que não provocam prejuízos, passíveis de indenização - como ocorre nos crimes de perigo, como regra. O dano pode ser material ou moral, ambos sujeitos a indenização, ainda que cumulativa.”

Ademais, existem sistemas para conectar a esfera criminal com a civil, importante para este momento é o que nos traz o Código Civil:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Denominado então como sistema de interdependência que separa as duas esferas, porém coloca a ação penal com influência predominante a ação civil.

Existem algumas condições para que o julgamento penal tenha superioridade para com a civil, porém iremos elucidar quanto à sentença penal absolutória.

Para que uma possível sentença criminal absolutória no processo crime de Sr. José faça efeito de coisa julgada na esfera cível é necessário que:

- O juízo criminal reconheça que a infração cometida tenha sido praticada de acordo com os itens do artigo 23 do Código Penal, quais sejam: estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.
- As demais chances são a de reconhecimento categórica da inexistência material do fato – art. 386, I, CPP – e reconhecimento da existência de prova de que o réu não concorreu para a infração penal – art. 386, IV, CPP.

Ressalta-se que a sentença criminal deverá ser anterior a sentença civil, como forma de evitar erros, tendo em vista que o réu pode ser absolvido seguindo as hipóteses citadas, para tanto o Código de Processo Penal traz:

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for o caso, contra o responsável cível.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Portando, o processo de ação civil *ex delicto* poderá ficar suspenso pelo prazo máximo de um ano (art. 313, V, a e §4º, CPC) para que não tenha a existência de sentenças incompatíveis.

O delito pelo qual o Sr. José Fontes foi denunciado consiste em: Lesão corporal seguida de morte que de acordo com o Código Penal consiste em:

“Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

(...)

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Isto é, conforme Damásio E. de Jesus, lesão corporal seguida de morte se configura como um homicídio preterdoloso, por considerar que o agente tinha intenção apenas de lesionar fisicamente à vítima, não causar sua morte, tratando assim de um crime qualificado pelo resultado, misto de dolo por querer lesionar algo ou alguém com sua conduta e culpa por não visar o resultado morte.

Neste sentido, há também entendimento jurisprudencial:

LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE - CARACTERIZAÇÃO - LEGÍTIMA DEFESA INOCORRENTE - Pretendida desclassificação para lesões leves por falta de previsão para o resultado, que seria proveniente de caso fortuito; alternativamente para homicídio culposo - INADMISSIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA. Não age em legítima defesa o agente que reage a agressão passada a terceiros. Assim ocorre quando, tendo notícia de que a vítima poderia ter exibido seu órgão genital a duas crianças minutos antes, sai a sua procura e, ao encontrá-la logo a agride com soco, prostrando-a ao solo e certificando-se de que ficara ferida por ter batido com a cabeça ao chão, resultando sua morte. A lesão corporal seguida de morte, como previsto no § 3º, do art. 129, do Código Penal, é crime preterdoloso ou preterintencional que, por definição, exige o dolo no crime antecedente (lesão) e a culpa em sentido estrito no conseqüente (morte). Estabelecido nexos de causalidade entre o violento soco desferido pelo agente na vítima, que veio a derrubá-la ao asfalto onde bateu com a cabeça, causando as lesões que a levaram à morte, fica caracterizado o crime de lesão corporal seguida de morte, pois o resultado fatal não pode ser tido como imprevisível ou ocorrido por caso fortuito.

(TJ-SC - APR: 85176 SC 1997.008517-6, Relator: Nilton Macedo Machado, Data de Julgamento: 31/03/1998, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação criminal n. 97.008517-6, de Chapecó.)

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. EXCLUSÃO. 1. Cominada a pena-base acima do mínimo legal, mediante justificativa relacionada ao fato concreto, preserva-se a individualização realizada na sentença condenatória. 2. Considerando que a causa de aumento de pena prevista no § 10 do artigo 129 do Código Penal não se achava em vigor à época do fato delituoso, imperiosa é a sua exclusão. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-GO - APR: 668046320038090051, Relator: DES. ITANEY FRANCISCO CAMPOS, Data de Julgamento: 29/11/2016, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2204 de 06/02/2017)

Importante ressaltar também que tal crime pode se confundir com homicídio culposo, deste modo, Julio Fabbrini Mirabete, em seu livro Manual de Direito Penal II, parte especial, fls. 116:

“A diferença entre a lesão corporal e o homicídio culposo decorre de que na primeira o antecedente é um delito doloso e, no segundo, um fato penalmente indiferente ou, quando muito, contravencional. Assim, se a morte for consequência de simples vias de fato (empurrão que causa a queda da vítima e a lesão mortal), haverá homicídio culposo.”

Além disso, o artigo do Código Penal que descreve o crime estabelece que ele venha a ser preso, sendo tal reclusão de quatro a doze anos; O artigo 32 do Código Penal traz as espécies de penas, que no caso se enquadraria na Privativa de Liberdade a qual é dividida em 03 espécies: reclusão, detenção e prisão simples. No caso do Sr. José Fontes, é a Pena de Reclusão, a qual, inicialmente, será cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, sendo vedado o pagamento de fiança caso o crime possua pena superior a dois anos, conforme elucida o artigo 323, I do CP.

Neste ponto, para saber se o Sr. José Fontes será apenado com montante acima do mínimo legal o juiz deverá seguir um procedimento de 03 fases, o artigo 68 do CP, que esclarece:

“A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Deste modo, o artigo 59 do Código Penal apresenta a primeira fase, Pena-Base, deste processo: Nesta fase, o juiz fixa a pena-base do réu, considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. O juiz, ao fixar a pena-base, não excede as cominações mínima e máxima previstas na lei. Em caso de reconhecimento de alguma das agravantes, acrescenta-se 1/6 sobre a pena-base em cada uma, assim como diminui-se 1/6 de cada atenuante.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Em seguida, a segunda fase, Pena Provisória, neste momento, o juiz analisará incidência de circunstâncias legais (agravantes e atenuantes), previstas nos artigos 61, 62,65 e 66.

Por fim, o juiz deverá analisar a existência de causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição de pena. Nesta fase, a pena pode exceder os limites previstos na lei, tanto para agravar a situação do réu, tanto para lhe atenuar a reprimenda.

A partir do conhecimento das fases, para poder conhecer se Sr. José entraria no caso de reincidência ou maus antecedentes, faz-se necessário saber qual o fundamento de cada um destes. Sendo assim, a reincidência, com base no artigo 63 do Código Penal, é o fato que consiste em o agente praticar um novo crime, após o trânsito em julgado da sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Deste modo, como foi verificado que no ano de 2014 o Sr. José Fontes havia sido condenado, com trânsito em julgado, à pena de cinco meses de detenção por lesão corporal

leve praticada em face de sua esposa, assim, faz dele um reincidente no crime atual, lesão corporal seguido de morte.

Assim, previsto no artigo 61, inciso I do Código Penal, tal circunstância é um agravante que deverá ser analisado pelo juiz na segunda fase da dosimetria da pena.

Além disso, importante ressaltar que o Sr. José Fontes poderia até ter a extinção da reincidência se após o trânsito em julgado tivesse passado 05 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, tal hipótese se dá pelo artigo 64, I deste código.

Já no caso de maus antecedentes é a condenação penal transitada em julgado em desfavor do agente, que não poderá servir como reincidência. No entanto, cabe ressaltar que, diante de mais de uma condenação penal transitada em julgado, é possível que uma sirva como reincidência e a outra como maus antecedentes.

Portanto, como também resta apurado que, em 2000, o Sr. José Fontes cumpriu pena restritiva de direitos porque, na ocasião, explorava jogos de azar, a ele seria imputado maus antecedentes por esta conduta, mas, como tal crime se deu há 18 anos, pelo STF também foi adotado a mesma regra prevista no artigo 64, I, do CP, ou seja, cessam os efeitos dos maus antecedentes, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 05 anos. Tal fator é uma das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, que deverá ser analisada pelo juiz na primeira fase da dosimetria da pena.

Ademais, ressalta-se que por Nucci:

"(...) o juiz, ao aplicar a agravante da reincidência, necessita verificar, com atenção, qual é o antecedente criminal que está levando em consideração para tanto, a fim de não se valer do mesmo como circunstância judicial, prevista no art. 59 (maus antecedentes). Nessa ótica: Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: 'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial'. Note-se, entretanto, que o réu possuidor de mais de um antecedente criminal pode ter reconhecidas contra si tanto a reincidência quanto a circunstância judicial de mau antecedente (...)"

Outro ponto importante a se destacar é que ambas as hipóteses, reincidência e maus antecedentes, não serão julgadas como a mesma, tal entendimento é doutrinário:

"(...) A mesma condenação não pode ser utilizada para gerar reincidência e maus antecedentes, podendo assumir, portanto, somente a primeira função (gerar reincidência). Nesse sentido, a Súmula 241 do STJ." (CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Código Penal Comentado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155)."

Em suma, como o Sr. José fontes possui agravante em reincidência, ele poderá sim ter sua pena maior do que o mínimo legal, aumentando assim em 1/6 de sua pena.

Maurício Godinho Delgado em seu livro Curso de Direito do Trabalho, 2014, define a greve como:

“A greve é, de fato, mecanismo de autotutela de interesses; de certo modo, é exercício direto das próprias razões, acolhido pela ordem jurídica. É, até mesmo, em certa medida “direito de causar prejuízo”, como indica o jurista Washington da Trindade”.

Sendo, a greve considerada um mecanismo na luta pela preservação e melhoria dos direitos dos trabalhadores.

Os trabalhadores têm este direito garantido pela Constituição Federal de 1988:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Ademais, também contam com a Lei de Greve nº 7.783 de 1989 para regulamentar os atos de uma greve, o mesmo diploma refere-se a ela como:

Art. 1º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender.

Parágrafo único. O direito de greve será exercido na forma estabelecida nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve e suspensão coletiva temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

Referida Lei regulamenta o direito de greve para os trabalhadores celetistas, ou seja, aqueles que têm seus serviços de acordo com a atual CLT.

Aos servidores públicos a CF/88, expressa:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Ocorre que a lei específica para regulamentar tal ato, até o presente, não fora editada. Contudo, o Supremo Tribunal Federal não se manteve inerte na defesa do direito de greve para os mesmos, portanto, como medida provisória estabeleceu que a Lei nº 7.783/89 – celetistas - também regulamentará a greve dos servidores públicos até que Lei ordinária federal estabeleça os termos e limites para a greve no serviço público.

Porém existem categorias que a elas são vedadas o direito de greve, tais como: militares – art. 142, IV e art. 42, §1º, CF/88 – e na linha jurisprudencial os integrantes de

carreiras da segurança pública, polícia administrativa, fiscalização e arrecadação tributária, saúde pública, etc.

Portando o direito de greve é permitido nas situações que não são vedadas por lei, como as acima citadas; permitida ao trabalhador subordinado e ao avulso e vedada ao trabalhador autônomo.

A título de complementação, a Lei de Greve, em seu repertório de artigos elenca as formas em que a greve pode ocorrer, tais sejam:

- Temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador;
- Realizada após negociações frustradas ou impossibilidade de recursos arbitrais. Ademais devem notificar os interessados com antecedência de no mínimo 48 horas da paralização;
- A entidade sindical representativa deverá conforme seu estatuto, organizar e tomar frente dos acontecimentos necessários para o início, desenvolvimento e finalização da greve.

Em suma, as paralizações ocorrem sempre que as negociações acerca de melhorias salariais, condições dos lugares em que os serviços são prestados, representação sindical restam infrutíferas, bem como na possibilidade de existir acordo coletivo e o mesmo não vier a ser cumprido. Ademais por se tratar de direito coletivo a legitimidade para iniciar a greve é da organização sindical respectiva à classe, mas quem possui a titularidade do direito são os trabalhadores.

A motivação dos trabalhadores da empresa Avoar – LTDA e do respectivo sindicato para iniciar a greve fora o não cumprimento, pela parte empregadora, do Acordo Coletivo de Trabalho celebrado pelos mesmos anteriormente, passa-se a averiguar se tal movimento é considerado lícito e justo.

O TST, na ementa do RODC – 14600-85.2008.5.05.0000, de 11/09/2008, observa que:

“Considera-se não abusiva (lícita) a greve quando observados todos os ditames da Lei nº 7.783/89. Só para esclarecer a greve flicita é a greve ilegal, ou seja, deflagrada em desacordo com a legislação, mas a melhor doutrina recomenda que haja a substituição da expressão “greve ilegal/ilícita” por “greve abusiva”.

De acordo com as informações recebidas, o sindicato liderado pelo Sr. Cléber Pereira (presidente do mesmo) e Sr. Antônio Lima foram os responsáveis pela organização da paralização, bem como de fornecer todos os materiais necessários para a mesma. Os

trabalhadores que aderiram à greve se manifestaram de maneira pacífica, porém alguns dos trabalhadores que discordavam da mesma começaram a se desentender com os favoráveis o que ocasionou uma briga generalizada.

Nota-se que a parte favorável cumpriu com todos os ditames da respectiva lei, agindo de maneira pacífica, com fundamentação, organização sindical, utilizando de meios legais para tentar convencer os até então não aderentes.

Para corroborar com o entendimento que a greve é sim lícita, traz-se:

Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.

Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que:

I- tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição;

Como se sabe a greve só teve seu início devido ao não cumprimento do acordo, portanto, não há o que se falar em ilicitude.

Ademais, cabe ressaltar que a greve é considerada justa, pois os trabalhadores estavam exercendo suas funções conforme o estabelecido no referido acordo, não tendo a empresa motivo justo que a fizesse deixar de cumprir com o mesmo. Os trabalhadores, conforme já demonstrado, possuem o direito de utilizar de todos os meios lícitos para reivindicar os seus direitos.

Quando a urgência do pedido não se der no desenvolvimento de um processo já existente e tiver que ser realizado no início de um processo, tem-se a Tutela Provisória requerida em caráter antecedente. Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves, no seu livro *Direito Processual Civil Esquematizado*, 2016:

“A tutela de urgência, antecipada ou cautelar, pode ser deferida em caráter antecedente, isto é, antes que tenha sido formulado o pedido principal, ou antes que ele tenha sido formulado acompanhado de todos os argumentos e documentos necessários. Só a situação de urgência, jamais de evidência, justifica a concessão em caráter antecedente.”.

A tutela provisória de urgência pode ser dividida em duas naturezas, sendo elas: **cautelar** ou **antecipada** (satisfativa), e apresentam como requisitos para sua concessão o *periculum in mora*: perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, referente ao direito que se deixar de ser tutelado com urgência, um dano à pessoa será causado, tal muitas vezes, irreversível e o *fumus boni iuris*: probabilidade de direito, ou seja, a existência de um direito a ser tutelado, onde a pessoa será detentora do mesmo.

Como já se foi relatado, a família do Sr. Antônio ingressou com uma ação com pedido de tutela provisória em face do Sr. José Fontes para que o mesmo seja condenado a pagar os custos relativos a lesão corporal que praticou em face do de cujus, com a alegação de que o réu estaria dispondo de todos os seus bens tentando não arcar com o ressarcimento da família.

O juiz, ao analisar o pedido, determinou que fosse feito um registro de protesto contra alienação do imóvel de titularidade do Sr. José, tal medida é permitida pelo Código de Processo Civil:

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

Assim sendo, nota-se que a tutela provisória que fora concedida é a tutela de urgência de natureza cautelar.

O procedimento para requerer a tutela cautelar requerida em caráter antecedente encontra-se disposto no artigo 305, do Código de Processo Civil, senão vejamos:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A Tutela Cautelar tem por objetivo garantir o resultado útil do processo e o direito material, sendo uma forma de garantir que ao final do processo o Requerido ainda tenha os seus bens disponíveis para arcar com o crédito que o Requerente tenha direito desde o início da lide.

Tal espécie de tutela não é possível de estabilização, tendo em vista que o CPC disciplina:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do [art. 303](#), torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

Extrai-se daí que somente a tutela antecipada é passível de estabilização.

E segundo *Eduardo Talami*, seria em razão de “*não haver sentido em manter por tempo indeterminado uma providência meramente conservativa, que é o que se tem com a tutela cautelar*”, tendo em vista então, que não há proficiência em estabilizar uma decisão de preservação de direito.

Ao serem intimados da referida decisão, terão cinco dias de prazo para contestar os fatos alegados pela parte autora e indicar quais as provas que desejam produzir.

Sendo contestado o processo seguirá as normas do procedimento comum, caso a parte ré não conteste os fatos, estes serão considerados verdadeiros e o juiz deverá se decidir dentro de cinco dias.

Na possibilidade da tutela cautelar se efetivar cabe a parte autora:

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do [art. 334](#), por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do [art. 335](#).

Porém se os familiares do Sr. Antônio se mantiverem inertes e não deduzirem o pedido principal dentro do prazo legal os efeitos de eficácia da tutela concedida serão cessados.

Como é sabido o contrato é celebrado visando à proteção dos direitos das partes, bem como estipula quais são as obrigações e o que se espera de resultado. Tendo em vista que nele estará constada a vontade das partes é lógico que se espera que o mesmo seja cumprido integralmente. Entretanto, em algumas situações isso não acontece, para isso tem-se o termo *resolução contratual*, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho, 2014:

“Embora a legislação codificada, por vezes, utilize a expressão em outros sentidos, o fato é que a teoria geral dos contratos reserva para o vocábulo “resolução” o significado de extinção contratual fundamentada no descumprimento do pactuado.”.

“Sob a expressão “descumprimento”, compreende-se o inadimplemento tanto culposo quanto involuntário e, bem assim, a inexecução absoluta e a relativa.”.

Portanto, se uma das partes deixa de adimplir com sua obrigação contratual, a parte lesada pode ensejar o desfazimento da relação obrigacional.

Ao que consta a Sra. Maria de Lourdes fora citada acerca de uma ação de resolução contratual referente a um financiamento realizada pela mesma para aquisição de um veículo, aduz a Sra. Maria que teria contratado um valor de R\$ 54.000,00 em 60 parcelas de igual valor e que teria realizado o pagamento das 50 parcelas, tendo ficado em mora com as últimas 10 parcelas.

A instituição financeira GFV FINANCIAMENTOS S/A em sua exordial requer a busca e apreensão do veículo em questão, porém o juiz determina que tal pedido seja apreciado após a apresentação de eventual contestação.

A Requerente pode obter êxito em sua demanda se a parte requerida não apresentar contestação, pois os fatos não contestados são presumidos verdadeiros levando em consideração a revelia, conforme disciplina o atual Código de Processo Civil:

Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Portanto, o pedido de busca e apreensão pode ser julgado procedente nesta hipótese, conforme se demonstra através da jurisprudência a seguir:

RECURSO – APELAÇÃO CÍVEL – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – BUSCA E APREENSÃO – REVELIA – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. Busca e apreensão. Revelia da requerida. Demanda julgada procedente. Honorários sucumbenciais fixados consoante apreciação equitativa do juiz em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), observados a baixa complexidade da demanda, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho efetivamente realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço. Regularidade. Exegese do artigo 20º, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil. Sentença mantida. Recurso de apelação não provido.

(TJSP; Apelação 1016737-04.2013.8.26.0100; Relator (a): Marcondes D'Angelo; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/10/2015; Data de Registro: 06/10/2015)

Após a citação, o advogado da Sra. Maria de Lourdes, em sua contestação, deverá utilizar-se da Teoria do Adimplemento Substancial, apesar de a mesma não estar expressa na legislação brasileira, segue pautada pelos princípios do Direito Civil, tais como o da boa-fé objetiva e função social dos contratos, pois a parte Requerida efetuou o cumprimento substancial do seu contrato de financiamento (pagamento de 50 parcelas do total de 60 parcelas), devendo então a resolução unilateral do contrato ser afastada, pois o descumprimento se tornou insignificante, porém a parte lesada ainda poderá contar com outros atos jurídicos, como a indenização de perdas e danos pela mora em adimplir o contrato de financiamento pela Requerida.

Obrigação de fazer e adjudicação compulsória. Prova suficiente de quitação de 90% do valor do contrato que é suficiente para a aplicação da teoria do adimplemento substancial, em especial diante da revelada boa fé objetiva dos demais contratantes, exceto os apelantes. Saldo devedor prescrito que justificou a improcedência correta da reconvenção. Procedência acertada. Recurso improvido. (TJSP; Apelação 0005689-83.2014.8.26.0115; Relator (a): Maia da Cunha; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campo Limpo Paulista - 1ª Vara; Data do Julgamento: 27/09/2018; Data de Registro: 11/10/2018)

Sendo assim, por ter quitado substancialmente o seu contrato, a Requerida não poderá ter o seu carro apreendido, cabendo a Sra. Maria de Lourdes, por meio de acordo, concluir o adimplemento do contrato em questão e assim mantendo o veículo em sua posse.

É o parecer, salvo melhor juízo.

São João da Boa Vista, 12 de novembro de 2018.

AMANDA EDUARDA CEZÁRIO OLIVEIRA

CAUÃ PEREIRA RANGEL ZEFERINO

JÉSSICA RIBEIRO VITOR DA SILVA

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO DE
ENSINO OCTÁVIO BASTOS
UNIFEOB**

ALUNOS:

GABRIEL DOS REIS FERREIRA	RA:16000042
JHENNYFFER C. DE OLIVEIRA	RA:16000846
LARISSA GULIN GAZATO	RA: 16000055

**PRODUTO DO MÓDULO
2º BIMESTRE**

**PARECER JURÍDICO DE CASO FICTÍCO ACERCA DAS
MATEÉRIAS MINISTRADAS NO MÓDULO.**

São João da Boa

Vista 2018



Parecer Jurídico

Assunto: Elucidações acerca de questões pertinentes a diversos ramos do Direito brasileiro.

Referência: Legislações vigentes, doutrinas súmulas, materiais didáticos e jurisprudências.

Consulentes: José Fontes e Maria de Lourdes

EMENTA: DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO TRABALHO. PROCEDIMENTOS. COMPETÊNCIA. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. GREVE. TUTELA DE URGÊNCIA. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. LEGISLAÇÃO.

Trata-se de consulta formulada, para obtenção de elucidações porquanto de dúvidas pertinentes a 05 (cinco) cinco ramos distintos do Direito: Processual Penal, Penal, Civil, Processual Civil e Trabalhista.

Ora é submetido à análise série de ocorrências sucedidas na região do Vale do Paraíba, sito entre as cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, que coaduna os municípios de São José dos Campos e de Jacareí, desconjuntados pela Avenida Brasil.

É sabido que São José dos Campos é uma cidade altamente industrializada e que, na Avenida citada, dentro de seu espaço territorial, situa-se a empresa de fabricação de peças para aeronaves particulares “AVOAR LTDA”, que emprega cerca de 2.500 (dois mil e quinhentos) trabalhadores, representados pelo Sindicato da Categoria dos Trabalhadores nas Empresas de Aviônicos.

Com estes empregados, em razão do aumento da jornada de trabalho, de 40 (quarenta) para 44 (quarenta e quatro) horas semanais, a empresa compactuara ajuste salarial em detrimento das horas acrescidas, por intermédio de Acordo Coletivo, que até a presente data, não foi cumprido, motivo pelo qual eclodiu uma greve sindicalista.

Concentra-se o movimento, com apoio do Sindicato, nos dois lados da Avenida Brasil, que marcava a limitação dos municípios, como dito.

Ocorre que, no decorrer das manifestações, os presentes acabam por se desentenderem. Nesse momento, como nos é narrado, o cliente José Fontes, que estava diante do portão da empresa, em São José dos Campos, arremessou um tijolo na direção dos



demais que estavam do outro lado da via, sito à Jacareí.

Destarte, o objeto arremassado atinge à cabeça do funcionário que encabeçava a greve, Sr. Antonio Lima, responsável pelo setor de qualidade, a medida que este caiu no chão, inconsciente. De pronto, foi conduzido ao hospital mais próximo (Jacareí), onde permaneceu internado e logo, quando em coma, foi submetido a uma cirurgia de urgência. Contudo, lamentavelmente veio a óbito.

Acrescenta-se que, no decorrer deste tempo de internação, a família de Antônio arcou com custos aproximados de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), somado todos os procedimentos cirurgícos.

Com efeito, logo após a lesão, os amigos de Antônio se deslocaram à Delegacia de Polícia de São José dos Campos, onde registraram B.O. em face de José Fontes, fato que concorreu para a abertura de um Inquérito Policial, mediante *delatio criminis*, e posteriori Ação Penal Pública incondicionada, pelo tipo penal de lesão corporal seguida de morte.

Concluso o I.P., nota-se que em face ante do indiciado já havia sentença penal condenatória transitada em julgado, em 2014, por lesão corporal leve praticada contra sua esposa, Maria de Lourdes e, não obstante, em 2000, outra condenação, esta por exploração de jogos de azar.

Distribuído o Inquérito Policial ao Fórum de São José dos Campos, à 2ª Vara Criminal da Comarca, o membro do Ministério Público ofereceu denúncia em face de José Fontes indiciando-o como incurso no delito de lesão corporal seguida de morte (art. 129, §3º, CP), como dito, e, posteriori, foi a denúncia recebida pelo magistrado aos 12 de novembro de 2017.

Sem embargo, os familiares de Antônio, perante o Juízo Cível da mesma comarca ajuizaram pedido de tutela provisória de urgência, que foi deferida, à medida que, antes do pedido principal de ressarcimento, tiveram conhecimento que o agressor estaria vendendo seus bens com o propósito de não pagar pela dívida.

Por fim, inclui-se que a consulente, D. Maria, acabou citada, em procedimento a parte, referente a uma ação de resolução contratual, com pedido de busca e apreensão de veículo, promovida pela instituição financeira “GFV FINANCIAMENTOS S/A”, em razão



de um contrato de alienação fiduciária para aquisição de um automóvel, cujas parcelas (51 a 60) estariam em aberto.

Dado os fatos, procuramos nosso escritório José Fontes, ainda em liberdade, junto à esposa Maria de Lourdes para que tecemos breves considerações.

É o breve relatório.

Passamos a opinar.

I. DAS QUESTÕES PERTINENTES À ESFERA PROCESSUAL PENAL-COMPETÊNCIA.

De proêmio, da análise dos fatos enunciados, presume-se que a consumação do delito tenha se dado no município de Jacareí-SP. Assim, **sugerimos, a princípio, a incompetência da Comarca de São José dos Campos.**

Nesse sentido, impende salientar que o Código de Processo Penal brasileiro adota a teoria do resultado – considera-se, para fins de procedimentos, cometido o delito onde se produziu ou deveria ter se produzido o resultado do crime, neste caso, a ofensa à integridade de física de Antônio.

Como temos no enunciado: “um dos empregados, chamado José Fontes, que estava diante do portão da empresa - do lado da avenida pertencente a São José dos Campos - atirou um tijolo em sentido aos demais empregados que estavam do outro lado da via (fl. 04) – que constitui a outra cidade.

De tal modo, observado o caput do artigo abaixo – extraído do Código Penal Brasileiro- a consumação deu-se em Jacareí-SP. Senão vejamos:

“Art. 129. *Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:* (grifo nosso)
Pena - detenção, de três meses a um ano.”
(...)

Com efeito, acrescenta-se que, por configurar um crime de dano, sua consumação ocorre no momento da ofensa à integridade física ou corporal de outrem, como dito, ou seja, com a lesão ao corpo ou à saúde da vítima.

Nesse aspecto, sendo esta uma ressalva, na ocorrência de imprecisão quanto ao lugar



da infração - regra de competência do Código Processual Penal Brasileiro-, a Vara Criminal de São José dos Campos seria competente, dado o critério da prevenção. No entanto, como dito, é reconhecido que o resultado produziu-se na primeira cidade supramencionada, logo, nos moldes do artigo 70, caput, do referido diploma legal, a ação deveria ser distribuída pela autoridade policial ao juízo competente de uma das Varas Criminais de Jacareí-SP. Senão vejamos:

*“Art. 70 - A competência será, de regra, determinada pelo **lugar em que se consumar a infração**, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. (grifo nosso)
(...)”*

Sob essa égide, **sugerimos a arguição de incompetência do juízo**, no momento da apresentação da defesa prévia (após a citação do réu), sob pena de preclusão, dada a natureza relativa da competência territorial, isto é, **se não constante quando da alegação de uma das partes, considerar-se-á prorrogada a competência, sendo válido o julgamento pelo juízo, que em princípio, não tinha competência territorial.**¹

Posto isso, passamos a tecer considerações acerca da sentença no processo crime, que deverá ser anterior a sentença civil, na medida em que os processos sejam supervenientes.

Nesse aspecto, ainda que o ordenamento jurídico brasileiro adote o sistema de interdependência, consagrado pelo artigo 935, caput, do CPP, isto é, da preponderância da ação penal sob a cível, impende salientar que apenas algumas ocorrências de absolvição na Vara Criminal (desde que transitada em julgado) fazem coisa julgada na esfera cível em sentença posterior, como: a prática do ato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito, salvo algumas exceções, ou do reconhecimento categórico de inexistência material ou do reconhecimento da existência de prova que o réu não concorreu para a infração. Logo, se ausentes no caso tais enquadramentos, mesmo que absolvido criminalmente, não convém inferir que na situação de José Fontes haverá coisa julgada no âmbito civil.

Assim enuncia o artigo 63, caput, do mesmo dispositivo:

*“Art. 63 Transitada em julgado a sentença condenatória, **poderão promover-lhe a execução no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.** (grifo nosso)
(...)”*

¹ Lenza, Pedro. Direito Processual Penal esquematizado. 6ª Edição. São Paulo. SARAIVA. 2017



II. DO QUESTIONAMENTO PORQUANTO DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO – DOSIMETRIA DA PENA.

O delito praticado pelo consulente está tipificado no artigo 129, do Código Penal Brasileiro, nas circunstâncias do parágrafo terceiro deste mesmo dispositivo, que trata de lesão corporal seguida de morte, conforme constante da denúncia oferecida pelo MP e recebida pelo juízo.

Não obstante, à consulente, leiga porquanto das matérias acerca do ordenamento jurídico brasileiro, é válido que lhe expliquemos como se deu o enquadramento:

O promotor do caso entendeu que José tinha apenas a intenção de lesionar fisicamente a vítima, mas não de causar sua morte (que seria o caso de homicídio), sendo isso uma consequência. A **lesão corporal seguida de morte é considerada como delito preterdoloso, isto é, crime que exige o dolo no ato antecedente (lesão corporal) e a culpa no fato próximo (morte da vítima)**, exatamente nos moldes do fato, considerando a teoria finalista, adotada pelo mesmo diploma legal supracitado.² Temos:

“Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

(...)

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

(...)”

Diante deste teor, nota-se que pena base compreende a reclusão de José entre 04 a 12 anos. No entanto, para vias de fato, cabe ao juiz fazer jus à dosimetria da pena, em suas três fases, compreendidas nos artigos 59, 61, 62, 65 e 66 do Código Penal Brasileiro.

O magistrado, portanto, considerar-se-á a vida pregressa do réu, como seus antecedentes e os motivos que o levaram a praticar o delito (nos moldes do artigo 59), entre outros, na primeira fase (pena base), além da ocorrência ou não de reincidência e de agravantes e/ou atenuantes, na segunda fase (pena provisória), bem como causas de aumento e/ou diminuição da pena (usualmente taxadas pelo próprio texto legal) quando da terceira fase (pena definitiva).

² Jesus, Damásio de Direito penal, volume 1 : parte geral / Damásio de Jesus. — 32. ed. — São Paulo : Saraiva, 2011.



No presente caso, constatada a sentença transitada em julgado no crime de lesão corporal leve em face da esposa, em 2014, poderá José ser considerado pelo juízo reincidente quando na segunda fase de aplicação da pena. Senão vejamos:

“Art. 61 São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constitui ou qualificam o crime:

I. A reincidência;

(...)

*Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, **o tenha condenado por crime anterior.** (grifo nosso)*

(...)”

Outrossim, decorridos mais de 05 anos do delito no tocante aos jogos de azar não se pode cogitar que este configure reincidência também, mas sim que o réu será tido como de maus antecedentes. Observa-se o texto legal (extraído do Código Penal):

“Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)”

Logo, temos que o magistrado, quando da dosimetria da pena, além de diversos outros fatores, provavelmente irá considerar o réu reincidente (2º fase da dosimetria) e também de maus antecedentes (1º fase):

“Réu que possui quatro condenações transitadas em julgado. Possibilidade de utilizar uma como maus antecedentes e outras três para efeitos da agravante da reincidência. Precedentes” (TJSC, AC 2013.019118-1, Relª Desª Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 25/6/2013).

Do analisado, já podemos inferir então que poderá José ser apenado com montante acima do mínimo legal logo pela primeira fase da dosimetria da pena, como se vê:

*“Levando-se em consideração os parâmetros delineados no tipo penal em que o paciente foi condenado e tendo em vista **a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, quais sejam, a culpabilidade, a personalidade, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, **não se revela desproporcional ou imotivada a majoração da pena-base acima do mínimo legal**, tal como feita pelo Juízo sentenciante.” (STJ, HC 139000/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., DJe 1º/2/2010).(Grifo nosso).*

Impende salientar, ainda, que de qualquer modo, o réu será apenado com a restrição de liberdade e por certo, cabará sua prisão em detrimento da reincidência específica . (Abaixo discutiremos acerca do regime que iniciará a cumpri-la). Salientamos:



“Tratando-se de condenado reincidente em virtude da prática do mesmo crime, é vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal” (STJ, HC 61052/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ªT., DJ 13/11/2006, p. 281).

A regra é que, estipulada a pena quando da sentença penal condenatória superior a 08 anos, nos termos do artigo 33 do Código Penal Brasileiro, o juiz discorra que o regime inicial de seu cumprimento dar-se-á em regime fechado (presídio de segurança máxima ou média).

Na hipótese da aplicação de pena inferior ou igual a 04 anos, nos moldes da súmula 269 do STJ, independente da circunstância da sua reincidência e da quantidade da pena anterior, poderá o réu cumpri-lá em regime inicial semi-aberto (em colônia agrícola/ industrial ou estabelecimento similar). Senão vejamos:

“ STJ – Súmula 269 – É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 04 anos se favoráveis às circunstâncias judiciais.”

III. DAS QUESTÕES INERENTES AO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO - GREVE.

Finda as considerações acerca do delito cometido, passamos a opinar sobre o direito de greve por parte dos trabalhadores da empresa AVOAR LTDA, representados pelo Sindicato da Categoria dos Trabalhadores nas empresas de aviônicos, sito à cidade de Jacareí, em razão do descumprimento do Acordo Coletivo que pactuava o ajuste salarial em detrimento das horas acrescidas à jornada de trabalho.

É sabido que o direito à greve – paralisação temporária e coletiva do trabalho- foi admitida pela Constituição Federal de 1988, nos moldes do artigo 9º, caput, e 37, inciso VII, abaixo colacionados:

“Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

(...)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

(...)”

Ademais, sua regulamentação é trazida pela Lei nº 7783/1989:

“Art. 2º Para os fins desta Lei considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.(grifo nosso)

(...)”



Nesse sentido, importante ressaltar os **requisitos essenciais** há serem observados quando da formalização do movimento grevista:

- frustração da negociação coletiva:

*“Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.
(...)”*

- Assembleia prévia que definirá as reivindicações:

*“Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembléia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.
(...)”*

- aviso prévio de 48 horas para as atividades particulares:

*“Art. 3º (caput).
(...)”*
Parágrafo único. **A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação.** (grifo nosso)
(...)”

Sem embargo, impende salientar que o movimento NÃO foi pacífico, houve violação do direito de outrem, no tocante a ofensa a sua integridade física, nos termos do artigo 6º, parágrafo primeiro, da Lei supramencionada. **Por certo, a greve neste caso não poder ser considerada como lícita, mas sim abusiva, ainda que por motivo justo.** Vejamos:

O TST, na ementa do RODC - 14600-85.2008.5.05.0000, de 11/09/2008, observa que:

“Considera-se não abusiva(licita) a greve quando observados todos os ditames da Lei nº 7.783/89. Só para esclarecer a greve ilícita é a greve ilegal, ou seja, deflagrada em desacordo com a legislação, mas a melhor doutrina recomenda que haja a substituição da expressão "greve ilegal/ilícita" por "greve abusiva".

IV. DAS QUESTÕES QUE INSERIDAS NA ESFERA PROCESSUAL CIVIL - TUTELAS.

A tutela provisória de urgência antecedente, isto é, o pedido anterior à petição inicial, caracteriza-se pela sua cognição sumária, deferida via decisão interlocutória, desde que ao magistrado reste evidente o *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo) e o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), nos moldes do artigo 300, caput, do Código de Processo Civil Brasileiro. Senão vejamos:



“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

(...)”

Nesse sentido, o pleito do caso é a tutela provisória de urgência em caráter cautelar e antecedente, conforme artigo 301, caput, do mesmo dispositivo legal, regida pelos requisitos previstos nos artigos 305/310 do mesmo diploma.

Com efeito, para que haja a concessão da tutela cautelar é necessário na exposição da lide ocorrer a evidência do risco ao resultado útil do processo. No caso em tela, vislumbra-se que o pedido de bloqueio do imóvel, com matrícula R.1078 fez-se necessário a medida que o Sr. José Fontes, como de conhecimento, estava dilapidando seu patrimônio.

Assim, o juiz deferindo a tutela, garante o direito material. Destarte, a sua concessão não tem natureza satisfativa, mas de apenas resguardar o direito pleito do pedido principal por ora (do ressarcimento).

Por certo, é necessário o bloqueio até a sentença, uma vez que a ausência de bens que garantam o adimplemento elucida o perigo ao resultado útil do processo. Assim, colacionamos entendimento:

Ementa: TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. AGRAVO DE PETIÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. Tendo-se por presentes a plausibilidade jurídica do pedido e o risco de dano em decorrência da demora natural na solução do processo, este requisito evidenciado no risco iminente da expedição da carta de arrematação e da liberação do elevado valor objeto de arrematação, da ordem de R\$ 2.650.000,00 (dois milhões e seiscentos e cinquenta mil reais) em prol dos exequentes, impõe-se, por conseguinte, a procedência da presente Tutela Cautelar Antecedente para o fim de suspender temporariamente a execução, até que haja decisão definitiva do Agravo de Petição interposto pela Requerente, ora em diligência, que, caso provido, implicará na reforma da decisão agravada, que manteve incólume a praça realizada no dia 07/06/2017 e condenou a Requerente em litigância de má-fé. Tutela Cautelar Antecedente conhecida e provida. (Encontrado em: , conhecer e julgar procedente a Tutela Cautelar Antecedente para o fim de, ratificando a liminar... PUBLICO DO TRABALHO TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE 00804138720175070000 (TRT-7) CLAUDIO SOARES PIRES). (Grifo nosso).

Outrossim, à tutela *in casu* não cabe estabilização, a medida que o imóvel será bloqueado por tempo determinado, até que seja proferida sentença que decida por deferir ou indeferir o pedido principal.



Além disso, salienta-se que o diploma legal é silente acerca da estabilização de tutela cautelar nos artigos nos quais se refere da mesma. Logo, aplicamos a interpretação restritiva da norma: se não há tutela ANTECIPADA deferida, não há qualquer medida a ser estabilizada.

Posto isso, uma vez intimada sobre o deferimento da tutela deverá a família de Antônio diante de seu patrono, baseados no artigo 308, caput, do Código de Processo Civil, formular pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias, apresentando-o nos mesmos autos em que se concedeu a tutela, dispensado o pagamento de novas custas processuais.

No que tange a apresentação do pleito principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação e mediação conforme prevê o artigo 308, §3º já referido normativo. No caso em que ocorra a inércia por parte dos requerentes, fundamentado no que discorre o artigo 309, incisos I e II, do mesmo diploma legal, a tutela deferida será cessada. Vejamos:

“Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do [art. 334](#), por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do [art. 335](#).

Art. 309. Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;

II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias;

III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Parágrafo único. Se por qualquer motivo cessar a eficácia da tutela cautelar, é vedado à parte renovar o pedido, salvo sob novo fundamento.

Art. 310. O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.

(...) “(Grifo nosso)

V. DAS QUESTÕES INSERIDAS NO ÂMBITO CIVIL – DIREITO DAS OBRIGACÕES.

Entende-se por resolução contratual uma forma de extinção do contrato, de maneira anômala, através do inadimplemento ou da inexecução da obrigação da avença por uma das partes envolvidas³, de maneira voluntária, involuntária ou por onerosidade excessiva, por via de ação judicial.

³ Tartuce, Flávio Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015



A resolução por inadimplemento voluntário se dá em razão de um comportamento culposo. Produz efeitos ex tunc, obrigando a parte inadimplente ao pagamento de perdas e danos e de cláusula penal, se houver. Por fim, ainda nessa espécie, se o contrato for de trato sucessivo, a resolução contratual não produzirá nenhum efeito ao que já foi cumprido na relação contratual.

Por sua vez, a resolução por inadimplemento involuntário decorre do descumprimento do contrato por motivos alheios aos contratantes e de sua vontade, conforme dispõe o artigo 393, caput, e parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, fazendo com que o contrato seja resolvido e o inadimplente não fique sujeito ao pagamento de perdas e danos, desde que comprovada a impossibilidade objetiva, total e definitiva do cumprimento da obrigação, como temos:

“Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

(...)

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

(...)”

Por fim, porquanto da última modalidade de resolução, encontra-se a onerosidade excessiva. Para que se possa utilizar dessa espécie, devemos analisar a presença dos seguintes requisitos: o contrato deve ser comutativo de execução diferida ou de trato sucessivo; ocorrer o fato extraordinário e imprevisível; deve haver considerável alteração da situação de fato existente no momento da execução, em confronto com a que existia por ocasião da celebração, e, o nexo causal deve estar presente entre o evento superveniente e a consequente excessiva onerosidade.

No que tange a celebração contratual em espécie, analisamos que a consulente Maria de Lourdes pactua um contrato de alienação fiduciária para aquisição de um novo veículo, no montante de R\$54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), onde havia parcelado o valor total em sessenta parcelas de novecentos reais mensais. Ocorre que a compradora, deixou de adimplir dez dessas parcelas finais, e fora realizado um pedido de busca e apreensão do veículo por parte da empresa.

Sob essa égide, conforme entendimento consignado pelo Superior Tribunal de Justiça, a medida que as causas resolutiveas estão incorporadas quando da matéria de extinção dos



contratos, sustentada a tese da qual discorreremos abaixo, é inconsistente a ação proposta pela empresa credora. Vejamos:

“ O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução ” (Resp. 469.577/SC, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25/03/2003...) (Grifo nosso)

Nesse sentido, uma vez que Maria de Lourdes cumpriu mais do que uma margem de 83,33% de sua obrigação prevista quando do contrato, opinamos que o pedido de busca e apreensão não seja cedido, perecendo apenas 10 (dez) parcelas para a devida quitação, sustentamos **a tese da teoria do adimplemento substancial**, que consagra: o atendimento quase integral das obrigações pactuadas no contrato gera inadimplemento insignificante e, assim, **a resolução unilateral do mesmo contrato por descumprimento da obrigação, deve ser afastada.**

Por certo, colacionamos entendimento:

Ementa: CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. 1) A teoria do adimplemento substancial, como instrumento de equidade, pautado nos princípios da boa-fé contratual, probidade, função social do contrato, razoabilidade e vedação do enriquecimento ilícito, estabelece que, havendo o pagamento da maior parte do débito, não se afigura justo ou razoável decretar a resolução do contrato e a perda do bem em favor do credor, sob pena de causar maior gravame ao devedor. 2) O reconhecimento do adimplemento substancial do contrato é medida excepcional, que somente deve ocorrer quando houver comprovação de que o devedor pagou no mínimo 80% (oitenta por cento) do valor contratado. 3) Agravo ao qual se dá provimento. (Encontrado em: CÂMARA ÚNICA 00013637620148030000 AP (TJ-AP) Desembargador CARMO ANTÔNIO). (Grifo nosso)

É o que opinamos.

São João da Boa Vista, 09 de novembro de 2018.

Gabriel dos Reis Ferreira
OAB: 17.524/SP

Jhennyffer Cavelagna de Oliveira
OAB: 16.413/SP

Larissa Gulin Gazato
OAB: 15.302/SP



PARECER JURÍDICO

Assunto: lesão corporal seguida de morte, greve, protesto contra a alienação de bens e resolução contratual.

Consultante: José Fontes e Maria de Lourdes Fontes

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. FIXAÇÃO DE PENA. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA FAZER COISA JULGADA NA ESFERA CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA CAUTELAR EM CARÁTER ANTECEDENTE. PROTESTO CONTRA A ALIENAÇÃO DE BENS. DIREITO COLETIVO DO TRABALHO. EMPREGADO EMPRESA AVOAR LTDA. GREVE. LEGALIDADE. DIREITO CIVIL. FINCANCIAMENTO. RESOLUÇÃO DE CONTRATO. BUSCA APREENSÃO DE VEÍCULO. ADIMPLIMENTO SUBSTANCIAL.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. José Fontes e sua esposa Sra. Maria de Lourdes Fontes sobre: denúncia por lesão corporal seguida de morte, questiona-se a fixação de pena e comarca e justiça competente para apuração do caso; movimento grevista por parte dos trabalhadores da empresa “AVOAR LTDA”, questiona-se a legalidade de greve; resolução contratual e possibilidade de busca apreensão de veículo por falta de pagamento de financiamento; informações a respeito de tutela de urgência em caráter antecedente.

Importante relatar que o Sr. José Fontes, casado com a Sra. Maria de Lourdes, empregado da empresa “AVOAR LTDA” localizada na Avenida Brasil, que divide São José dos Campos e Jacareí. A empresa se encontra ao lado pertencente a São José dos Campos.

Aos fatos questionados.

Os consultantes disseram que no dia 20/08/2017, trabalhadores da empresa de fabricação de peças para aeronaves particulares “AVOAR LTDA”, resolveram parar a produção pelo fato da empresa, pelo fato da mesma, após dois meses, não ter cumprido com o Acordo Coletivo de Trabalho firmado entre o Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Aviônicos e a empresa, onde foi pactuado o aumento da jornada de trabalho, bem como o juste salarial devido pelas quatro horas semanais acrescidas. Este movimento seria encabeçado pelo Sr. Antônio Lima e o Sr. Cléber Pereira. O consultante Sr. José Fontes era contra o movimento grevista e quer saber sobre o direito de greve dos trabalhadores e se a forma como ela ocorreu foi lícita e justa.

Ainda sobre os fatos, os trabalhadores da empresa que aderiram ao



entraram para trabalhar, ficando alguns do lado pertencentes a Jacareí e outros do lado pertencentes a São José dos Campos.

Enquanto ocorria a manifestação, alguns funcionários que eram contra o movimento grevista, entre eles Sr. José Fonte, começaram a se desentender, ocasionando uma briga generalizada com aqueles que apoiavam a greve. Acontece que em meio a esse desentendimento, Sr. José Fontes que estava diante o portão da empresa ao lado pertencente a São José dos Campos, atirou um tijolo que atingiu a cabeça do Sr. Antônio Lima, que estava do lado pertencente a Jacareí.

Após prestar socorro ao Sr. Antônio, seus colegas se dirigiram à Delegacia de Polícia de São José dos Campos, e registraram Boletim Ocorrência relatando o ocorrido com Sr. Antônio Lima. O delegado de polícia, ao tomar conhecimento dos fatos, determinou a instauração de Inquérito Policial.

O Sr. Antônio Lima foi submetido a cirurgia de emergência, por conta de complicações médicas. Ele ficou internado na UTI de Jacareí, pois se encontrava em estado de coma, todo procedimento médico e cirúrgico teve o custo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e foi custeado pela família do Sr. Antônio. Contudo Sr. Antônio Lima, após quarenta e cinco dias após o ocorrido, não resiste e acaba falecendo em razão do golpe em sua cabeça.

Por conta dos fatos narrados, Sr. José Fontes foi indicado pelo delegado de polícia por crime de lesão corporal seguida de morte. No Inquérito Policial, foi verificado que Sr. José Fontes havia sido condenado, com trânsito em julgado, em 2014, à pena de por cinco meses de detenção por lesão corporal leve praticada em face de sua esposa Sra. Maria de Lourdes. Também foi apurado que em 2000, Sr. José Fontes cumpriu pena restritiva de direitos, por explorar jogos de azar.

O Inquérito Policial é encaminhado para segunda 2ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos. Recebido pelo Ministério Público, o promotor de justiça oferece denúncia contra José Fontes por lesão corporal seguida de morte. Sendo a denúncia recebida pelo magistrado em 12/11/2017.

O consultante quer saber se a 2ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos é competente par apurar os fatos. Deseja também ter mais conhecimento pelo crime do qual foi denunciado, como se dará a fixação de sua pena e em caso de sentença absolutório, como ele pode afetar na esfera cível.

Dando sequência aos fatos, a família de Sr. Antônio ingressou com pedido



de São José dos Campos, com objetivo de assegurar o ressarcimento da quantia R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) referente aos procedimentos médicos e cirúrgicos pelos quais Sr. Antônio foi submetido. A família ainda relata que o Sr. José Fontes estaria se desfazendo de seus bens com o propósito de não pagar pela dívida.

Na petição inicial, a família diz que irá formular o pedido principal, cobrando os valores relativos à internação e condenação por danos morais em razão da morte do ente querido, assim que concluído o processo criminal.

O magistrado entende por acolher o pedido e concede a tutela provisória de urgência em caráter antecedente, determinando protesto contra a alienação do imóvel pertencente ao Sr. José Fontes, determinando também a intimação do mesmo para que apresente defesa, no prazo legal.

Os consultantes desejam tomar conhecimento de como se dá a fundamentação da tutela provisória de urgência de caráter antecedente, se esta é passível de estabilização, quais as providências devem tomar a família do Sr. Antônio Lima e quais as consequências de sua inércia.

Adiante, Sr. José Fontes é citado da ação penal e intimado da decisão que concedeu a tutela provisória no mesmo dia, por um único Oficial de Justiça.

Na mesma ocasião, Sra. Maria Lourdes recebe uma citação referente a uma ação de resolução contratual, com pedido de busca e apreensão, que lhe promove a instituição financeira “GFV FINCANCIAMENTOS S/A”

. A parte autora alega que a Sra. Maria de Lourdes celebrou um contrato de alienação fiduciária para aquisição de um veículo, no valor total de R\$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), em 60 (sessenta) parcelas de R\$ 900,00 (novecentos reais), mas o contrato deveria ser resolvido, tendo em vista que a Sra. Maria de Lourdes deixou de adimplir com as parcelas de número 51 a 60. Na decisão determina a citação da requerida e consigna que o pedido de busca e apreensão do veículo seria apreciado após a apresentação de eventual contestação.

Os consultantes questionam sobre a resolução contratual, a chance da instituição financeira ter êxito na demanda, na possibilidade de busca e apreensão e qual tese poderia ser invocada para defesa da Sra. Maria de Lourdes.



É o relatório.

Passo a opinar.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

A 2ª Vara Criminal da Comarca São José dos Campos é competente para julgar e processar o caso, pois tomou a iniciativa para apuração dos fatos. Entretanto a Comarca de Jacareí também poderia ser competente para apreciar o fato.

O Código de Processo Penal trás os critérios para fixação da competência de julgar e processar as infrações penais em seu art. 69:

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

- I - o lugar da infração;
- II - o domicílio ou residência do réu;
- III - a natureza da infração;
- IV - a distribuição;
- V - a conexão ou continência;
- VI - a prevenção;
- VII - a prerrogativa de função.

Em regra, o lugar da infração (*ratione loci*) é onde será determinada a competência jurisdicional, os outros critérios são subsequentes na hipótese de desconhecimento do lugar da infração.

A Justiça competente será definida de acordo com a natureza da matéria (*ratione materiae*), podendo ser a competência da Justiça Eleitoral, Militar, Federal ou Comum. A Justiça Comum determina julgamentos por varas especializadas, como a do júri, juizado especial criminal e juizado de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O Código Penal em seu art. 6º diz que “considera-se praticado o crime no momento da ação, ou da omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”. Já o art. 70 do Código de Processo Penal diz que “competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”.

Nesse caso temos dois lugares da infração, São José dos Campos que foi lugar da conduta (arremesso do tijolo) e Jacareí lugar do resultado (lugar onde Sr. Antônio foi atingido e também do hospital onde veio a falecer), qualquer uma das Comarcas poderia ser a competente, visto que o nosso direito penal adotou a teoria da ubiquidade, onde se faz lugar da infração, tanto o lugar da conduta



(ação ou omissão), tanto lugar onde se produziu ou deveria se produzir o resultado, no caso de conflito entre dois lugares, torna-se competência o primeiro juiz que tomar conhecimento dos fatos.

Deste modo, Guilherme de Souza Nucci diz que “pela teoria da ubiquidade, podendo ser tanto o lugar da ação ou omissão quanto o lugar do resultado. O termo “praticar” quer dizer tanto “levar a efeito” ou “realizar” – que daria o sentido de consumação –, quanto “executar” – conferindo a impressão de ser ação, motivo pelo qual o melhor a fazer é acolher a teoria mista, aceitando como foro competente ambos os lugares, certamente quando a infração penal comportar essa divisão entre ação e resultado. Havendo conflito, dirime se pela prevenção, ou seja, torna-se competente o primeiro juiz que conhecer do feito”¹.

Tendo em vista, o lugar da infração, a justiça competente, a teoria da ubiquidade e a prevenção, reafirma-se que a 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande é competente para julgar e processar o caso por ser o lugar da conduta da infração e a primeira a tomar o conhecimento dos fatos.

Em caso de sentença absolutória na jurisdição criminal, não se fará coisa julgada na esfera cível, pois somente em alguns casos a sentença penal absolutória faz coisa julgada no cível.

O caso não poderá ser mais discutido na esfera cível, se este for reconhecido, pelo juízo criminal, que foi praticado com uma das excludentes de ilicitude (art. 65 do CP): estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito. Não demasiado frisar, que nos casos de legítima defesa, se réu não teve culpa pela situação de perigo, o acusado deverá indenizá-lo. O mesmo se aplica se reconhecido uma discriminante putativa, a vítima ou seus herdeiros deverão ser ressarcidos e se reconhecida a defesa real, mas o autor tiver por erro de pontaria causado danos a terceiros, deverá indenizar.

Também não será objeto de discussão no cível a sentença penal absolutória que afirmar o reconhecimento categórico da inexistência material

¹ Nucci, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 190.



do fato (art. 386 do CPP) e de reconhecimento da existência de prova de que o réu não concorreu para a infração penal (art. 386, IV do CPP), situações que a pretensão civil não poderá ser acolhida.

Nenhuma das hipóteses acima estão presentes no caso do Sr. José Fontes. Pois em análise o fato não ocorreu por nenhuma das excludentes de ilicitude, possui existência material de fato e a existência de provas de que o réu concorreu para gerar a infração. Assim, não será possível que a sentença absolutória na jurisdição criminal, faça coisa julgada na esfera cível.

DIREITO PENAL

O Ministério Público ofereceu denúncia contra o Sr. José Fontes acusando-o de ter cometido lesão corporal seguida de morte, tal delito está previsto no art. 129, § 3º do Código de Penal:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

(...)

Lesão corporal seguida de morte

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos

A tipificação prevista, se caracteriza em crime de na forma preterdolosa, onde existe o **dolo no momento da conduta** e a **culpa no resultado**, assim diz Guilherme de Souza Nucci em sua obra, “trata-se da única forma autenticamente preterdolosa prevista no Código Penal (§ 3.º), pois o legislador deixou nítida a exigência de dolo no antecedente (lesão corporal) e somente a forma culposa no evento subsequente (morte da vítima)”². Analisando os fatos, se percebe a ausência de *animus necandi*, pois não existia a intenção de matar, não podendo caracterizar o crime como homicídio, pois esta tipificação requer de maneira subjetiva a intenção de matar.

Caso condenado pelo crime de lesão seguida de morte, o Sr. José Fontes poderá ser preso pelo ato cometido, pois a pena para tal crime é de reclusão, de quatro a doze anos.

O procedimento de aplicação da pena e do regime inicial, será determinado pelo juiz na primeira fase de fixação de pena. A pena base será

² Nucci, Guilherme de Souza, Manual de direito penal / Guilherme de Souza Nucci. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 536.



fixada de acordo com os requisitos do art. 59 do Código de Penal:

Código Penal

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I- as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III- o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV- a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Pode-se dizer na possibilidade de pena acima do mínimo legal, pois o agente possui culpabilidade no seu ato, pois sabia da existência de ilicitude na sua conduta; os antecedentes do agente também serão relevantes na fixação da pena, tendo em vista a existência de sentença condenatória em trânsito em julgado em desfavor do agente; conduta social e a personalidade será analisada, podendo ser requisito, visto que o indicado já foi condenado por lesão corporal em face de sua esposa.

Na segunda fase da fixação da pena, o juiz irá analisar as circunstâncias agravantes. Uma das agravantes é a reincidência (art. 61, I do CP), a tipificação da reincidência está no e art. 63 do Código de Penal:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Sr. José Fontes, possui condenação, com trânsito em julgado em 2014, à pena de cinco meses de detenção por lesão corporal lese, em face de sua esposa, a condenação por este **crime**, na presença de **novo crime** após o trânsito e julgado da sentença anterior, tendo em vista que não se passou o prazo de 5 anos onde o sujeito volta a ser réu primário (art. 64, I do CP), aponta-se a existe de reincidência que será agravante a fixação da pena.

Já a sentença de condenatória em trânsito julgado no ano de 2000, onde o Sr. José Fontes cumpriu pena restritiva de direito, pela exploração de jogos de azar, será considera maus antecedentes, sendo analisado no momento da fixação da pena base. Entretanto, segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, decidiu que o crime que não puder ser considerado



reincidente, pelo fato de ter decorrido 5 anos do cumprimento da pena anterior, também não poderá ser considerado como maus antecedentes.

Ministro determina que Justiça de SP realize nova dosimetria da pena com base na jurisprudência do STF

O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou que a Justiça paulista realize nova dosimetria da pena aplicada a um condenado por crime de tráfico de drogas. A decisão, tomada no Habeas Corpus (HC) 162305, baseou-se na jurisprudência da Corte segundo a qual condenação anterior não pode ser reconhecida como maus antecedentes se decorridos cinco anos entre o cumprimento ou a extinção da pena e a data do novo crime, período após o qual o Código Penal afasta a reincidência.³

Importante salientar, que reincidência e maus antecedentes, não podem ser reconhecidos em uma única condenação, assim deverá deixar de aplicar os maus antecedentes na primeira fase, fixando a segunda fase a agravante da reincidência. MATÉRIA SUMULADA PELO STJ – 241 “a reincidência penal não pode ser considerada como agravante, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Está claro que haverá reincidência pelo crime transitado e julgado do ano de 2014. Toda via, aguardaremos a fixação da pena base do juiz, caso respeite a atual jurisprudência da Segunda Turma do STF, Sr. João Fontes não terá maus antecedentes. Caso não tenha o mesmo entendimento do Ministro Gilmar Mendes, será matéria de apreciação na fixação da pena base, maus antecedentes pelo crime cometido em 2000, por exploração de jogos de azar.

DIREITO TRABALHISTA

A greve é um direito constitucionalmente garantido aos trabalhadores, sua eficácia é regida sob o art. 9º da Constituição Federal. A Lei nº 7.783/89 (Lei de Greve), dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências, no seu art. 2º trás as características que legitimam o exercício da greve, onde diz:

³ Portal do Supremo Tribunal Federal, Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393338> Acesso em 6 de novembro de 2016.

Lei nº 7.783/89

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

Em sua obra Curso de Direito, Maurício Delgado Coutinho retrata o conceito de greve como “paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando à defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos”⁴.

O ordenamento jurídico infraconstitucional, estabelece o preenchimento de alguns requisitos para a validade do movimento grevista.

Seguindo essa vertente, o primeiro conceito é a real tentativa de negociação, antes de aderirem o movimento grevista. Assim, se frustrada a negociação coletiva, resta-se aderir a paralisação coletiva (art. 3º da Lei 7.783/89).

O segundo requisito é a aprovação da respectiva assembleia dos trabalhadores (art. 4º da Lei 7.783/89). Essa faz respeito aos critérios e formalidades de convocação e quórum assembleares ditados no estatuto sindical.

O terceiro requisito é o aviso-prévio por parte dos empregados, regra geral, prazo estipulado de 48 horas de antecedência da paralisação (art., 3º, parágrafo único da Lei 7.783/89). Caso a paralisação vier de atividades essenciais, o prazo será de 72 horas de antecedência da paralisação, devendo a comunicação contemplar empregados e também o público interessado.

Quarto requisito é o respeito ao atendimento às necessidades inadiáveis da comunidade, no contexto de greve em serviços ou atividades essenciais (art. 10, Lei 7.783/89).

A greve realizada pelos empregados da empresa AVOAR LTDA, teve como causa o descumprimento de Acordo Coletivo de Trabalho em que ficou pactuado o aumento da jornada de trabalho.

A Lei nº 7783/89 prevê em seu art. 14, parágrafo único inciso I, que a

⁴ Delgado, Mauricio Godinho Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado. — 16. ed. rev. e ampl.— São Paulo : LTr, 2017. p. 1618.



greve que tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição, de acordo ou sentença vigente, não será constituído abuso do exercício do direito de greve. Em análise do artigo citada, a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, considerou que a greve que não será abusiva, mas se for não respeitada a real tentativa de negociação antes de aderirem a greve, a greve não terá sua legalidade reconhecida.

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. GREVE. ABUSIVIDADE. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO NORMATIVO DA CATEGORIA. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PREVISTAS NA LEI Nº 7.783/89. O parágrafo único do art. 14 da Lei nº 7.783/89 apenas contempla exceção à regra da abusividade de greve deflagrada após celebrado acordo ou convenção coletiva do trabalho para dizer que, na hipótese de descumprimento de instrumento normativo, não há abusividade do movimento paradedista. 2. No entanto, só pelo fato do descumprimento de instrumento normativo, o exercício do direito de greve, em si, não dispensa a observância das formalidades previstas na Lei nº 7.783/89. 3. Hipótese em que o sindicato não comprovou nem o malogro da negociação coletiva tampouco a existência de aprovação, pela categoria profissional, da paralisação coletiva do trabalho. 4. Recurso Ordinário desprovido.⁵

Seguindo a decisão da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, a greve dos trabalhadores da empresa AVOAR LTDA, apesar de ser justa, pelo fato do não cumprimento do Acordo Coletivo, será considerada não abusiva e justa, mas será ilícita por não respeitar o art. 3º da Lei nº 7783/89, onde está prevista a necessidade da frustração ou impossibilidade de negociações para que se os trabalhadores possam exercer de maneira legal o direito de greve.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

As tutelas provisórias podem fundamentar-se em evidência ou urgência, assim dita o art. 294 do Código de Processo Civil.

No caso descrito, o pedido de tutela provisória foi fundamentado em caráter de urgência de maneira antecedente. Para que seja concedida, é necessário que seja evidente a probabilidade de direito (*fumus bonus iuris*) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), com

⁵ TST SEÇÃO DE DISSÍDIOS, RECURSO ORDINÁRIO, RO - 79100-29.2009.5.05.0000. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado. DJ: 14/06/2010. LEXML, 2010. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;secao.dissidios.coletivos:acordao;ro:2010-06-14;79100-2009-0-5-0>. Acesso em 06 de novembro de 2018.



base no art. 300 do Código de Processo Civil.

A probabilidade de direito no caso, está prevista na medida em que o dinheiro gasto nos procedimentos médicos de Sr. Antônio, só foram necessários por conta da conduta de Sr. José Fontes, desta foram, se garante o direito de ter o dinheiro dos gastos de R\$ 20.000 (vinte mil reais) ressarcidos pelo Sr. José Fontes.

Já o perigo de dano ou risco ao resultado útil, se fundamenta na suposta tese de que o Sr. José Fontes estaria se desfazendo de seus bens, para que eles não sejam penhorados e a dívida não seja paga.

O pedido de tutela feito pela família do Sr. Antônio, foi a de urgência em sua forma antecedente, essa se limita ao do requerimento do pedido da tutela, apenas citando pedido principal que será feito posteriormente.

Art. 3 Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

A tutela não será passível de estabilização, pois ela foi pedida tutela provisória de urgência cautelar (art. 305 do CPC), que possui como característica resguardar, proteger e preservar o direito em litígio o direito.

Apenas será passível a estabilização no caso de tutela provisória de urgência antecipada (art. 303 do CPC), que possui natureza satisfativa, permitindo ao juiz que já defira os que, sem ela, só poderia conceder no final. Em sua obra Marcus Vinicius Rios diz, “as duas são provisórias e têm requisitos muito assemelhados, relacionados à urgência. Mas somente a primeira (antecipada) **tem natureza satisfativa**, permitindo ao juiz que já defira os efeitos que, sem ela, só poderia conceder no final. Na cautelar, o juiz não defere, ainda, os efeitos pedidos, mas apenas determina **uma medida protetiva, assecurativa, que preserva o direito do autor, em risco pela demora no processo**”⁶.

No caso relatado a tutela foi efetiva, assim o pedido principal terá de ser

⁶ Gonçalves, Marcus Vinicius Rios, Direito processual civil esquematizado, Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza). p.441.



formulado pela família do Sr. Antônio, no prazo de 30 (trinta) dias e será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar (art. 308). Após apresentação do pedido principal, as partes serão intimadas, por seus advogados ou pessoalmente, para audiência de conciliação e mediação (art. 304, §3º do CPC). Se por inércia, a família do Sr. Antônio, não formular o pedido da principal, poderá ser cessada a eficácia da tutela concedida, nos termos no art. 309 do Código de Processo Civil.

Código de Processo Civil

Art. 309 Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se:

I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal;
(...)

DO DIREITO CIVIL

O contrato irá se extinguir normalmente por meio da sua execução, que será atestada por meio da quitação. Entretanto o contrato o contrato pode ser extinto por causas anteriores contemporâneas a sua formação, assim como causas de extinção do contrato supervenientes a sua formação.

A resolução é uma cláusula superveniente à formação do contrato, ela pode ser por inexecução voluntária do contrato, resolução por inexecução involuntária e por onerosidade excessiva.

Como descrito no caso, nem sempre os contratantes conseguem cumprir com as prestações, por conta disso, a extinção do contrato mediante resolução tem como causa a inexecução ou incumprimento por parte da Sra. Maria de Lourdes. A resolução por inexecução voluntária do contrato tem efeito *ex tunc* (retroativo) onde as partes voltam a situação que se encontravam antes de firmar o contrato, assim, extinguindo o contrato que foi executado, obrigando a restituição e sujeitando a parte considerada inadimplente ao pagamento de perdas e danos. Referente há chance de a instituição financeira ter êxito em sua demanda, embasado na teoria do adimplemento substancial, onde Carlos Roberto Gonçalves diz em sua obra “adimplemento substancial do contrato, todavia, tem sido reconhecido, pela doutrina, como impedimento à resolução unilateral do contrato. Sustenta-se que a hipótese de resolução contratual por inadimplemento haverá de ceder diante do pressuposto do atendimento quase integral das obrigações pactuadas, ou seja, do incumprimento insignificante da avença, não se afigurando razoável a sua extinção como resposta jurídica à



preservação e à função social do contrato (CC, art. 421)⁷.

A teoria descrita, mostra que a ideia de preservação do contrato, tendo em vista os princípios da função social e a boa-fé objetiva, neste sentido o STJ decidiu: “ O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso”⁸

Podemos observar que no caso, que a Sra. Maria cumpriu 83,33% da sua obrigação contratual, tendo em vista que quitou 50 parcelas de um total de 60. Desta forma, com base na teoria do adimplemento substancial, Sra. Maria de Lourdes poderá formalizar sua defesa, afim de que o pedido de busca apreensão seja indeferido por parte do juízo competente.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Milagre, 06 de novembro de 2018.

Felipe Ribeiro de Carvalho
OAB/SP 12.122

⁷ Gonçalves, Carlos Roberto Direito civil brasileiro, volume 3 : contratos e atos unilaterais / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 227.

⁸ REsp 272.739/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01.03.2001, DJ 02.04.2001 p. 299.

UNIFEOB
Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio Bastos
Curso de Direito

PROJETO INTEGRADO
PARECER JURÍDICO

Disciplina: Projeto Integrado

Série: 6º módulo C

Professor(es): William Cardozo Silva

Aluno(s):

Guilherme Teixeira Martins 16001624

Matheus Alves Ferreira 16000488

SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP
NOVEMBRO 2018

SUMÁRIO

PARECER JURÍDICO.....	3
REFERÊNCIAS.....	11

PARECER JURÍDICO

Processo: -----

Assunto: Crime de lesão corporal seguida de morte, processo trifásico, competência criminal e ação civil *ex delicto*; direito a greve: previsão constitucional e requisitos legais; tutela provisória de urgência cautelar em caráter antecedente; resolução contratual e tese do adimplemento substancial.

Requerentes: José Fontes e Maria de Lourdes.

Trata-se de consulta jurídica realizada por José Fontes e Maria de Lourdes, na qual foi relatado o que segue.

O Requerente é empregado da empresa “AVOAR LTDA”, situada à Av. Brasil, em São José dos Campos – SP, na divisa com Jacareí – SP, sendo que cada um dos lados da via pertence a uma das cidades.

Referida empresa firmou acordo coletivo com o sindicato da categoria a fim de aumentar a jornada de trabalho, no qual foi estipulado, como medida compensatória, acréscimo de salário, o que não foi cumprido pela empresa.

Por tal motivo, foi deflagrada, pelo sindicato e por parte dos empregados, greve no dia 20/08/2017, em que os grevistas se reuniram em frente à empresa, em ambos os lados da Avenida Brasil.

Em tal ocasião, houve confronto entre grevistas e empregados contrários à greve. O Requerente, posicionado ao lado pertencente a São José dos Campos, arremessou um tijolo contra os grevistas ao outro lado da avenida, que atingiu Antônio Lima na cabeça.

A vítima foi socorrida e transportada ao hospital de Jacareí, onde foi submetida a procedimento cirúrgico de emergência, em que ficou constatado trauma cerebral.

Foi registrado boletim de ocorrência e foram apresentadas testemunhas na delegacia de polícia de São José dos Campos. A autoridade policial instaurou inquérito.

A vítima faleceu aos 40 dias de internação na UTI do hospital em estado de coma. As despesas médicas foram custeadas pela família, que alega perfazer R\$ 20 mil (vinte mil reais).

O Requerente foi indiciado pelo delegado de polícia de São José dos Campos por crime de lesão corporal seguida de morte. Quando da conclusão do inquérito, foi verificado que o Requerente havia sido condenado, com trânsito em julgado, em 2014, à pena de cinco meses de detenção por lesão corporal leve praticada em face de sua esposa, a ora Requerente. Verificou-se ainda, que, em 2000, o Requerente cumprira pena restritiva de direitos por exploração de jogos de azar.

O inquérito policial foi remetido ao fórum de São José dos Campos e distribuído na 2ª Vara Criminal. Foi recebido pelo Ministério Público, que ofereceu denúncia contra o Requerente, indicando-o como incurso no delito de lesão corporal seguida de morte – art. 129, §3º, CP – tendo a denúncia sido recebida em 12/11/2017.

Foi ajuizada, pela família da vítima, ação de ressarcimento contra o Requerente, em que foi pleiteada tutela provisória de urgência cautelar, sob argumento de que o ora Requerente estaria se desfazendo dos bens, deferida pelo magistrado mediante protesto contra alienação de imóvel.

O Requerente foi citado e intimado das ações penal e cível. Na mesma ocasião, a Requerente foi citada em uma ação de resolução contratual, com pedido de busca e apreensão, movida pela financeira “GFV FINANCIAMENTOS S/A”, sob a arguição de que a Requerente teria firmado contrato de alienação fiduciária de veículo em 60 (sessenta) parcelas que perfazem o total de R\$ 54 mil (cinquenta e quatro mil reais) e que teria inadimplido as parcelas 51ª a 60ª.

Diante disso, os Requerentes apresentaram os seguintes questionamentos e submeteram a análise jurídica:

- a) No que consiste o delito pelo qual o sr. José Fontes foi denunciado?
- b) Se vier a ser condenado, ele pode ser preso?
- c) Poderia ser, o sr. José Fontes, apenado com montante acima do mínimo legal? Como se procede a essa fixação?
- d) Há reincidência ou maus antecedentes? Se sim, quais as fases que o Juiz fará a análise?
- e) A 2ª Vara Criminal de São José dos Campos é competente para apreciar o caso?
- f) No caso de sentença penal absolutória na jurisdição criminal, há de falar da incidência de coisa julgada na jurisdição cível?
- g) No Brasil, é permitido o direito de greve? Em quais situações?
- h) A greve realizada pelos empregados é lícita e justa?
- i) O que é tutela provisória de urgência em caráter antecedente?

- j) A tutela provisória concedida é passível de estabilização?
- k) Uma vez intimada da decisão, qual a(s) providência(s) devem tomar os familiares de Antônio? E quais as consequências de sua eventual inércia?
- l) O que se entende por “resolução contratual”?
- m) No caso em questão, há chance de a instituição financeira ter êxito na demanda? Seria possível a busca e apreensão do veículo?
- n) Qual a tese que poderia ser invocada para a defesa da sra. Maria de Lourdes?

É o breve relato.

Em primeiro lugar, quanto ao crime imputado ao Requerente, cuida-se de tipo qualificado do crime de lesão corporal, em que não há a intenção de provocar a morte, mas esta ocorre em razão da lesão provocada.

Nesse sentido, ensina Fernando Capez:

Trata-se de hipótese de homicídio preterdoloso. Pune-se o primeiro delito (lesão corporal) pelo dolo e o segundo delito (morte), a título de culpa. O evento morte não deve ser querido nem eventualmente, ou seja, não deve ser compreendido pelo dolo do agente, senão o crime será de homicídio. A morte é imputada ao agente a título de culpa, pois não previu o que era plenamente previsível, sendo-lhe, por isso, imputado o resultado mais grave. Deve, então, haver previsibilidade quanto à ocorrência do evento letal [...]¹

Não obstante a quantidade mínima de pena prevista para esse crime poder permitir o cumprimento em regime aberto, considerando os antecedentes do Requerente, sua conduta e personalidade, é possível que o juiz, com fulcro no artigo 59 do Código Penal, leve em consideração tais circunstâncias para fixar a pena acima do mínimo e acima dos limiares que permitem o cumprimento em regime aberto ou semi-aberto, sem prejuízo que as mesmas circunstâncias sejam consideradas pelo magistrado para determinar o cumprimento em regime fechado (prisão), qualquer que seja a pena efetivamente imposta.

Isso porque o juiz, ao aplicar a pena, procederá mediante o que se chama de processo trifásico: 1) na primeira fase, será fixada a pena base, por meio dos critérios estabelecidos no dispositivo legal acima mencionado; 2) na segunda, serão aplicadas as circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas nos artigos 61 e seguintes do Código Penal; 3) na última fase, aplicar-se-ão as causas de aumento e diminuição de pena, *neste caso*, previstas nos parágrafos 4º, 7º e 8º do artigo 129 desse diploma legal.

¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, v. 2: Parte Especial arts. 121 a 212. 17ª edição. São Paulo: Saraiva. 2017. (p. 179).

Além disso, foi constatado que o Requerente já possui duas condenações penais: uma com trânsito em julgado em 2014 e outra cuja pena foi cumprida em 2000.

A respeito da reincidência, veja-se o que dizem os artigos 63 e 64 do Código Penal:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; [...]

Segundo se extrai da análise dos dispositivos acima, é possível concluir que, para que ocorra reincidência, deve ser praticado novo crime após o trânsito em julgado do crime anterior e a condenação *deste* crime deve estar dentro do *período depurador*, isto é: *o prazo de 5 anos entre o cumprimento da pena do crime anterior e a prática do novo crime*.

No caso em tela, verifica-se que apenas a condenação de 2014 ainda é capaz de gerar reincidência, por estar dentro do período depurador. A condenação de 2000 poderia ser considerada pelo juiz tão somente como maus antecedentes, conforme o já bem mencionado artigo 59 do Código Penal.

Desse modo, os maus antecedentes seriam tomados em consideração na primeira fase, quando da fixação da pena base. A reincidência, por sua vez, seria aplicada na segunda fase, por constituir circunstância agravante da pena.

No que tange à competência da ação penal, primeiramente, é importante observar que o caso não se amolda a nenhuma das hipóteses de competência da justiça especializada (militar, eleitoral e trabalhista), nem das hipóteses de competência da justiça federal (artigo 109 da Constituição Federal); portanto, tem-se que a competência será da justiça estadual da comarca do lugar onde o crime se consumou, por ser esta a regra estabelecida no artigo 70 do Código de Processo Penal.

Observa-se que a morte ocorreu no hospital de Jacareí, lugar onde se consumou o crime ora imputado, de modo que a competência seria da comarca de Jacareí. A 2ª Vara Criminal da Comarca de São José dos Campos, em que foi distribuída a ação, é, portanto, absolutamente incompetente.

No mais, caso a sentença penal seja absolutória, esta só ensejará coisa julgada na ação cível em trâmite se for reconhecida na sentença a presença de excludente de ilicitude – caso em que tal fato não poderá ser objeto de discussão na ação cível – ou a inexistência de autoria ou materialidade, hipóteses em que a ação cível deverá ser julgada improcedente.

Ora feitas as considerações necessárias quanto ao crime, passa-se à análise dos questionamentos formulados pela Requerente a respeito da greve.

A greve é um direito constitucionalmente garantido aos trabalhadores urbanos e rurais, bem como aos servidores públicos. Somente os militares não o possuem.

Tal direito está previsto no Capítulo II, do Título I, da Constituição Federal, que trata dos Direitos Sociais, sendo que o artigo 9º dispõe da seguinte maneira:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Quanto aos servidores públicos, o inciso VII, do artigo 37 diz que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

E quanto aos militares, a vedação está prevista no artigo 142:

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

A greve na iniciativa privada deve ser exercida pelos trabalhadores em conformidade com a Lei de Greve (Lei nº 7.783 de 1989).

A esse respeito, convém pontuar que, em razão da omissão do Poder Legislativo em editar lei que regulamente o direito de greve pelos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, decidiu que se deve aplicar aos servidores públicos a mesma lei que regula a greve no setor privado.

É importante notar que, no caso de atividades consideradas como essenciais – assim entendidas as elencadas no artigo 10 da referida lei –, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores são obrigados a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços. Além disso, os

trabalhadores devem comunicar a entrada em greve aos empregadores e aos usuários do serviço com 72 horas de antecedência de seu início, sob pena de ilegalidade. Tal previsão se encontra no artigo 13 da Lei de Greve.

No que tange ao mérito da greve em análise, considerando que a empresa descumpriu o acordo, é evidente que a pretensão dos trabalhadores é justa.

Quanto à legalidade, é preciso observar os artigos 2º, 3º e 14 da Lei de Greve, senão vejamos:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

[...]

Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.

Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que:

I - tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição; [...]

Como se vê, no caso em análise, embora não tenham sido lançadas tentativas de negociação antes da paralisação, nota-se que havia um acordo coletivo em vigência, o que se enquadra na hipótese do inciso I, do parágrafo único, do artigo 14, e garante respaldo legal à greve.

Não obstante, é de rigor alertar que a greve somente pode ser considerada lícita se tiver fins pacíficos (artigo 2º) e, no presente caso, nota-se que houve confronto entre os grevistas e os demais empregados. Portanto, é necessário que tal situação seja esclarecida, ou seja: se os grevistas frustraram o caráter pacífico da paralisação, o que implicaria na sua ilegalidade.

Exaradas tais considerações a respeito da greve, esclarece-se, agora, as questões relacionadas a tutela provisória e à ação de ressarcimento ajuizada em face do Requerente.

A tutela provisória é uma forma de antecipar a uma das partes do processo uma decisão judicial de mérito ou acautelatória antes da decisão final, ou seja, antes da tutela definitiva. O que justifica a concessão da tutela provisória é o perigo da demora somado à alta probabilidade do direito que se busca junto ao Poder Judiciário. A tutela provisória subdivide-se em evidência e

urgência, e essa última subdivide-se em cautelar ou antecipada. Além disso, a tutela de urgência pode ser requerida tanto em caráter antecedente quanto em caráter incidental.

A tutela provisória do caso em análise é a de *urgência*, de natureza *cautelar*, requerida em caráter *antecedente*. O artigo 305 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe sobre esta espécie de tutela provisória quando requerida em caráter antecedente, senão vejamos:

Art. 305. A petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A tutela provisória requerida em caráter antecedente significa que ela foi requerida antes do processo, ao contrário da tutela provisória requerida em caráter incidental, que é requerida durante o processo.

Sobre esta espécie de tutela, o mestre Cassio Scarpinella leciona:

O art. 305 trata da petição inicial em que aquela tutela – provisória de urgência, cautelar e antecedente – é pleiteada. Nela, o autor precisará indicar “a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar”. Também o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo deve ser demonstrado.²

A tutela provisória *cautelar*, diferentemente da tutela provisória *antecipada*, não comporta estabilização, diante da ausência de expressa previsão legal.

Tão logo intimada a família de Antônio Lima (parte autora) sobre o deferimento da medida cautelar, ela terá 30 (trinta) dias para aditar a petição inicial e formular o pedido principal, sob pena de cessação dos efeitos da tutela e consequente impossibilidade de renovação do pedido, exceto por novo fundamento. Além disso, neste caso, ela responderá pelos prejuízos causados ao Requerente, nos termos do artigo 302 do Código de Processo Civil.

Por fim, passa-se à análise da ação de resolução contratual ajuizada contra a ora Requerente.

Primeiro, é preciso esclarecer que a resolução contratual é a extinção anormal do contrato em razão do inadimplemento, *neste caso*, voluntário.

² BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil – volume único. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2018. (p. 303).

Esta espécie de extinção tem como pressuposto para sua configuração o descumprimento do pactuado por alguma das partes. O inadimplemento culposo ou doloso e a inexecução absoluta ou relativa, por exemplo, podem culminar na resolução contratual, desde que haja provocação da parte interessada na resolução.

No caso em tela, considerando que a Requerente inadimpliu tão somente com as 10 (dez) últimas parcelas do total de 60 (sessenta) parcelas do contrato, estaria configurado o *adimplemento substancial*, isto é: parte considerável do contrato estaria cumprida, o que não sustentaria a resolução do contrato e a busca e apreensão do veículo.

Neste sentido, colaciona-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução³

Destarte, a tese do adimplemento substancial poderia ser usada pela Requerente em sua defesa a fim de evitar a apreensão do veículo, *ressalvando-se, contudo, acerca da possibilidade do magistrado entender de modo diferente e decidir pela procedência da pretensão da parte autora.*

É o parecer, s. m. j.

São José dos Campos, 11 de novembro de 2018.

Matheus Alves Ferreira
Advogado
OAB 172.018

Guilherme Teixeira Martins
Advogado
OAB 201.817

³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial 469.577/SC. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 25/03/2003.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 nov 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 nov 2018.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 nov 2018.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov 2018.

BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7783.htm>. Acesso em: 10 nov 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial 469.577/SC. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 25/03/2003.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil – volume único. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2018.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, v. 2: Parte Especial arts. 121 a 212. 17ª edição. São Paulo: Saraiva. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único – São Paulo. Saraiva, 2017.

4 7º MÓDULO – 2019-2

4.1 PROFESSORES ORIENTADORES

Fabício Silva Nicola

Érica Bassanezi Morandin

Carlos Alberto Ciacco de Moraes

Camila Moreira

Cyro Gilberto Nogueira Sanseverino

Ivan Constâncio

Odernir Donizete Martelo

4.2 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 1º BIMESTRE

CASO:

Carlos Daniel é um empresário do ramo de informática que reside na cidade de São José dos Campos, região do Vale do Paraíba, no Estado de São Paulo. É casado, há mais de cinco anos, com Melinda, que é professora do ensino fundamental em uma escola particular daquele mesmo Município, contratada pelo regime celetista. O casal não possui filhos.

O empresário possui um sócio, o sr. Bruno Chaves, que é o responsável pelo setor comercial da empresa, mantendo contato com os clientes, efetuando compras e vendas, enquanto Carlos Daniel é o responsável pela administração e gerenciamento da “Informática ABCZ”.

Em Setembro de 2003, Carlos Daniel procura o “Banco Beta” e efetua um empréstimo no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) com o objetivo de investir maciçamente no negócio empresarial, abrindo filiais de sua empresa nas cidades de Caçapava e Guaratinguetá.

O empréstimo é aprovado pela instituição, sendo a dívida parcelada em 360 (trezentos e sessenta) meses, em parcelas mensais de R\$ 2.777,77 (dois mil e setecentos e setenta e sete reais e setenta e sete centavos), mais juros de 5% (cinco por cento) ao mês, sendo a última parcela a se vencer em Setembro de 2033.

Como garantia hipotecária, ficou o imóvel da sede da “Informática ABCZ”, avaliado em R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) e sua residência, avaliada em R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais). Tanto o empréstimo como a garantia foi realizados com a anuência de sua esposa, Melinda.

Bruno Chaves também busca aumentar seu orçamento, entretanto, de uma maneira mais arriscada.

Bruno passa a importar cocaína do Paraguai e armazená-la em sua sala na sede da “Informática ABCZ”, e, assim, começa a comercializá-la em festas de classe média-alta da cidade, aumentando significativamente seu padrão de vida.

Passados alguns meses, Bruno é abordado por dois investigadores da Polícia Civil e questionado a respeito das festas que frequenta e de como teria aumentado seu patrimônio.

Submetido à tortura física e psicológica, Bruno confessa que importa cocaína e a armazena na empresa “Informática ABCZ”. Os policiais, juntamente com Bruno, vão até à empresa e

na sala de Bruno encontram 3 kg (três quilogramas) de cocaína, totalmente separados em cápsulas prontas para a venda.

Ainda torturado no local, ao ser questionado se haveria mais algum produto de crime, Bruno menciona que seu sócio, Carlos Daniel, guarda em sua sala uma arma de fogo sem o devido registro. Os policiais revistam a sala de Carlos Daniel, que estava em viagem com Melinda, e encontram um revólver calibre 38, municiado e com a numeração sem danificações, que, então, é recolhida.

Bruno é preso em flagrante e levado à Delegacia de Polícia local. Lavrado o respectivo Auto de Prisão em Flagrante, este é encaminhado ao Juiz da Vara Criminal competente, que determina a sua conversão em prisão preventiva de Bruno.

No mesmo momento, o delegado de polícia instaura inquérito policial para investigar Carlos Daniel a fim de verificar se este também se dedicava ao tráfico de drogas e para colher mais elementos acerca da arma de fogo apreendida em seu escritório.

Ao retornar de viagem, Carlos Daniel é intimado a prestar esclarecimentos na delegacia, sendo questionado sobre os fatos ocorridos com Bruno. Ao ser perguntado a respeito das drogas, Carlos nega que tinha conhecimento da existência daquelas substâncias em sua empresa, mas afirma que estranhou a mudança patrimonial de Bruno. Ao ser questionado sobre a arma de fogo, reconheceu como sua. Assim, neste momento, o delegado dá voz de prisão em flagrante a Carlos Daniel pelo crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/03), arbitrando fiança no valor de um salário mínimo - que é imediatamente paga por Carlos.

Findo o inquérito policial e remetido os autos ao Ministério Público, este decide por denunciar Bruno - ainda preso - pelos crimes de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/06) e associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/06) e Carlos Daniel pelos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico e posse ilegal de arma de fogo de uso permitido.

O magistrado competente recebe a denúncia e Bruno (preso) e Carlos Daniel (em liberdade) são devidamente citados.

Não obstante os problemas criminais, Carlos Daniel recebe, de um amigo que trabalha na Vara Cível local, a informação de que a sua empresa "Informática ABCZ" teria sido condenada a pagar a um cliente, a título de danos morais, a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em razão de um produto vendido por Bruno, mas que não prestava ao fim a que se destina. A sentença seria publicada nos próximos dois dias e Carlos Daniel não tomaria

ciência dela, pois a empresa estaria revel no processo, uma vez que foi devidamente citada pelo Correio, mas Bruno não teria repassado a citação a Carlos, deixando completamente sem ciência da demanda.

Não obstante, na semana de todo o ocorrido, Melinda é chamada no setor de Recursos Humanos da empregadora ocasião em que é informada que deve assinar um documento no qual concorda com a redução de sua jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais para 36 (trinta e seis) horas com a consequente redução de seu salário de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para R\$ 2.250,00 (dois mil e duzentos e cinquenta reais), com os consequentes reflexos em descanso semanal remunerado, férias e décimo terceiro. Caso contrário seria dispensada do emprego. Melinda se recusa a assinar a documentação, argumentando que antes iria consultar um advogado.

De fato, Carlos Daniel e Melinda decidem procurar um escritório de advocacia para formular os seguintes questionamentos:

1 - O que significa a garantia hipotecária prestada no empréstimo realizado por Carlos? Qual a necessidade dela? Posso vender os imóveis mesmo com ela? Ela dura até o final da dívida contraída por Carlos?

2 - Carlos é responsável pelo crime de tráfico de drogas? No que consistiria Carlos ser acusado pelo crime de associação para o tráfico? Também responde por este delito?

3 - E quanto ao crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, deve Carlos responder por este delito também? A prova obtida permite a condenação?

4 - Quanto ao processo cível, é possível a empresa “Informática ABCZ” recorrer da sentença? Há algum custo para isso? O que ocorre se recorrer e não recolher as custas?

5 - No caso de Melinda, mesmo se houver sua concordância com a alteração proposta, esta seria lícita? Existe ofensa a algum princípio de Direito do Trabalho? Quais?

Na condição de advogado (s) de Carlos Daniel e Melinda, elabore um parecer jurídico, de forma fundamentada, e que responda a tais questionamentos.

SUGESTÕES DE GABARITO DO ELABORADOR:

1 - A hipoteca consiste em um direito real de garantia incidente sobre bens imóveis. Sua necessidade é garantir o adimplemento de uma obrigação. É possível a venda dos imóveis com a garantia, mas não é adequado pois o comprador, ao ter ciência do gravame, não poderá alegar boa-fé caso haja a venda do imóvel em razão do inadimplemento obrigacional garantido pela hipoteca. A hipoteca, com a redação atual do art. 1.485, CC (desde 2004) extingue-se no prazo decadencial de 30 anos. Todavia, como a dívida contraída por Carlos Daniel e Melinda ocorreu em 2003, incide sobre a hipoteca mencionada o prazo de 20 anos constante do original texto do art. 1.485, CC. Assim, pela ideia do *tempus regit actum*, a hipoteca sobre os imóveis do casal não perdurará até a data do vencimento da última parcela da dívida, mas se extinguirá, caso não renovada, em 2023.

2 - Carlos não poderia ser responsabilizado pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, Lei n. 11.343/06) justamente por não ter praticado qualquer uma das condutas previstas no tipo penal, sem qualquer liame subjetivo a autorizar o concurso de pessoas com o autor Bruno. Bruno, diferentemente, responde pois praticou três dos verbos mencionados no referido dispositivo: “importar”, “ter em depósito” e “vender”. O crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n. 11.343/06) exige, além da presença mínima de duas pessoas, como elemento do tipo o dolo específico de se associar para praticar qualquer uma das condutas do art. 33, *caput*, da Lei de Drogas. Como Carlos Daniel sequer sabia da prática do crime de tráfico por Bruno, não poderá responder pela associação para o tráfico em razão da ausência do liame subjetivo e do dolo específico já mencionado.

3 - Em tese, Carlos Daniel deveria responder pelo crime previsto no art. 12 do Estatuto do Desarmamento, pois possuía em seu local de trabalho arma de fogo de uso permitido, sem a devida regulamentação legal. Entretanto, a prova do crime, da maneira que foi obtida, se originou de uma prova ilícita, qual seja, a confissão de Bruno obtida mediante tortura. Assim, pela teoria dos “Frutos da Árvore Venenosa” (*Fruits of the Poisonous Tree*), oriunda do direito norte americano e conforme previsto no Código de Processo Penal Brasileiro (art. 157, §1º), uma prova obtida em decorrência de uma prova originária obtida de forma ilícita,

também se contamina pela ilicitude, inexistindo, no caso, qualquer fonte independente que resultaria na obtenção da prova. Desta forma, tal como foi obtida a prova do crime do art. 12 da Lei n. 10.826/03, a condenação de Carlos Daniel por este delito não poderá ser sustentada em razão da prova principal ser ilícita por derivação.

4 - Uma vez não transitada em julgado a sentença cível mencionada, a empresa “Informática ABCZ”, mesmo revel, poderá recorrer da decisão. Para isso, deverá respeitar os pressupostos recursais, dentre eles, além da tempestividade, o recolhimento do preparo. O preparo consiste nas custas do processamento do recurso que devem ser recolhidas no momento da sua interposição. Caso não seja recolhido, a consequência é a deserção. Entretanto, com a atual sistemática do Código de Processo Civil, o não recolhimento do preparo na interposição do recurso não gera a imediata deserção. De acordo com o art. 1007, §4º do CPC, a parte deverá ser intimada, na pessoa de seu advogado, para recolher o preparo em dobro.

5 - No caso de Melinda a alteração seria ilícita. De acordo com o artigo 468 da CLT, nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento das partes, e ainda assim que não resultem em prejuízo para o trabalhador. Portanto a alteração contratual proposta pelo empregador é nula de pleno direito de acordo com o artigo 9º da CLT, porque afronta, além do princípio da inalterabilidade do contrato de trabalho em prejuízo do empregado, como também o princípio da irredutibilidade salarial previsto no artigo 7º, VI da Constituição Federal, além do princípio protetor que norteia o Direito Laboral.

4.3 MELHORES PARECERES – 1º BIMESTRE

PARECER JURÍDICO

Consultentes: Carlos Daniel e Melinda

EMENTA: DIREITO CIVIL. GARANTIA HIPOTECÁRIA. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL QUE RECAI HIPOTECA. POSSIBILIDADE. NULIDADE DE CLÁUSULA QUE PROÍBE O PROPRIETÁRIO DE ALIENAR BEM HIPOTECADO. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONDUTA PREVISTA NA LEI 11.343/2006. DIREITO PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE REGISTRO. ILICITUDE DA PROVA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REVELIA. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO PELO REVEL. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS. DIREITO DO TRABALHO. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO E CONSEQUENTE REDUÇÃO SALARIAL. ILICITUDE. VIOLABILIDADE DO ARTIGO 468 DA CLT.

1 RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada por Carlos Daniel, sócio proprietário da “Informática ABCZ” e sua esposa Melinda, professora, acerca de questões jurídicas.

Carlos Daniel é sócio proprietário juntamente com Bruno Chavez, da empresa “ABCZ – Digital Advisory”, que atua no ramo de assessoria digital a clientes corporativo.

Decorridos cinco anos de muito empenho por parte dos sócios, a “ABCZ” já contava com imóvel próprio e garantia bons lucros, proporcionando melhor padrão de vida, tanto para Carlos Daniel, como para Bruno.

Diante da evolução da “ABCZ” e a carência dos serviços de assessoria digital na região de Campinas, surgiu então a oportunidade de expandir a atuação da empresa.

Assim, os sócios recorreram a um empréstimo junto ao “Banco Beta” para obtenção do valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), cujo pagamento foi firmado em 360

prestações de R\$2.777,77 (dois mil, setecentos e setenta e sete reais e setenta e sete centavos), sendo acrescidos juros de 5% ao mês, sendo a última parcela vincenda em 2033, sendo oferecida como garantia real o imóvel pertencente à empresa.

Considerando que o imóvel da “ABCZ” possuía valor inferior ao da dívida contraída, com a devida anuência de sua esposa, Melinda, Carlos Daniel deu o imóvel pertencente ao casal também em garantia.

A fim de conseguir capital para investir na empresa, Bruno Chavez acabou se aliciando ao tráfico de drogas, passando então a ostentar vida de alto padrão, o que acabou despertando a atenção da polícia.

Numa determinada tarde, ao fim do expediente, dois investigadores da Polícia Civil (Aurélio e Jonas) apanharam Bruno enquanto ele saía da empresa, levando-o para local afastado da cidade, onde, sob torturas, fizeram-no confessar a importação de cocaína e o local de armazenamento, sendo este a sede da empresa.

Em vistoria à “ABCZ”, os investigadores encontram substância ilícita preparada para comércio, bem como um revólver calibre 38, municiado e com a numeração intacta, o qual a posse foi atribuída a Carlos, conforme afirmação de Bruno, que ainda se encontrava sob tortura.

Bruno foi preso, sendo a prisão em flagrante rapidamente convertida em prisão preventiva. Quanto à Carlos Daniel foi instaurado inquérito policial para apurar se havia envolvimento da parte dele com o tráfico, e também para colher elementos sobre a posse da arma de fogo apreendida da sede da “ABCZ”.

Ao prestar esclarecimentos, Carlos Daniel afirmou desconhecer sobre o armazenamento de cocaína na empresa, como também ignorava o envolvimento de Bruno com o tráfico de entorpecentes.

Quanto à arma de fogo, admitiu ter a posse do inanimado, sendo então, preso em flagrante pelo crime de posse ilegal de arma de fogo, sendo liberado após pagamento da fiança no importe de um salário mínimo.

Ao fim das investigações, Carlos e Bruno foram denunciados pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, sendo que Carlos foi também denunciado pela posse ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Recebida a denúncia pelo magistrado, prosseguiu-se a citação de Bruno, ainda encarcerado, e de Carlos, que já se encontrava em liberdade.

No mesmo dia da citação no processo criminal, Carlos Daniel tomou conhecimento de que sua empresa havia sido condenada, sob revelia, ao pagamento de R\$10.000,00 (dez mil reais) a um cliente, decorrente da não prestação de assessoria contratada, sendo certo que a sentença condenatória seria publicada nos próximos dias. Soube ainda, que a empresa fora devidamente citada via correio, mas que Bruno omitiu o fato, não tendo comunicado à Carlos o ocorrido para que fosse providenciada a defesa em tempo hábil.

De outra banda, Melinda, esposa de Carlos Daniel, foi solicitada a comparecer perante o setor de Recursos Humanos da escola em que lecionava, a fim de assinar concordância com a redução de sua jornada de trabalho e, conseqüentemente, redução salarial, sob a ameaça de que uma negativa de sua parte acarretaria no seu imediato desligamento do quadro de funcionários.

Melinda se recusou a assinar a documentação apresentada, e, juntamente com seu esposo, Carlos Daniel, buscou orientação para dirimir todas as dúvidas inerentes aos problemas enfrentados.

É o relatório. Passo a opinar.

2 FUNDAMENTAÇÃO

No que concerne às indagações na esfera do Direito Civil, cumpre esclarecer que a garantia hipotecária se resume na entrega da coisa ao credor, como garantia de uma obrigação adquirida.

Segundo o insigne Sílvia Rodrigues (1980, p. 369), a hipoteca “é o direito real recainte sobre um imóvel, um navio ou um avião, que, embora não entregues ao credor, o asseguram, preferentemente, do cumprimento da obrigação¹”.

Assim, no caso em tela, a hipoteca significa que Carlos Daniel deu seu imóvel como garantia do empréstimo contraído para a expansão da empresa “ABCZ”.

Em caso de não adimplemento da obrigação, o Banco Beta poderá executar judicialmente o bem dado em garantia, para com o produto apurado em leilão judicial, dar quitação à dívida.

Quanto à possibilidade de alienação, o imóvel hipotecado pode ser vendido pelo devedor, sem necessidade de prévia anuência de seu credor, sem, no entanto, excluir o direito dele na sequência desse bem.

Deverá ser observado o teor do artigo 1.475, do Código Civil Brasileiro: “É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado”.

Por se tratar de direito real, a hipoteca permanecerá sobre o imóvel, ainda que se concretize a alienação do bem.

Nos dizeres de Chalhub (2009, p. 224):

“[...] como se sabe, na hipoteca o bem permanece no patrimônio do devedor e, assim, sendo ele, o devedor, titular do domínio sobre o imóvel, pode constituir sobre ele novos gravames e até mesmo vendê-lo, hipótese em que, por força da sequência, o gravame hipotecário passa à responsabilidade do adquirente²”.

A hipoteca de um bem se extingue nas hipóteses previstas no artigo 1.499 do Código Civil, *in verbis*:

¹ RODRIGUES, Sílvia. **Direito Civil**. v. 5, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

² CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Art. 1.499. A hipoteca extingue-se:

I - pela extinção da obrigação principal;

II - pelo perecimento da coisa;

III - pela resolução da propriedade;

IV - pela renúncia do credor;

V - pela remição;

VI - pela arrematação ou adjudicação.

Pondera-se, por fim, que a hipoteca do imóvel de Carlos Daniel, em regra, persistirá até a quitação da dívida contraída, ou ainda, nas demais hipóteses previstas no artigo supramencionado.

Ao que tange as dúvidas referentes ao Código Penal, necessário se faz adentrar na Lei 11.343/2006, para entender quais são as condutas previstas para que se configure o crime de tráfico de drogas. Segue, *in verbis*:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Com base na legislação supramencionada, pode-se facilmente concluir que Carlos Daniel não é responsável pelo crime de tráfico de drogas, considerando-se que ele não praticou nenhuma das condutas típicas enunciadas.

Adiante, sobre a possibilidade de Carlos Daniel ser acusado pelo crime de associação para o tráfico, não deve prosperar, devendo ser observado o disposto no artigo 35, também da Lei 11.343/2006, que prevê:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei (Grifo nosso):

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei.

No caso apresentado não houve qualquer participação associativa de Carlos Daniel nos crimes previstos nos artigos 33 e 34 da Lei 11.343/2006, uma vez que é necessário para sua configuração o *animus* associativo e a comprovação da existência de vinculação duradoura.

Neste diapasão, considerando-se que não houve qualquer demonstração de que Carlos se associou de forma estável, deve de imediato ser refutada a aplicabilidade do artigo 35 da Lei de Drogas.

Ainda atendendo ao questionamento de ordem Penal, insta frisar que condutas como possuir, guardar ou ter em depósito arma de fogo, mas sem registro, ainda que *intramuros* e completamente carentes de ofensividade à segurança pública, configuram crime previsto na Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento, cominando em pena de detenção e multa, conforme segue:

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Na situação descrita por Carlos Daniel, portanto, a posse ou manutenção de arma de fogo na empresa, sem o respectivo registro válido, configura crime, com tipificação nos artigos 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento, não incorrendo agravante da pena por se tratar de arma de fogo de uso permitido.

Há de se ressaltar que caso Carlos Daniel seja denunciado/condenado pela posse ilegal de arma de fogo, poderá arguir a nulidade do processo/sentença com base na ilicitude da prova.

Tem-se, no caso em tela, provas ilícitas por derivação, que são aquelas provas obtidas de forma lícita (busca e apreensão), porém a que a ela se chegou por intermédio da informação extraída de prova ilicitamente colhida, ou seja, ainda que a conduta de Carlos seja configurada crime, a tortura a que foi submetido Bruno para que os agentes policiais chegassem até o local que se encontra o revólver, é vedada.

Logo, a prova ilícita por derivação fica maculada pela prova ilícita da qual ela derivou, sendo este instituto conhecido como a teoria dos frutos da árvore envenenada, criada pela Suprema Corte Americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos, ocasionando então, a nulidade do processo.

No âmbito Processual Civil, conforme o artigo 346 do CPC/15, ainda que o réu incorra em revelia, assim como é o caso da “ABCZ”, não será impedido de comparecer ao processo em qualquer de suas fases, mas o receberá no mesmo estado que se encontrar.

Se ocorrer a interposição de recurso, como a empresa ainda não conta com patrono constituído nos autos, o prazo inicia-se na data da publicação dos atos decisórios em cartório, sendo dispensável a intimação. Veja:

Art. 346. Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial.

Parágrafo único. O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.

Se faz necessário o recolhimento das custas processuais para a interposição do recurso de apelação, sob pena de deserção, nos moldes do artigo 4º da Lei Estadual nº 11.608/2003, que assim dispõe:

Art. 4º. O recolhimento da taxa judiciária será feito da seguinte forma:

[...]

II - 4% (quatro por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 511 do Código de Processo Civil, como preparo da apelação e do recurso adesivo, ou, nos processos de competência originária do Tribunal, como preparo dos embargos infringentes; (NR);

[...]

§ 1º Os valores mínimo e máximo a recolher-se, em cada uma das hipóteses previstas nos incisos anteriores, equivalerão a 5 (cinco) e a 3.000 (três mil) UFESPs - Unidades Fiscais do Estado de São Paulo, respectivamente, segundo o valor de cada UFESP vigente no primeiro dia do mês em que deva ser feito o recolhimento.

§ 2º Nas hipóteses de pedido condenatório, o valor do preparo a que se refere o inciso II, será calculado sobre o valor fixado na sentença, se for líquido, ou, se ilíquido, sobre o valor fixado equitativamente para esse fim, pelo MM. Juiz de Direito, de modo a viabilizar o acesso à Justiça, observado o disposto no § 1.º.

[...].

Neste sentido têm sido o entendimento jurisprudencial, por analogia:

APELAÇÃO CÍVEL - RÉU REVEL - MATÉRIA FÁTICA VENTILADA NAS RAZÕES RECURSAIS - IMPOSSIBILIDADE - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. Operado o efeito da revelia, o réu revel poderá ainda se manifestar em sede de apelação quanto às matérias de ordem pública e às questões jurídicas enfrentadas na sentença, não cabendo discutir questões

fáticas que não tenham sido objeto de exame pelo juiz singular, em razão da preclusão. - Segundo o princípio da proibição da inovação recursal, é defeso às partes levantarem pela primeira vez, no recurso de apelação, questões fáticas sobre as quais o juiz não pode pronunciar-se de ofício (Grifo nosso)³.

Por fim, quanto à questão do âmbito do Direito do Trabalho, a proposta apresentada à Melinda não é lícita, ainda que ela concordasse, partindo do pressuposto de que qualquer alteração a ser feita no contrato de trabalho, seja de maneira unilateral ou bilateral, não pode produzir qualquer efeito que resulte em supressão do salário do empregado, sob pena de incorrer em nítida violação ao disposto na Constituição Federal, art. 7º, VI:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...].

Em atenção ao artigo supramencionado, deve ainda ser relacionado ao que dispõe a CLT, que por sua vez, veda expressamente qualquer alteração que ocasione prejuízos ao empregado:

Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

[...].

No caso de Melinda, poderiam as partes convencionar a redução da jornada laborativa, desde que não ocorra qualquer redução do salário percebido.

3 CONCLUSÃO

Diante o exposto, respondendo aos questionamentos apresentados pelos senhores Carlos Daniel e Melinda, conclui-se que:

³ TJ-MG – AC:106377140032086001 MG, Relator: Shirley Fennzi Bertão, Data de Julgamento: 06/12/2017, Câmaras Cíveis/11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/12/2017.

1. A hipoteca significa que Carlos Daniel deu seu imóvel como garantia do empréstimo contraído para a expansão da empresa “ABCZ”. O imóvel, ainda sob hipoteca, pode ser vendido pelo devedor, sem necessidade de prévia anuência de seu credor, sem, no entanto, excluir o direito dele na sequência desse bem, sendo nula cláusula em sentido contrário. Vale ressaltar que a hipoteca permanecerá sobre o imóvel, ainda que se concretize a alienação do bem, sendo extinto o gravame hipotecário apenas quando ocorrer o total cumprimento da obrigação.

2. Quanto à possibilidade de Carlos Daniel ser responsabilizado pelos crimes de tráfico de drogas e/ou associação ao tráfico de drogas, tais acusações não deverão prosperar, visto que ele não praticou nenhuma das condutas previstas na Lei 11.343/2006, logo, não há que se falar em conduta criminosa a ser penalizada.

3. No tocante ao crime de posse ilegal de arma de fogo, em decorrência da posse ou manutenção do revólver .38 sem o respectivo registro válido, configura-se crime, com tipificação nos artigos 12, 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento, não incorrendo agravante da pena por se tratar de arma de fogo de uso permitido. Porém, em caso de condenação pela posse ilegal do inanimado, Carlos Daniel poderá arguir nulidade com base na ilicitude das provas, conforme explanado.

4. Sobre a possibilidade da empresa “ABCZ” apresentar recurso em processo que é revel, é permitida a interposição de recurso de apelação, devendo ser observadas as peculiaridades decorrentes da revelia. Para tanto, é necessário o recolhimento das custas processuais, sendo o valor de 4% calculado sobre o valor da causa ou da condenação, observados os valores mínimo e máximo, conforme estabelece a Lei Estadual 11.608/2003, sob pena de deserção.

5. Já em atenção ao exposto por Melinda, a proposta apresentada pelo empregador não é lícita, estando em dissonância ao disposto na Constituição Federal, art. 7º, VI, ferindo também o artigo 468 da CLT, que veda expressamente qualquer alteração que ocasione prejuízos ao empregado.

É o parecer.

São João da Boa Vista, SP, 10 de setembro de 2018.

ANDRÉ LUIS JACINTHO DOS SANTOS

RA 15002642

GIOVANNA FERREIRA DOS SANTOS

RA 15002913

GLAUCIO HENRIQUE DOTTA JUNIOR

RA 15002924

PARECER JURÍDICO

SOBRE A DEFESA DE CARLOS DANIEL FACE A ACUSAÇÃO DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO DE DROGAS, IMÓVEL HIPOTECADO COMO TAMBÉM UM PARECER SOBRE MELINDA MEDIANTE REDUÇÃO DE SALÁRIO

I – DOS FATOS

Trata o presente sobre consulta solicitada pelas partes acima para a situação em torno dela, conforme segue:

Carlos Daniel ingressou na sociedade de uma empresa de assessoria digital a clientes corporativos, denominado ABCZ-Digital Advisory, sucumbindo assim, à proposta de seu amigo de infância, Bruno Chavez, para abertura dessa uma empresa acima citada.

A expansão gradual da empresa possibilitou, após decisão dos sócios Carlos e Bruno, aumentarem seu potencial de alcance e, conseqüentemente, seus lucros, abrindo uma filial em Campinas-SP da empresa ABCZ-Digital Advisory, até então localizada somente em São José dos Campos.

Para a abertura adequada da filial em Campinas-SP, dependeria do investimento de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), quantia essa que eles não tinham, assim, mediante disso, os sócios recorreram a um empréstimo junto ao “Banco Beta”, que exigiu uma garantia real, oportunidade que Carlos ofereceu uma imóvel como garantia de pagamento, isto é, sua própria casa, com total autorização de Melinda, bem como o imóvel da empresa, para garantir o empréstimo, assim sendo, o Banco obteve uma garantia hipotecária, liberando assim a quantia solicitada em troca de 360 prestações de R\$ 2.777,77 (dois mil e setecentos e setenta e sete reais e setenta e sete centavos), mais juros de 5% (cinco por cento) ao mês, sendo a última parcela a se vencer em setembro de 2033.

No entanto, um investimento foi exigido do outro sócio, Bruno, que, diante da incapacidade financeira de cooperar, recorreu a supostas atividades ilícitas, segundo a Procuradoria Geral da República, tráfico de drogas.

Mediante uma investigação, os policiais civis abordaram Bruno ao deixar a sede da empresa, quando o prenderam em flagrante por importar e armazenar drogas no depósito da sede da empresa ABCZ. A polícia também encontrou uma arma de calibre 38 de propriedade de Carlos Daniel, o que levou à sua prisão em flagrante.

A prisão foi em flagrante de Bruno foi convertida em preventiva, e pagando a fiança arbitrada no caso de Carlos, o primeiro foi acusado de tráfico de drogas e associação para o tráfico, e o segundo, por tráfico de drogas, associação por tráfico e posse ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Ao mesmo tempo, Carlos descobriu que havia condenação na área cível que sua empresa fora condenada a pagar R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a um cliente, mas a empresa estava revel no processo.

Não obstante, Melinda, esposa de Carlos, foi chamada no setor de Recursos Humanos da escola em que trabalhava para assinar um documento de concordância com a redução da sua jornada de trabalho e consequente diminuição do seu salário, oportunidade que recusou e motivou a sua demissão.

Estudada a matéria, passamos a opinar.

II – DOS FUNDAMENTOS

A garantia hipotecária, à luz da doutrina civilista, é o direito assegurado ao credor de receber, como garantia da dívida contraída pelo devedor, uma propriedade imobiliária ou similar, trata-se da chamada execução hipotecária, prevista nos arts. 31 e 32 do Decreto-lei nº 70/1966.

A necessidade de apresentar a hipoteca é necessária como garantia ao

credor que o devedor honrará com sua dívida, contra a qual, não cumprindo esta obrigação, o bem poderá ser leiloado e dado como valor para a aprovação da dívida.

No que diz respeito à possibilidade de venda, a venda de imóvel hipotecado é perfeitamente possível - a cláusula que proíbe a venda do imóvel hipotecado é nula de pleno direito, artigo 1475 Código Civil.

A cláusula que proíbe a venda do imóvel hipotecado é nula de pleno direito, mas o terceiro que adquire o imóvel hipotecado tem assunção cumulativa da dívida hipotecaria, além disso em que pese a nulidade da cláusula proibitiva de venda, é possível que se de pacto de vencimento antecipado da dívida para os casos de alienação de imóvel hipotecado.

No sentido de que o devedor não fica privado do seu *jus disponendi*, já decidiu o TST:

HIPOTECA. ALIENAÇÃO DO BEM. POSSIBILIDADE. O caput do artigo 812 do Código Civil (de 1916) assegura que "o dono do imóvel hipotecado pode constituir sobre ele, mediante novo título, outra hipoteca, em favor do mesmo ou de outro credor" e o do artigo 815 do Código Civil (de 1916) esclarece que "ao adquirente do imóvel hipotecado cabe igualmente o direito de remi-lo"; por conseguinte, tem-se que o devedor não fica privado do seu *jus disponendi* e o título hipotecário não obsta a alienação do bem dado em garantia. Recurso desprovido. (TST, ROMS 99578/1993, DC, Rel. Min. Moacyr Roberto Tesch Auersvaldm, *DJU*, 25-9-1998, pág.210).

Assim, o artigo 1.499 enumera as causas que conduzem à extinção da hipoteca, podendo está permanecer até a extinção da coisa principal:

Art. 1.499. A hipoteca extingue-se:
I - pela extinção da obrigação principal;
II - pelo perecimento da coisa;
III - pela resolução da propriedade;
IV - pela renúncia do credor;
V - pela remição;
VI - pela arrematação ou adjudicação.

Sobre o questionamento da possibilidade de enquadrar o crime de tráfico de drogas para Carlos, assim diz o artigo 33, III, da Lei 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente,

sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Assim, acredita-se que Carlos, na menor possibilidade de permitir que seu parceiro utilize o galpão de armazenamento de drogas, mesmo que não houvesse autorização explícita, será responsável pelo crime que acusou.

Uma situação diferente é o crime mencionado no artigo 35 da referida Lei de Drogas, uma associação para o tráfico, também atribuída a Carlos. Para que esta transgressão aconteça, se faz necessário e muito mais importante seria apontar o dolo em associar-se a fim de concretizar a realização do tráfico, o que, nesse caso, não aconteceu.

Basta um olhar mais atento e cuidadoso para perceber que Carlos só pode ser acusado de tráfico de drogas ante a sua conduta culposa, de modo que ele não possa se aglomerar para praticar conduta dolosa que ele nunca fez.

Sob o delito de posse ilegal de uma arma de fogo de uso permitido, sabe-se que a doutrina e a jurisprudência permitem a denúncia daquele que discorda da determinação legal ou regular a arma de fogo, sendo assim, por não ter permissão para o uso, Carlos poderia responder por este crime se não fosse o modo pelo qual as autoridades policiais chegaram ao fato delituoso.

Toda confissão colhida por meio de tortura, em que o réu afirma o local onde se encontra o produto do crime, que vem a ser posteriormente apreendido, é uma prova ilícita. A prova ilícita por derivação é conhecida como a “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*the fruit of poisonous tree*), criada pela Suprema Corte norte-americana, onde o vício da planta se transmite a todos os seus frutos, sendo que aqui no Brasil a tortura é vedada pela Carta Maior (Constituição).

Quanto ao processo cível, a empresa ABCZ é revel, pois Bruno recebeu a carta de citação via correio, mas optou por não informar esse fato a Carlos, quem

normalmente contratava advogados para a defesa da empresa em juízo. Sendo assim, seu sócio Carlos e nem mesmo Bruno compareceram ou nomearam advogados para representar a Pessoa Jurídica.

Somente será possível recorrer da sentença, a saber, Recurso ou Apelação, se a questão a ser recorrida for de direito e não de fato, considerando que os fatos foram caracterizados como sendo verdadeiros, uma vez que não houve constatação. Para apelar, será necessário depositar o valor recursal e das custas processuais.

No caso de Melinda, de acordo com o princípio da inalterabilidade lesiva, o contrato poderá ser alterado com o mutuo consentimento, mas somente para beneficiar o trabalhador.

E com relação aos princípios ofendidos temos o da Imperatividade das normas trabalhista, onde nos diz que as normas trabalhista não devem ser alteradas de modo a fraudar os direitos do trabalhador e que deve-se obedecer as regras mínimas estipuladas pela Constituição e pela CLT, onde, com exceção de alguns casos previstos em lei, elas não poderão ser suprimidas ou negociadas para reduzir os direitos do trabalhador (súmula 437,II, do TST).

E, como dito anteriormente temos, também, a violação do princípio da inalterabilidade lesiva, pois Melinda somente deveria aceitar a alteração do contrato desde que a beneficie. Continuando temos o princípio da continuidade da relação de emprego que visa evitar a dispensa arbitrária e privilegia os contratos por prazo indeterminado (Súmula nº 212 do TST). Dando seguimento temos o princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos direitos trabalhistas que nos diz que os direitos previstos nas normas trabalhistas são irrenunciáveis (art. 9º da CLT).

E por fim, não menos importante, o princípio irredutibilidade salarial (exceção - norma coletiva – art. 7º, VI, da CF) Que diz que o salário é irredutível. Ademais, compete destacar que o artigo 503 da CLT e a lei 4.923/65 foram revogados, não havendo falar em redução de jornada ou limite para redução do salário. E neste princípio também se encontra o subprincípio da Intangibilidade Salarial (descontos no salário) onde nos diz que o empregador não poderá efetuar descontos no salário

se não aqueles previstos em lei (IRPF, INSS, pensão alimentícia etc).

III - DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, respondendo a cada um dos questionamentos formulados na consulta, opino pela solução das questões aqui levantadas e fundamentadas.

É o parecer

São João da Boa Vista, 15 de setembro de 2018

Gilnei Mattiello - RA 17001227

Jeferson Moreira

Rodrigo Augusto Tito da Silva RA 15001241

OAB/SP XXXXXXXX

4.4 CRÔNICA E PADRÃO DE RESPOSTA – 2º BIMESTRE

7º Módulo - Direito

DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE

Os alunos, individualmente ou em duplas ou trios **(mantidas as formações do bimestre anterior)**, devem elaborar um Parecer Jurídico Interdisciplinar (cujos modelos, à sua escolha, estão à disposição no *Google Classroom*) que aborde todas as unidades de estudo do módulo a partir do caso hipotético apresentado abaixo.

OBJETIVOS

Auxiliar o aluno a preparar-se para que ele seja:

- competente do ponto de vista técnico, político e ético, plenamente cômico de sua responsabilidade na tomada de decisões;
- preparado para problematizar o processo de trabalho no campo do Direito, explorando suas contradições em favor das demandas legítimas da sociedade brasileira;
- capaz de analisar, interpretar e aplicar os conhecimentos adquiridos no curso, buscando novas respostas aos problemas apresentados, exercitando sua autonomia técnico-intelectual;
- comprometido com a formação permanente, com o diálogo e com a convivência guiada pela ética da solidariedade, preocupado com os problemas de seu tempo e de seu espaço;
- apto a constituir-se referência de qualidade nos serviços por ele prestados, individual, associada ou coletivamente, ensinando e desenvolvendo a cidadania pelo exemplo ativo e atuante;
- competente para identificar necessidades individuais e coletivas, interferindo na alteração do perfil social, econômico e político do

país, desenvolvendo formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos;

- dotado de sólida formação humanística, técnica e prática, compreendendo a complexidade do fenômeno jurídico e as transformações sociais, bem como a gênese, fundamentos, evolução e conteúdo do ordenamento jurídico vigente.

INSTRUÇÕES

- O Parecer Jurídico será elaborado tendo como base o caso hipotético anexo, em que deverão ser respondidos questionamentos formulados no formato de consulta.
- Não haverá orientação **específica** dos docentes para a solução dos questionamentos formulados, todavia, eles **deverão abordar os conteúdos, ainda que superficialmente, em suas aulas**. Espera-se que os estudantes busquem as informações necessárias e complementares em todos os meios disponíveis (material de aula, biblioteca, *sites* jurídicos, entrevistas com profissionais da área, pesquisa de campo, etc), uma vez que o caso não é fácil e a solução não é óbvia.
- Cada grupo deverá entregar um único Parecer Jurídico em formato digital (**arquivo.pdf**), enviando o arquivo na pasta do *Google Classroom* dedicada à sua entrega.
- **Prazo de entrega: 12/11/2018**
- O padrão de resposta esperado será divulgado no dia 13/11/2018

PONTUAÇÃO:

O valor máximo a ser acrescido na nota P1 de cada um dos professores das unidades presenciais do módulo será o de dois pontos. O valor a ser atribuído será o resultado da média obtida pela soma das notas individuais dos professores, dividida por cinco, admitindo-se apenas um décimo após a vírgula e sem aproximação. As notas dos professores serão atribuídas da seguinte forma:

- 0,0 (zero), caso não seja entregue o parecer no prazo

- 0,5 (meio), caso o parecer seja considerado ruim
- 1,0 (um) caso o parecer seja considerado regular
- 1,5 (um e meio) caso o parecer seja considerado bom
- 2,0 (dois), nota destinada apenas aos pareceres passíveis de publicação oficial, na opinião do professor.

CASO HIPOTÉTICO

Na pacata cidade de Guaranésia, interior de Minas Gerais, Alberto conhece Giana e ambos começam a viver um romance. Alberto é metalúrgico e Giana é professora em uma escola de ensino fundamental. O casal decide se casar, pelo regime da comunhão universal de bens; no momento em que preparam toda a documentação para o casamento, Alberto revela a Giana que já fora casado e desta união possui dois filhos: Bruno e Caio.

Giana se espanta, mas, apaixonada como estava, decide por manter a decisão e ambos se casam. Além disso, Alberto esclarece que a guarda dos meninos ficou com sua ex-mulher, que se mudou para Campo Grande, no Mato Grosso do Sul e, assim, não mais teve contato com os infantes.

Passados dois meses de casados, Alberto é transferido para uma unidade da metalúrgica em que trabalha, localizada na cidade de Alfenas, também Estado de Minas Gerais. Por ocasião da mudança, Alberto e Giana unem esforços financeiros e compram uma casa em um bairro de Alfenas e lá passam a residir. Nesta mesma ocasião, Giana descobre que está grávida. Tempos depois, Giana dá à luz a um menino chamado Pedro.

Pedro passa a infância na cidade de Alfenas e, quando completa seis anos de idade, recebe a notícia do falecimento de seu pai, Alberto, em razão de um infarto do miocárdio. Mãe e filho passam a viver sozinhos na residência que fora adquirida.

O tempo vai passando e, já com vinte e seis anos de idade, Pedro é contratado como ajudante de serviços gerais em uma indústria da cidade de Alfenas, passando a receber um salário mensal de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Animado com o novo emprego, o rapaz também acaba por conhecer Célia, sua colega de função na empresa. Em razão do convívio quase que cotidiano, o casal se aproxima e passam a nutrir, um pelo outro, um sentimento nobre, até que se apaixonam e começam a namorar.

Célia é uma moça simples, meiga e muito dedicada. Ela reside com seus pais, Carlos e Maria e com seu irmão mais velho, Tiago e sua esposa Denise. Embora seja uma família humilde, há alguns problemas: Denise está grávida e o casal não havia planejado a gravidez.

Em razão disso, Tiago passou a rejeitar a esposa, tratando-a com indiferença e com rispidez; já Denise passa a apresentar problemas na gravidez, tornando-se uma pessoa deprimida e irritadiça, deixando, inclusive, de realizar acompanhamento médico essencial.

Em certa manhã, Denise começa a sentir dores indicativas de que iniciara o trabalho de parto. Tiago, que naquela ocasião ainda estava em casa, leva Giana às pressas à maternidade da cidade de Alfenas e, pouco tempo lá chegando, Denise dá à luz a um menino, que o casal coloca o nome de Otávio.

Em razão de complicações no parto, decorrentes da negligência de Denise em realizar o acompanhamento pré-natal, Otávio nasce abaixo do peso e, para tanto, necessita ficar em observação na maternidade. Mesma situação ocorre com sua mãe, que, por determinação médica, também fica internada no local por alguns dias.

Porém, em determinada noite, acompanhada de Tiago, Denise pede a ele que vá até a ala da maternidade em que está seu filho e o traga para o quarto. Tiago o faz e, Denise, ao ver a criança, sente uma enorme sensação de repulsa e uma vontade extrema de colocar fim à vida do infante. Ao ver uma toalha que se encontrava sobre a cama, Denise a

enrola no pescoço de Otávio e começa a aperta-la. Tiago, vendo tal atitude, nada faz para conter a esposa; mas, uma enfermeira que entra no quarto no momento, vê a cena e prontamente impede com que a mãe, psicologicamente atormentada, coloque fim à vida de seu filho.

Acionado todo o corpo médico do hospital, é chamada a Polícia Militar e o casal é preso em flagrante delito. Instaurado o auto de prisão em flagrante e remetida as peças ao Ministério Público, este acaba por requerer a conversão do flagrante em prisão preventiva, o que é concedido pelo juiz da 1ª Vara Criminal de Alfenas.

Na decisão, o magistrado menciona como razão de decidir que a prisão preventiva de Tiago e Denise é medida que se impõe em razão da garantia da ordem pública, pois o crime gerou grande clamor público naquela cidade e para assegurar a aplicação da lei penal. Tiago e Denise são recolhidos à prisão, enquanto o recém nascido fica mantido na maternidade.

Não obstante todo o ocorrido, a família de Célia passa a sofrer os efeitos da conduta praticada por Tiago e Denise. Um dos vizinhos, certo dia, passa por Célia e seus pais e brada, diante de muitas pessoas, que aquela era uma "família de assassinos de bebês!". Sentindo-se extremamente ofendida, a moça decide procurar um advogado para intentar ação judicial em face deste vizinho. A ação de indenização por danos morais é promovida e no pedido inicial, é realizado pedido de concessão de gratuidade da justiça, que é indeferido pelo magistrado da 1ª Vara Cível de Alfenas. Ocorrendo o indeferimento, o advogado informa a Célia que esta deveria recolher as custas processuais, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e que não caberia qualquer recurso da decisão que indeferiu o pedido.

No que concerne aos fatos criminosos, não somente Célia passa a sofrer com a ação criminosa de Tiago e Denise: os fatos também passam a afetar Pedro, seu namorado.

Em certa ocasião, durante o horário de almoço na empresa, um de seus colegas de trabalho se aproxima e diz a Pedro que seria melhor que ele terminasse o relacionamento e deixasse de se envolver com uma “assassina”. O rapaz, ao ouvir tais palavras, desfere um soco, com tamanha força, no rosto do colega que este vem a ter o maxilar quebrado.

Em razão de tal conduta, Pedro é chamado ao setor de recursos humanos e vem a ser dispensado por justa causa.

As situações se agravam.

Dias depois de sua dispensa do trabalho, Pedro recebe a notícia do falecimento de sua mãe, dona Giana. Agora sozinho, sem qualquer outro parente próximo, Pedro pede a Célia que passe a residir com ele em sua residência e sua namorada acaba por aceitar.

Também, em razão da morte da mãe, Pedro decide nada a fazer com relação ao inventário do único imóvel da família. Entretanto, ao conversar com um parente do lado de seu pai, fica sabendo que antes do casamento com sua mãe, Giana, seu pai teve dois filhos - Bruno e Caio - e que estes tomaram conhecimento de que seu pai tinha um imóvel na cidade de Alfenas e que iriam reivindicá-lo como herdeiros do *de cujus*.

Diante de todo este caso, o Pedro e Célia o procuram para que lhe forneçam um parecer fundamentado, respondendo aos seguintes questionamentos.

DIREITO CIVIL:

01 - Bruno e Caio possuem direito sobre a casa em que Pedro vive?

02 - Poderia Pedro usucapir a parte do imóvel que seria devido aos filhos anteriores de Alberto?

DIREITO PROCESSUAL CIVIL:

01 - Quanto ao pedido de concessão da gratuidade da justiça formulado por Célia, há previsão em lei para isso?

02 - Estaria correto o advogado contratado dizer que não cabe recurso algum da decisão que negou o pedido? Se não, qual seria o recurso cabível. Justifique.

DIREITO PENAL:

01 - A conduta praticada por Denise, configura alguma espécie de crime? Deve ela responder por algo?

02 - E Tiago? Teria também praticado algum delito?

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

01 - No caso da decretação da prisão preventiva, a decisão preenche os requisitos da lei?

02 - Há recurso cabível contra tal decisão?

03 - Poderia ser alegado algum benefício legal em favor de Denise para que a prisão preventiva fosse revogada?

DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO:

01 - Foi correta a decisão do empregador em despedir por justa causa Pedro em razão da conduta praticada? Justifique.

02 - Quais as consequências da demissão por justa causa? É possível sua reversão?

PADRÃO DE RESPOSTAS DO GABARITO DO PI – 7º MÓDULO 2º BIM. 2º

SEM. 2018

DIREITO CIVIL:

01 - Bruno e Caio possuem direito sobre a casa em que Pedro vive?

02 - Poderia Pedro usucapir a parte do imóvel que seria devido aos filhos anteriores de Alberto?

Resposta:

01 – Sim, na qualidade de filhos anteriores do falecido Alberto, têm eles a condição de herdeiros diretos.

02 – Sim, é possível a Usucapião entre herdeiros, desde que o Instituto seja utilizado na modalidade Extraordinário, ou seja, após transcorridos 15 anos.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL:

01 - Quanto ao pedido de concessão da gratuidade da justiça formulado por Célia, há previsão em lei para isso?

02 - Estaria correto o advogado contratado dizer que não cabe recurso algum da decisão que negou o pedido? Se não, qual seria o recurso cabível. Justifique.

Resposta: Uma vez não transitada em julgado a sentença cível mencionada, a empresa “Informática ABCZ”, mesmo revel, poderá recorrer da decisão. Para isso, deverá respeitar os pressupostos recursais, dentre eles, além da tempestividade, o recolhimento do preparo. O preparo consiste nas custas do processamento do recurso que devem ser recolhidas no momento da sua interposição. Caso não seja recolhido, a consequência é a deserção. Entretanto, com a atual sistemática do Código de Processo Civil, o não recolhimento do preparo na interposição do recurso não gera a imediata deserção. De acordo

com o art. 1007, §4º do CPC, a parte deverá ser intimada, na pessoa de seu advogado, para recolher o preparo em dobro.

DIREITO PENAL:

01 - A conduta praticada por Denise, configura alguma espécie de crime? Deve ela responder por algo?

Resposta: Sim, a conduta praticada por Denise será criminosa, porém necessário apontar as circunstâncias que envolvem o fato para a definição do crime, assim imprescindível Laudo Pericial.

A razão para o laudo remete à questão da temporariedade do crime, a fim de distinguir o homicídio (art. 121) do infanticídio (art. 123), ambos do Código Penal.

Considerando que a doutrina e a jurisprudência não são uníssonas quanto à aplicação da expressão “logo após”, constante do tipo (art. 123), para a consideração da influência do estado puerperal da mãe, o delito somente poderá ser fixado após a devida análise pericial da situação psicológica da mãe, a fim de perfeito enquadramento do fato à norma jurídica.

Em relação ao infanticídio, aponta-se que:

Artigo 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena – detenção, de 2 a 6 anos.

O infanticídio está previsto no artigo 123 do Código Penal, e é a eliminação da vida do próprio filho, recém-nascido (acabou de nascer) ou nascente (está nascendo), praticada pela mãe, durante o parto ou logo após, mas sob influência do estado puerperal.

O referido artigo protege a vida extrauterina. Protege tanto a vida do recém-nascido (neonato) quanto do que está nascendo (nascente).

O sujeito ativo é a genitora do neoato ou nascente.

Trata-se de **crime próprio** (especial), porque exige especial atributo do sujeito ativo: ser mãe da pequena vítima.

A doutrina, para se evitar abusos, aponta para a interpretação da expressão “logo após” com características de imediatismo em relação ao tempo do crime, porém é obrigatória a análise da condição psicológica da mãe.

Para o fato narrado, caso seja afastado o crime de infanticídio (art. 123), restará para Denise a condição de responder por homicídio (art. 121), ambos do Código Penal, visto que o fato deve ser perfeitamente adequado à norma, com o preenchimento do núcleo e das elementares do crime.

Em relação ao homicídio (art.121):

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...]

Aumento de pena

§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado **contra pessoa menor de 14 (quatorze)** ou maior de 60 (sessenta) anos.

O crime é comum, assim independe da condição pessoal do autor.

Caso o fato praticado seja considerado homicídio (art.121), o mesmo terá como causa de aumento de pena o disposto no §4º, segunda parte e não o disposto no § 7º, inc. II (contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência), em razão do princípio da especialidade da norma.

Independente do crime a ser respondido por Denise estará presente, no caso em análise, as condições do art. 14, inc. II, do Código Penal, pois a agente não atingiu seu objetivo em razão de ação externa:

Art. 14 - Diz-se o crime:

[...]

Tentativa

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

02 - E Tiago? Teria também praticado algum delito?

De acordo com a redação dos art. 29 e 30, do Código Penal:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Circunstâncias incommunicáveis

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Tiago, responderá, em concurso, com Denise pelo mesmo crime a que Denise for responder, pois, de qualquer forma concorreu para a ocorrência do delito.

Caso Denise responda por homicídio, Tiago está incorrendo no disposto no art. 29. Porém, se Denise responder por infanticídio, Tiago incorrerá no previsto na segunda parte do art. 30, pois a condição de mãe acometida pela crise psicológica do estado puerperal (elementar do crime) se estenderá a Tiago.

O **concurso de pessoas** reside na hipótese da ocorrência de uma prática delitiva decorrente da empreitada de duas ou mais pessoas ligadas para tal fim, com participação consciente e voluntária das mesma na prática de determinada infração penal.

Estando presentes os seguintes requisitos:

I. **Pluralidade de condutas**: cada indivíduo pratica certo ato a fim de alcançar o objetivo criminoso. Tem-se a divisão das tarefas necessárias à execução do crime.

II. **Relevância causal entre as ações**: as condutas devem estar ligadas, de modo a completarem-se no sentido da consumação do crime.

III. **Liame subjetivo entre os agentes**: deve haver a ligação entre as vontades dos agentes, as condutas, no concurso de pessoas, são previamente combinadas e não podem fugir do acordado, configurando, portanto, um desígnio comum.

IV. **Identidade do fato**: a pluralidade de pessoas, configurado do concurso de pessoas, deve ter suas condutas direcionadas à prática do mesmo crime. As condutas devem se direcionar ao mesmo fato criminoso.

De tal modo, para falarmos em concurso de pessoas, necessariamente, deveremos analisar o preenchimento de todos os requisitos supracitados.

Em conclusão, Denise e Tiago, necessariamente responderão criminalmente, necessitando de perícia para definir o crime praticado por Denise, o qual se estenderá a Tiago por concurso de pessoas.

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

01 - No caso da decretação da prisão preventiva, a decisão preenche os requisitos da lei?

Resposta: Evidentemente que não. Entende-se como garantia da ordem pública o risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática de crimes, seja porque, uma vez solto, manteria os mesmos

estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com supostos “parceiros” do crime.

Dessa forma, quando se fundamenta a prisão preventiva para garantia da ordem pública, o que se está a fazer nada mais é do que um juízo de periculosidade do agente que, em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada do convívio social.

Lado outro, não será possível sua decretação em virtude do grau de repercussão da infração ou do clamor social provocado pelo crime, isoladamente considerados. tais argumento, por si só, não são justificativas plausíveis para a decretação da tutela cautelar.

02 - Há recurso cabível contra tal decisão?

Resposta: Há quem diga que contra a decisão que decreta a prisão preventiva cabe RESE, nos termos do art. 581, inciso V, do Código de Processo Penal. Lado outro, há os que sustentam ser tal decisão irrecorrível. Seja como for, certo é que sua decretação pode ser atacada pela via do *habeas corpus*.

03 - Poderia ser alegado algum benefício legal em favor de Denise para que a prisão preventiva fosse revogada?

Resposta: De acordo com Lei nº 13.257/16, que alterou artigos do Código de Processo Penal, gestantes ou mulheres com filhos de até 12 anos de idade e que ainda não foram condenadas pela Justiça podem requerer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

De se observar, no entanto, que a Denise atentou com a vida do próprio filho, razão única para tal benefício não lhe ser concedido, sob pena de colocar-se novamente a criança em situação de risco.

DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO:

01 - Foi correta a decisão do empregador em despedir por justa causa Pedro em razão da conduta praticada? Justifique.

Resposta: Em tese a demissão por justa causa de Pedro encontra amparo no artigo 483, alínea “h” da CLT, de onde emana o entendimento de que constitui motivo de justa causa para a dispensa motivada do empregado a prática de ato de indisciplina, o que teria restado caracterizado com a agressão praticada por Pedro contra o companheiro de trabalho.

02 - Quais as consequências da demissão por justa causa? É possível sua reversão?

Resposta: Como consequência da dispensa sem justa causa o empregado perde o direito ao recebimento das respectivas verbas indenizatórias devidas quando da dispensa sem justa causa, como por exemplo a multa de 40% sobre o saldo do FGTS, o aviso prévio indenizado e o direito ao recebimento do seguro desemprego.

Não obstante, em relação às férias e décimo terceiro salário proporcional, a questão é controvertida ante ao disposto no art. 7º, XVII, da Constituição Federal e o art. 11 da Convenção 132 da OIT, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 3.197/99 em confronto com os termos dos artigos 3º da Lei nº 4.090/62 e 7º do Decreto nº 57.155/65, e do artigo 146 , parágrafo único , da CLT.

4.5 MELHORES PARECERES – 2º BIMESTRE

PARECER JURÍDICO

Consultentes: Pedro e Célia.

EMENTA: DIREITO CIVIL. HERANÇA. USUCAPIÃO. DIREITO PENAL. INFANTICÍDIO TENTADO. CONCURSO DE PESSOAS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS. REQUISITOS DO ART. 312, CPP. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. AGRESSÃO FÍSICA POR COLEGA DE TRABALHO. JUSTA CAUSA.

1 RELATÓRIO

Alberto e Giana contraem matrimônio, e optam pelo regime de comunhão universal de bens. Durante a união, mediante o esforço de ambos, o casal adquire uma casa, localizada na cidade de Alfenas-MG, onde fixam residência.

Alberto já fora casado, e dessa união possui dois filhos, Caio e Bruno, cuja guarda permaneceu com sua ex-mulher. Após o fim do relacionamento, Alberto não manteve mais contato com os filhos.

Da união entre Alberto e Giana, nasce Pedro, que aos 6 anos de idade perde o pai e, a partir de então, passa a ser criado apenas por sua mãe, na residência adquirida anteriormente.

Pedro, aos 26 anos de idade, é contratado para exercer a função de ajudante de serviços gerais em uma indústria localizada em Alfenas, auferindo o salário de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). No novo emprego, Pedro conhece Célia, também ajudante de serviços gerais, com quem mantém um relacionamento.

Célia residia com seus pais, Carlos e Maria, e também com seu irmão mais velho Tiago e sua esposa Denise. Por conta de uma gravidez não planejada, Tiago e Denise passam por uma crise no casamento. Após o nascimento, a criança que é nomeada Otávio, necessitou de cuidados especiais, ficando em observação na maternidade, assim como Denise, que por determinação médica também ficou em observação.

Em determinada noite, a mando de Denise, Tiago vai até a ala da maternidade onde está Otávio e o leva para o quarto onde ela está. Ao pegar a criança, Denise enrola em seu pescoço uma toalha e começa a apertá-la. Tiago que presenciou a cena, nada fez para impedi-la. Uma enfermeira ao entrar no quarto presencia o ocorrido e impede Denise de continuar o enforcamento.

A Polícia Militar é acionada e Denise e Tiago são presos em flagrante delito. Após a instauração do auto de prisão em flagrante, o Ministério Público requereu a conversão do flagrante em prisão preventiva, o que é concedido pelo juiz da 1ª Vara Criminal de Alfenas.

Ao fundamentar a decisão, o magistrado argumenta que a medida deve ser imposta em razão da garantia da ordem pública, pois o crime gerou grande revolta popular na cidade, sendo essencial para assegurar a aplicação da lei penal.

Por conta da conduta de Denise e Tiago, um dos vizinhos da família de Célia, os acusou perante outras testemunhas de ser uma “família de assassinos de bebês”. Sentindo-se ofendida, Célia ajuíza ação de indenização por danos morais contra o vizinho.

O magistrado ao apreciar o pedido inicial indefere a concessão de gratuidade da justiça. O advogado informa Célia que não caberia qualquer recurso contra a decisão e a orienta a recolher custas processuais no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Pedro é dispensado de seu emprego, por justa causa, ao desferir um soco em um colega de trabalho ao lhe dizer que seria melhor que ele terminasse o relacionamento e deixasse de se envolver com uma “assassina”.

Logo após esses acontecimentos, dona Giana falece, e Célia passa então a residir no imóvel com Pedro. Quanto ao inventário do imóvel, Pedro decide por nada fazer. Contudo,

toma conhecimento que seus irmãos, Bruno e Caio, pretendem reivindicar como herdeiros a parte que lhes pertence do imóvel.

É o relatório. Passo a opinar.

2 FUNDAMENTAÇÃO

No que concerne à esfera do Direito Civil, Bruno e Caio possuem direitos sobre o imóvel que Pedro reside, por força da vocação hereditária (sucessão legítima) por conta do falecimento do genitor comum de ambos, Sr. Alberto.

Assim dispõe o Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Considerando-se que o imóvel objeto de partilha foi adquirido na constância do casamento de Alberto e Giana, abarcado pelo regime da comunhão total de bens, Pedro herdará um percentual maior que os demais, recebendo 50% do bem (meação da genitora) e mais 1/3 por parte do genitor, enquanto Bruno e Caio fazem jus somente ao percentual que era cabível ao genitor, recebendo cada um 1/3 do bem.

No tocante ao questionamento de Pedro, quanto à sua intenção de usucapir a parte do imóvel a que seus irmãos têm direito, cumpre informar que não é possível, haja vista que Pedro é herdeiro dos antigos proprietários, sendo cabível para regularização da posse e propriedade a abertura de inventário.

Acerca da inviabilidade de uso da ação de usucapião quando é caso de processar-se o inventário, tem-se o entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO. BENS IMÓVEIS. PROPRIEDADE. AQUISIÇÃO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. USUCAPIÃO. FORMA DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA. DIREITO DE SAISINE. FORMA DE AQUISIÇÃO CAUSA MORTIS. A usucapião é meio de aquisição originária da propriedade pelo exercício prolongado da posse com o ânimo de dono sem sê-lo; enquanto o direito de saisine já faz dono o sucessor causa mortis por vínculo material que se opera de pleno direito (art. 1.784 do CC). A ação de usucapião e a ação de inventário não constituem concurso eletivo de ações. Assim, carece da ação de usucapião aquele que já é proprietário por força da sucessão causa mortis. - Circunstância dos autos em que se impõe desconstituir a sentença recorrida e julgar as autoras carecedoras da ação. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA DE OFÍCIO. PROCESSO EXTINTO E RECURSO PREJUDICADO.¹

APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO (BENS IMÓVEIS). AÇÃO DE USUCAPIÃO. FEITO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. PRETENSÃO QUE DEVERIA TER SIDO BUSCADA MEDIANTE A ABERTURA DE INVENTÁRIO. POSSE E PROPRIEDADE TRANSMITIDA VIA SUCESSÃO CAUSA MORTIS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. UNÂNIME.²

No que tange às indagações no âmbito Processual Civil, é necessário esclarecer que a gratuidade judiciária é uma garantia constitucional que viabiliza a igualdade na representação em juízo, efetivando assim o acesso a cidadania, e está prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, que dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Conforme conceitua MARCACINI³, “a justiça gratuita pode ser compreendida como a isenção do recolhimento de custas e despesas (de ordem processual ou não) que se revelam necessário ao exercício de direitos e faculdades processuais inerentes ao exercício do devido processo legal”.

A concessão do benefício também está prevista no Código de Processo Civil:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

¹ Apelação Cível Nº 70059795591, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Moreno Pomar, Julgado em 11/12/2014.

² Apelação Cível Nº 70051900868, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 28/02/2013.

³ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita cit., p. 140.

Com base na legislação mencionada é notório que Célia, ao exercer a função de ajudante de serviços gerais, não possui condições de arcar com as custas sem prejuízo próprio e de sua família, uma vez que percebe o salário mensal de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Adiante, quanto a decisão interlocutória que impugnou o pedido de gratuidade de justiça, é passível de interposição de recurso de Agravo de Instrumento, conforme o teor do artigo 1.015 do Código de Processo Civil:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

[...]

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

[...]

Quanto ao recolhimento das custas, este ficará suspenso até o julgamento do recurso, como estipula o Código de Processo Civil em seu artigo 101, §§ 1º e 2º:

[...]

§ 1º O recorrente estará dispensado do recolhimento de custas até decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso.

§ 2º Confirmada a denegação ou a revogação da gratuidade, o relator ou o órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

Quanto ao recolhimento do preparo para a interposição do Agravo de Instrumento, uma vez que o recurso diz respeito justamente à alegação do agravante de que não dispõe de condições econômico-financeiras para arcar com os custos da ação, não faz sentido considerá-lo deserto por falta de recolhimento, pois ainda está sob verificação o pedido de assistência judiciária e, caso seja deferido o efeito da decisão retroagirá até o período da interposição do recurso e suprirá a ausência do recolhimento e, que porventura seja indeferido, deve ser dada oportunidade de regularização do preparo.

Ao que tange as dúvidas referentes ao Direito Penal, necessário se faz adentrar os artigos 14, inciso II, e 123, ambos do Código Penal:

Artigo 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:
Pena – detenção, de 2 a 6 anos.

Art. 14 - Diz-se o crime:

[...]

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

[...]

Conforme a legislação mencionada, pode-se facilmente concluir que a conduta de Denise, ao tentar asfixiar seu filho recém-nascido, configura infanticídio na forma tentada, pois influenciada pelo estado puerperal ela agiu com o objetivo de dar fim a vida do próprio filho, iniciando a execução, mas não sendo possível o resultado morte, por circunstâncias alheias a sua vontade, uma vez que foi impedida pela enfermeira.

Adiante, quanto a conduta de Tiago, deve-se observar o que dispõe a teoria monista temperada adotada por nosso ordenamento jurídico, segundo a qual, autores e partícipes responderão por um só crime na medida de sua culpabilidade. No Brasil, o art. 29 do Código Penal confirma a adoção da teoria monista:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Desse modo, Tiago, ao presenciar o delito, e nada fazer para impedir que Denise continuasse sua execução, poderá responder pelo crime do mesmo modo na modalidade de concurso de pessoas.

No âmbito Processual Penal, ao analisar a prisão preventiva decretada em desfavor de Tiago e Denise, necessário se faz adentrar nas possibilidades para sua decretação:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a

aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Em atenção ao exposto, é perceptível que a prisão preventiva decretada não se encontra devidamente fundamentada, visto que o clamor social não é razão para fundamentar a decisão de manutenção da ordem pública, ainda que existam correntes doutrinárias com entendimento diverso.

Ainda que por analogia, veja:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO - ROUBO MAJORADO - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APÓS CINCO MESES DOS FATOS DELITUOSOS - GRAVIDADE DO CRIME E CLAMOR PÚBLICO - MOTIVAÇÃO INIDÔNEA - AUSÊNCIA DO PERICULUM LIBERTATIS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA - ORDEM CONCEDIDA. É insuficiente para a decretação da prisão preventiva a gravidade genérica do delito e o clamor público, mormente quando a prisão foi decretada após o decurso de mais de 05 (cinco) meses da data do crime, sem qualquer fato novo a respaldar a custódia cautelar. Ausente o periculum libertatis, a liberdade é medida que se impõe. (HC 52951/2006, DES. JOSÉ LUIZ DE CARVALHO, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 31/07/2006, Publicado no DJE 14/08/2006).⁴

Para converter a decisão não há recurso propriamente dito, sendo possível utilizar-se do remédio constitucional Habeas Corpus.

Quanto à possibilidade de alegação de benefício legal para que a prisão preventiva decretada contra Denise, PODERIA ser pedida a conversão da medida em prisão domiciliar, considerando-se a pouca idade que conta a prole. Porém, como a conduta imputada à Denise consiste em atentar contra a vida do próprio filho, não há qualquer possibilidade de pedido de concessão de benefício legal neste sentido.

No que concerne aos questionamentos na esfera de Direito Individual do Trabalho, Pedro, ao agredir fisicamente seu colega de trabalho, dando-lhe um soco durante o expediente, ensejou sua dispensa por justa causa.

⁴ TJ-MT - HC: 00529518120068110000 52951/2006, Relator: DES. JOSÉ LUIZ DE CARVALHO, Data de Julgamento: 31/07/2006, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 14/08/2006.

A Consolidação das Leis de Trabalho, em seu artigo 482, alínea *j*, é clara ao quanto a reprovação de agressões físicas em ambiente laboral:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

[...]

j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

[...]

Por se tratar de demissão por justa causa, Pedro não terá direito ao recebimento das parcelas indenizatórias, desta forma, não faz jus ao recebimento do aviso prévio, o saque do FGTS, a indenização de 40%, o 13º salário, e as férias proporcionais, assim como ao seguro desemprego. Contudo, deverá receber o salário família integral do último mês trabalho se for beneficiário, o saldo dos dias trabalhados desde o último pagamento e o equivalente de férias vencidas, caso possua.

A demissão por justa causa é passível de reversão e ocorre quando a justificativa utilizada para motivar esse tipo de demissão não se aplica ao caso em questão.

Para que a justa causa seja incontestável e não passível de reversão em Juízo, alguns requisitos devem ser observados pelo empregador. É necessário, primeiramente, que seja constatada a tipicidade da conduta, ou seja, é inescusável o preenchimento ao menos de uma das hipóteses previstas em lei para a caracterização da demissão por justa causa.

Outrossim, é necessário que tenha havido a conduta evitável do empregado e que seu comportamento justifique a aplicação da medida. Alguns doutrinadores também incluem como requisito de validade a necessidade imediata da punição, nexos causal, ausência de perdão e análise do histórico daquele empregado.

3 CONCLUSÃO

Diante o exposto, respondendo aos questionamentos apresentados pelos senhores Pedro e Célia, conclui-se que:

DIREITO CIVIL:

01 - Bruno e Caio possuem direito sobre a casa em que Pedro vive?

Bruno e Caio possuem direitos sobre o imóvel que Pedro reside, por conta do falecimento do genitor comum de ambos, Sr. Alberto. Pedro herdará um percentual maior que os demais, recebendo 50% do bem (meação da genitora) e mais 1/3 por parte do genitor, enquanto Bruno e Caio fazem jus somente ao percentual que era cabível ao genitor, recebendo cada um 1/3 do bem.

02 - Poderia Pedro usucapir a parte do imóvel que seria devido aos filhos anteriores de Alberto?

Não é possível, haja vista que Pedro é herdeiro dos antigos proprietários, sendo cabível para regularização da posse e propriedade a abertura de inventário.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL:

01 - Quanto ao pedido de concessão da gratuidade da justiça formulado por Célia, há previsão em lei para isso?

Sim. A gratuidade judiciária é uma garantia constitucional que viabiliza a igualdade na representação em juízo, efetivando assim o acesso a cidadania, e está prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. A concessão do benefício também está prevista no art. 98, do Código de Processo Civil.

02 - Estaria correto o advogado contratado dizer que não cabe recurso algum da decisão que negou o pedido? Se não, qual seria o recurso cabível. Justifique.

O advogado contratado não está correto pois, da decisão interlocutória que impugnou o pedido de gratuidade de justiça, é passível a interposição de recurso de Agravo de Instrumento, conforme preceitua o inciso V, do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

DIREITO PENAL:

01 - A conduta praticada por Denise, configura alguma espécie de crime? Deve ela responder por algo?

A conduta de Denise, ao tentar asfixiar seu filho recém-nascido, configura infanticídio na forma tentada, pois influenciada pelo estado puerperal agiu com o objetivo de dar fim a vida do próprio filho, iniciando a execução, mas não sendo possível o resultado morte, por circunstâncias alheias a sua vontade.

02 - E Tiago? Teria também praticado algum delito?

Quanto a conduta de Tiago, deve-se observar o que dispõe a teoria monista temperada adotada por nosso ordenamento jurídico, segundo a qual, autores e partícipes responderão por um só crime na medida de sua culpabilidade. Desse modo, Tiago, ao presenciar o delito, e nada fazer para impedir que Denise continuasse sua execução, poderá responder pelo crime do mesmo modo na modalidade de concurso de pessoas.

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

01 - No caso da decretação da prisão preventiva, a decisão preenche os requisitos da lei?

Em atenção ao exposto, é perceptível que a prisão preventiva decretada não se encontra devidamente fundamentada, visto que o clamor social não é razão para fundamentar a decisão de manutenção da ordem pública, ainda que existam correntes doutrinárias com entendimento diverso.

02 - Há recurso cabível contra tal decisão?

Para converter a decisão não há recurso propriamente dito, sendo possível utilizar-se do remédio constitucional Habeas Corpus.

03 - Poderia ser alegado algum benefício legal em favor de Denise para que a prisão preventiva fosse revogada?

Poderia ser pedida a conversão da medida em prisão domiciliar, considerando-se a pouca idade que conta a prole. Porém, a conduta imputada à Denise consiste em atentar contra a vida do próprio filho, não havendo, desta maneira, qualquer possibilidade de pedido de concessão de benefício legal neste sentido.

DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO:

01 - Foi correta a decisão do empregador em despedir por justa causa Pedro em razão da conduta praticada? Justifique.

A decisão do empregador foi correta pois vai ao encontro da Consolidação das Leis de Trabalho, em seu artigo 482, alínea *j*. A legislação é clara quanto a reprovação de agressões físicas em ambiente laboral.

02 - Quais as consequências da demissão por justa causa? É possível sua reversão?

Por se tratar de demissão por justa causa, Pedro não terá direito ao recebimento das parcelas indenizatórias, não fazendo jus ao recebimento do aviso prévio, o saque do FGTS, a indenização de 40%, o 13º salário, e as férias proporcionais, assim como ao seguro desemprego. Contudo, deverá receber o salário família integral do último mês trabalho se for beneficiário, o saldo dos dias trabalhados desde o último pagamento e o equivalente de férias vencidas, caso possua.

A demissão por justa causa é passível de reversão e ocorre quando a justificativa utilizada para motivar esse tipo de demissão não se aplica ao caso em questão. Para que a justa causa seja incontestável e não passível de reversão em Juízo, alguns requisitos devem ser observados pelo empregador. É necessário, primeiramente, que seja constatada a tipicidade da conduta, ou seja, é inescusável o preenchimento ao menos de uma das hipóteses previstas em lei para a caracterização da demissão por justa causa.

Outrossim, é necessário que tenha havido a conduta evitável do empregado e que seu comportamento justifique a aplicação da medida. Alguns doutrinadores também incluem como requisito de validade a necessidade imediata da punição, nexo causal, ausência de perdão e análise do histórico daquele empregado.

É o parecer.

São João da Boa Vista, 11 de novembro de 2018.

ANDRÉ LUIS JACINTHO DOS SANTOS
RA 15002642

GIOVANNA FERREIRA DOS SANTOS
RA 15002913

GLAUCIO HENRIQUE DOTTA JUNIOR
RA 15002924

Consultante:

Pedro e Célia

PARECER JURÍDICO

Pareceristas:

Jayme Augusto Vara - 16002269

José Guilherme Pezotte Santana - 17000686

SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP

NOVEMBRO 2018

UNIFEOB
Centro Universitário da Fundação de Ensino Octávio
Bastos
CURSO DE DIREITO

PARECER JURÍDICO

Disciplina: Projeto Integrado 2018.2

Módulo: 7A

Alunos:

Jayme Augusto Vara - 16002269

José Guilherme Pezotte Santana - 17000686

SÃO JOÃO DA BOA VISTA, SP
NOVEMBRO 2018

SUMÁRIO

1	PARECER JURÍDICO	1
2	FUNDAMENTAÇÃO.....	3
2.1	PRIMEIRO QUESITO	3
2.2	SEGUNDO QUESITO	5
2.3	TERCEIRO QUESITO	8
2.4	QUARTO QUESITO	9
2.5	QUINTO QUESITO.....	12
2.6	SEXTO QUESITO	16
2.7	SÉTIMO QUESITO.....	19
2.8	OITAVO QUESITO.....	22
2.9	NONO QUESITO.....	23
2.10	DÉCIMO QUESITO	27
2.11	DÉCIMO PRIMEIRO QUESITO.....	29
3	CONCLUSÃO	31
3.1	PRIMEIRO QUESITO	31
3.2	SEGUNDO QUESITO	31
3.3	TERCEIRO QUESITO	31
3.4	QUARTO QUESITO	32
3.5	QUINTO QUESITO.....	32
3.6	SEXTO QUESITO	32
3.7	SÉTIMO QUESITO.....	33
3.8	OITAVO QUESITO.....	33
3.9	NONO QUESITO.....	33
3.10	DÉCIMO QUESITO	34
3.11	DÉCIMO PRIMEIRO QUESITO.....	34
	REFERÊNCIAS	35

Parecer nº: 02/2018

Processo nº: 2018.2

Requerente: Pedro e Célia

Ementa: HERANÇA. SUCESSÃO. USUCAPIÃO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. RECURSO INDEFERIMENTO GRATUIDADE DA JUSTIÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INFANTICÍDIO. ESTADO PUERPERAL. CRIME TENTADO. CONCURSO DE PESSOAS. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. HABEAS CORPUS. MEDIDAS CAUTELARES. JUSTA CAUSA. REVERSÃO JUSTA CAUSA.

1 PARECER JURÍDICO

Trata-se de consulta formulada pelo senhor Pedro e sua namorada Célia, a consulta tem como objetivo analisar a situação de **PEDRO**, brasileiro, solteiro, RG: 12.345.678-1, CPF nº 123.456.789-12, residente e domiciliado na Rua das Flores, nº 123 na cidade de Alfenas, no estado de Minas Gerais, que se mudou para a referida cidade e quando tinha 6 anos de idade teve de lidar com a morte de seu genitor, 20 anos após este fato, também perde sua genitora.

Quando Pedro foi realizar o inventário do único imóvel da família, descobriu que seu pai teve 2 filhos, Bruno e Caio, antes do casamento com sua mãe e que estes ao tomarem conhecimento do imóvel estavam reivindicando suas respectivas partes.

A consulta também tem como objetivo analisar a situação de **THIAGO**, brasileiro, casado, RG: 98.765.432-1, CPF nº 987.654.321-21, residente e domiciliado na Rua das Flores, nº 123 na cidade de Alfenas, no estado de Minas Gerais, que é irmão mais velho de Célia, e casado com **DENISE**, brasileira, casada, RG: 45.658.645-1, CPF nº 984.231.564-12, residente e domiciliado na Rua das Flores, nº 123 na cidade de Alfenas, no estado de Minas Gerais, que tiveram um filho, de nome Otávio, porém ainda dentro da maternidade, Denise, na presença de Tiago, ao pegar seu primogênito sentiu-se dominada pela sensação de repulsa, pegando uma toalha

e enrolando no pescoço da criança tentando matá-la, fato este foi impedido por uma enfermeira que passava pelo local.

Na sequência destes fatos, Thiago e Denise, foram presos em flagrante e mantidos presos preventivamente pelo juiz local.

Tal fato gera grande repercussão na pacata cidade e várias pessoas começam a definir a família de **CÉLIA**, brasileira, solteira, RG: 42.512.158-1, CPF nº 165.654.329-12, residente e domiciliado na Rua das Flores, nº 123 na cidade de Alfenas, no estado de Minas Gerais, que é namorada de Pedro, como sendo uma família de assassinos de bebês, fato que gera tamanho desconforto na família, que resolvem ingressar com ação contra tais pessoas pedindo indenização por danos morais, nesta ação foi solicitado o benefício da justiça gratuita, benefício este que foi indeferido pelo magistrado da 1ª instância e o advogado informa que não é possível recorrer de tal decisão.

Paralelamente a tudo isto, Pedro, em seu local de trabalho, durante o horário de almoço, foi procurado por um de seus colegas que disse para ele não se envolver com uma assassina, se referindo a Célia, neste momento, tomado pela injusta provocação, desferiu um soco em seu colega, fato este que posteriormente ocasionou a demissão por justa causa de Pedro.

É o relatório, passo a opinar.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 PRIMEIRO QUESITO

- 1) Bruno e Caio possuem direito sobre a casa em que Pedro vive?

O livro V da parte especial do Código Civil de 2002 trata “Do Direito das Sucessões”, e mais especificamente o Título I, trata “Da Sucessão em Geral”, de onde pode-se observar os seguintes artigos:

Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 270): “O direito hereditário é, também, modo de aquisição da propriedade imóvel porque, “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (CC, art. 1.784). O inventário será feito em função do princípio da continuidade do registro de imóveis, para que o herdeiro ali figure como titular do direito de propriedade. Todavia a aquisição desse direito dá-se simplesmente em razão do falecimento do de cujus, quando então se considera aberta a sucessão (princípio da saisine, segundo o qual o próprio morto transmite ao sucessor o domínio e a posse da herança: *le mort saisit le vif*).”

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão

parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

Art. 1.834. Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.

O capítulo VII da parte especial do Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, de onde observamos o seguinte artigo:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

2.2 SEGUNDO QUESITO

- 2) Poderia Pedro usucapir a parte do imóvel que seria devido aos filhos anteriores de Alberto?

O livro III da parte especial do Código Civil de 2002 trata “Do Direito das Coisas”, e mais especificamente o título III, trata “Da Propriedade”.

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. HERDEIRA. IMÓVEL OBJETO DE HERANÇA. POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO POR CONDÔMINO SE HOUVER POSSE EXCLUSIVA.

1. Ação ajuizada 16/12/2011. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73.
2. O propósito recursal é definir acerca da possibilidade de usucapião de imóvel objeto de herança, ocupado exclusivamente por um dos herdeiros.
3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.

4. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do CC/02).

5. A partir dessa transmissão, cria-se um condomínio pro indiviso sobre o acervo hereditário, regendo-se o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, pelas normas relativas ao condomínio, como mesmo disposto no art. 1.791, parágrafo único, do CC/02.

6. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo *animus domini* pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários.

7. Sob essa ótica, tem-se, assim, que é possível à recorrente pleitear a declaração da prescrição aquisitiva em desfavor de seu irmão – o outro herdeiro/condômino –, desde que, obviamente, observados os requisitos para a configuração da usucapião extraordinária, previstos no art. 1.238 do CC/02, quais sejam, lapso temporal de 15 (quinze) anos cumulado com a posse exclusiva, ininterrupta e sem oposição do bem.

8. A presente ação de usucapião ajuizada pela recorrente não deveria ter sido extinta, sem resolução do mérito, devendo os autos retornar à origem a fim de que a esta seja conferida a necessária dilação probatória para a comprovação da exclusividade de sua posse, bem como dos demais requisitos da usucapião extraordinária.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(STJ - REsp: 1631859 SP 2016/0072937-5, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 22/05/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2018)

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 108): “o fim de um período de dez anos, aliado a outros requisitos, como o ânimo de dono, o exercício contínuo e de forma mansa e pacífica, além do justo título e boa-fé, dá origem à usucapião ordinária (CC, art. 1.242). Quando a posse, com essas características, prolongasse por quinze anos, a lei

defere a aquisição do domínio pela usucapião extraordinária, independentemente de título e boa-fé (CC, art. 1.238).

Como se percebe, embora seja suficiente a ausência de vícios (posse justa) para que a posse se denomine *ad interdicta*, torna-se necessário, para que dê origem à usucapião (*ad usucapionem*), que, além dos elementos essenciais à posse, contenha outros, como o decurso do tempo exigido na lei, o exercício de maneira mansa e pacífica, o *animus domini* e, em determinados casos, a boa-fé e o justo título. ”

2.3 TERCEIRO QUESITO

3) Quanto ao pedido de concessão da gratuidade da justiça formulado por Célia, há previsão em lei para isso?

Já a lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que define as normas de Direito Processual Civil.

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 155): “Há uma ampliação no rol dos sujeitos que podem ser beneficiados pela concessão da assistência judiciária pelo caput do art. 98 do Novo CPC, quando comparado com o art. 2º, caput, da Lei 1.060/50. Continuam a ser potenciais beneficiárias as pessoas físicas e jurídicas, estrangeiras ou nacionais, mas não há mais a necessidade de que tenham residência no país.

Na realidade, a possibilidade de pessoa jurídica ser beneficiada pela assistência judiciária não vinha expressamente consagrada em lei - tampouco por ela era vedada expressamente - mas já era uma realidade jurisprudencial. Conforme entendimento jurisprudencial, a pessoa jurídica faria jus à gratuidade desde que efetivamente comprovasse a impossibilidade de arcar com as custas processuais, não havendo presunção nesse sentido (Súmula 481/STJ: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”). O entendimento foi legislativamente consagrado no § 3º do art. 99 do Novo CPC.”

2.4 QUARTO QUESITO

4) Estaria correto o advogado contratado dizer que não cabe recurso algum da decisão que negou o pedido? Se não, qual seria o recurso cabível. Justifique.

O artigo 101, decorre a respeito da recorribilidade do indeferimento da gratuidade da justiça em primeiro grau.

Art. 101. Contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação.

§ 1º O recorrente estará dispensado do recolhimento de custas até decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso.

§ 2º Confirmada a denegação ou a revogação da gratuidade, o relator ou o órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 161): “Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que deixou de adiantar em razão da gratuidade de justiça. E havendo a comprovação de má-fé, além do pagamento das despesas sofrerá como sanção a aplicação de uma multa de até o décuplo do valor de tais despesas, sendo nesse caso a Fazenda Pública Estadual ou Federal a credora, que poderá inscrever o valor da multa em dívida ativa e, não havendo pagamento, ingressar com a devida execução fiscal.

A revogação do benefício em primeiro grau não impede a parte de agravar de instrumento da decisão sem recolher o preparo e outras custas processuais referentes ao ato de recorrer, nos termos do § 1º do art. 101 do Novo CPC.”

Também o artigo 1.015 legisla a respeito do agravo de instrumento:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - Tutelas provisórias;

II - Mérito do processo;

III - Rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica;

V - Rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; (...)

Novamente Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 161) ensina: “O Superior Tribunal de Justiça entende que no recurso contra a decisão que indefere o pedido de concessão de gratuidade não se pode exigir do recorrente o recolhimento do preparo, sendo um contrassenso exigir o prévio pagamento das custas recursais nestes casos, sob pena de incorrer em cerceamento de defesa e inviabilizar o direito de recorrer da parte (Precedentes citados: AgRg no REsp 1.245.981-DF, Segunda Turma, DJe 15/10/2012; AgRg no Ag 1.279.954-SP, Quarta Turma, DJe 1º/2/2011; REsp. 1.087.290-SP, Terceira Turma, DJe 18/2/2009; e REsp 885.071-SP, Primeira Turma, DJU 22/3/2007. AgRg no A REsp 600.215- RS, Rei. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 2/6/2015, DJe 18/6/2015).”

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. BENEFÍCIO CONCEDIDO APENAS EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS TRABALHADORES SUBSTITUÍDOS. PROVIMENTO. Agravo de instrumento provido para melhor exame de possível violação aos artigos 790, § 3º, da CLT e 14 da Lei nº 5.584/70. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. BENEFÍCIO CONCEDIDO APENAS EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS TRABALHADORES SUBSTITUÍDOS. Consoante a jurisprudência desta Corte superior, a concessão dos benefícios da justiça gratuita à pessoa jurídica, ainda que se trate de sindicato da categoria profissional, pressupõe a existência de prova inequívoca da impossibilidade de arcar com as despesas do processo. No caso, o sindicato não produz prova da sua incapacidade financeira, limitando a afirmar a insuficiência econômica dos substituídos para arcar com as despesas do processo, o que não é suficiente para o deferimento dos benefícios da justiça gratuita às pessoas jurídicas. Hipótese em que não incide a Orientação Jurisprudencial 304 da SBDI-1 do TST, devendo haver prova cabal da insuficiência econômica do sindicato. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 8056320155090094, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 02/08/2017, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/08/2017)

2.5 QUINTO QUESITO

5) A conduta praticada por Denise, configura alguma espécie de crime? Deve ela responder por algo?

O Decreto-Lei número 2.848, de 7 de dezembro De 1940, conhecido como Código Penal, legisla em seu artigo 123 a respeito do crime de infanticídio:

Artigo 123. Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena – detenção, de 2 a 6 anos.

Como Rogério Greco ensina (2017, p. 517):

“Puerpério:

Jorge de Rezende, traduzindo um conceito médico de puerpério, esclarece: “Puerpério, sobre parto ou pós-parto, é o período cronologicamente variável, de âmbito impreciso, durante o qual se desenrolam todas as manifestações involutivas e de recuperação da genitália materna havidas após o parto. Há, contemporaneamente, importantes modificações gerais, que perduram até o retorno do organismo às condições vigentes antes da prenhez. A relevância e a extensão desses processos são proporcionais ao vulto das transformações gestativas experimentadas, isto é, diretamente subordinadas à duração da gravidez.”

Sob a influência do estado puerperal:

É um critério fisiopsíquico ou biopsíquico, no qual se exige a conjugação do estado puerperal, com a influência por ele

exercida na agente. Se não houver essa influência no comportamento da gestante, o fato deverá ser tratado como homicídio (Vide item 40 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal).

Parte da jurisprudência vem entendendo que a influência do estado puerperal na conduta da agente, que mata o próprio filho após o parto, é presumida. Há entendimento contrário. No caso, considerando que os fatos não ocorreram logo após o parto, não há como reconhecer a influência do estado puerperal (RSE, 224.577-3/Barretos, 4ª Câm. Crim. de Férias 'Julho/98', Rel. Passos de Freitas, v.u., 23/7/1998).”

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO. PRONÚNCIA. INFANTICÍDIO. ESTADO PUERPERAL. COMPROVAÇÃO PERICIAL. PROVA INEQUÍVOCA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O estado puerperal caracteriza-se pela alteração psíquica da mulher em decorrência do parto, diminuindo-lhe a capacidade de completo entendimento ou de determinação perante a realidade. 2. O Laudo Pericial, elaborado por psiquiatra forense do Instituto Médico Legal, afirma que as informações constantes nos autos são suficientes para se diagnosticar a presença do estado puerperal na hipótese, sobretudo em razão do contexto da ação, da dinâmica dos fatos e do quadro de estresse reativo, com sintomas depressivos graves, apresentado pela ré após o delito. 3. Ainda que seja possível ao juiz decidir de forma diversa do que consta no laudo pericial, a discordância em relação à conclusão técnica deve estar embasada em razões firmes, o que não se afigura possível na hipótese em apreço, pois não há prova que possibilite conclusão diversa daquela externada pela psiquiatra forense. 4. Após a finalização da primeira fase do procedimento especial do Tribunal do Júri, é lícito ao juiz desclassificar a imputação formulada na denúncia, inclusive para pronunciar o acusado por crime doloso contra a vida diverso do capitulado na inicial acusatória (artigo 418 do Código de Processo Penal). 5. Recurso desprovido. (TJ-DF - RSE: 20131310028556,

Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 01/10/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/10/2015 . Pág.: 126)

Já no artigo 14, tem-se a diferenciação entre os crimes consumados e tentados:

Art. 14 - Diz-se o crime:

I - Consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

II - Tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços

Como Rogério Greco ensina (2017, p. 90):

“a) materiais e culposos: quando se verifica a produção do resultado naturalístico, ou seja, quando há a modificação no mundo exterior. Ex.: homicídio (art. 121 do CP);

b) omissivos próprios: com a abstenção do comportamento imposto ao agente. Ex.: omissão de socorro (art. 135 do CP);

c) mera conduta: com o simples comportamento previsto no tipo, não se exigindo qualquer resultado naturalístico. Ex.: violação de domicílio (art. 150 do CP);

d) formais: com a prática da conduta descrita no núcleo do tipo, independentemente da obtenção do resultado esperado pelo agente, que, caso aconteça, será considerado como mero exaurimento do crime. Ex.: extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP);

e) qualificados pelo resultado: com a ocorrência do resultado agravador. Ex.: lesão corporal qualificada pelo resultado aborto (art. 129, § 2º, V, do CP);

f) permanentes: enquanto durar a permanência, uma vez que o crime permanente é aquele cuja consumação se prolonga, perpetua-se no tempo. Ex.: sequestro e cárcere privado (art. 148 do CP).”

2.6 SEXTO QUESITO

6) E Tiago? Teria também praticado algum delito?

O Decreto-Lei número 2.848, de 7 de dezembro De 1940, conhecido como Código Penal, legisla em seu artigo 29 trata sobre o concurso de pessoas:

Artigo 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

Como Rogério Greco ensina (2017, p. 181): “Não haverá óbice algum nos delitos próprios, no que diz respeito à possibilidade de existirem, no critério de distribuição de funções, vários autores que, com unidade de desígnio, pratiquem a mesma infração penal, podendo-se falar, aqui, em coautoria. Poderão dois funcionários públicos, agindo em concurso, subtrair, valendo-se da facilidade que essa qualidade lhes proporcionava, um microcomputador existente na repartição na qual ambos trabalhavam. O crime de peculato é próprio, pois somente pode ser praticado por quem possua a qualidade de funcionário público. Contudo, embora próprio, admite a autoria mediata, bem como a coautoria, aplicando-se, com perfeição, a teoria do domínio funcional do fato.

A despeito de ser crime próprio, o agente que concorre para o evento delitivo também responde pelos atos praticados, a teor do art. 29 do Código Penal (STJ, AgRg nos EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 232.937/SC, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo – Desembargador Convocado do TJ-PE, 5ª T., DJe 24/06/2015).”

Art. 30 - Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Como Rogério Greco ensina (2017, p. 193): “De acordo com a parte final do art. 30 do Código Penal, somente os elementares é que se comunicam ao coparticipante, desde que ele, no entanto, dela tome conhecimento.

O art. 30 do Código Penal dita que: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime”. Nessa linha, há determinadas circunstâncias ou condições de caráter pessoal que são integrantes do tipo penal incriminador, de modo que, pela expressa disposição legal se comunicam aos demais coautores e partícipes. Assim, ajustada a prática de furto, a utilização do abuso de confiança, necessário à sua consumação, como no presente caso, comunica-se ao coautor, quando do conhecimento deste, mesmo quando não seja este o executor direto do delito, pois elementar do crime. Dessa forma, nos termos do art. 30 do Código Penal, pela leitura do acórdão recorrido, há a comunicação da circunstância do abuso de confiança, pois L. F. tinha plena consciência da relação subjetiva de confiança de C. com as vítimas (STJ, AgRg no REsp 1.331.942/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 25/05/2016).”

Já o artigo 13 legisla sobre a relação de causalidade:

Artigo 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

Como Rogério Greco ensina (2017, p. 86): “Nas alíneas do § 2º do art. 13 do Código Penal, encontramos as situações que impõem ao agente a posição de garantidor da evitabilidade do resultado.

O que a lei deseja, nessas situações por ela elencadas, é que o agente atue visando, pelo menos, tentar impedir o resultado. É como se ela lhe dissesse: “Faça alguma coisa, porque você está obrigado a isto; caso contrário, o resultado lesivo será a você atribuído.” O garante, portanto, nas situações elencadas pelo Código Penal, tem o dever de agir para tentar impedir o resultado. Estas são as situações que impõem ao agente a posição de garantidor: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

2.7 SÉTIMO QUESITO

7) No caso da decretação da prisão preventiva, a decisão preenche os requisitos da lei?

A lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, conhecida como código de processo penal, trata a respeito da forma como o processo penal será regido em território nacional.

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do

querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

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

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

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Segundo Renato Marcão (2016, p. 674): “Medida excepcional que é, para a decretação da prisão preventiva se faz imprescindível o atendimento de determinados requisitos, que devem ser interpretados restritivamente, sem os quais qualquer decretação a tal título materializará ilegalidade.

Como requisitos, em sentido amplo, podemos mencionar: 1º) os pressupostos indicados no art. 312, caput, parte final, do CPP; 2º) as hipóteses de cabimento, previstas no art. 313, I a III e parágrafo único, e no art. 312, parágrafo único, c.c. o art. 282, § 4º, todos do CPP; 3º) e as circunstâncias autorizadoras, listadas no art. 312, caput, primeira parte, do CPP.”

2.8 OITAVO QUESITO

8) Há recurso cabível contra tal decisão?

Segundo Renato Marcão (2016, p. 1087): “Por configurarem decisões interlocutórias, é correta a tipificação de recurso em sentido estrito para as hipóteses indicadas, mas é preciso considerar que a decisão que negar, cassar ou julgar inidônea a fiança poderá acarretar constrangimento ilegal, daí ser cabível também o ajuizamento de habeas corpus.

Contra decisão que (a) defere pedido de prisão preventiva; (b) nega pedido de liberdade provisória; ou (c) de relaxamento de prisão em flagrante, embora não exista recurso especificamente tipificado, é cabível pedido de habeas corpus com vistas a afastar constrangimento ilegal que dela decorra.”

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CLAMOR POPULAR. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. Não se pode, em princípio, ter por base fatos ocorridos há mais ou menos quatro anos como justificativa de prisão preventiva decorrente de clamor popular, causa não prevista em lei e cuja invocação reclama seja feita *cum grano salis*. 2. O comparecimento dos acusados aos atos de investigação, a par dos bons antecedentes, domicílios certos e apresentação espontânea após decretadas as prisões, afasta a medida por conveniência da instrução criminal. 3. Ordem concedida.

(STJ - HC: 16608 PR 2001/0051579-7, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 06/06/2002, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 24/06/2002 p. 344 RSTJ vol. 165 p. 533 RT vol. 807 p. 562)

2.9 NONO QUESITO

9) Poderia ser alegado algum benefício legal em favor de Denise para que a prisão preventiva fosse revogada?

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem

como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

§ 6o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-

imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Segundo Renato Marcão (2016, p. 608): “Dispõe o § 5º do art. 282 do CPP que “o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Revogar a medida cautelar é o mesmo que torná-la sem efeito, fazendo ressurgir o *status quo*.

Substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista significa, in casu, retirar as restrições cautelares anteriormente impostas (CPP, arts. 319 e 320) e decretar, em contrapartida, a prisão preventiva.

O que a lei está a regular é a substituição de uma medida cautelar por outra de natureza diversa, e não a simples mudança da modalidade de restrição imposta.

As possibilidades de substituir uma medida restritiva por outra ou de impor outra em cumulação já estão reguladas no § 4º do art. 282. Aqui, no § 5º, a substituição implica a aplicação de medida cautelar de natureza diversa, e nesse caso só podemos pensar na aplicação de prisão preventiva (CPP, arts. 311 a 316), que posteriormente até poderá ser substituída por prisão domiciliar (CPP, arts. 317 e 318), sendo caso, mas essa

substituição pressupõe a prévia decretação daquela mais severa.

Dito isso, é possível a cessação das restrições e a decretação de prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, por exemplo, quando comprovadamente autorizada e presentes todos os requisitos legais.”

2.10 DÉCIMO QUESITO

10) Foi correta a decisão do empregador em despedir por justa causa Pedro em razão da conduta praticada? Justifique.

Já o artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, legisla a respeito da fatos que geram justa causa para rescisão contratual.

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;**

Conforme Eduardo Gabriel Saad (2004, p. 368): “1) Justa causa é todo ato, doloso ou culposo, de natureza grave e de responsabilidade do empregado, que leva o empregador à conclusão de que ele não pode continuar a prestar-lhe serviços.

Evaristo de Moraes é pela sinonímia de justa causa e falta grave; Russomano, não. Estamos com o primeiro. Em verdade, o legislador, ao usar as duas expressões, não teve em mira um critério de gradação de gravidade do ato faltoso.

2) É exemplificativa a relação de justas causas constante do artigo sob comento. Alguns autores — como Mario de la Cueva — entendem que à lei é impossível abranger todas as circunstâncias da vida do trabalho e todos os conflitos que explodem entre patrões e empregados. Por essa razão, concluem que a relação das justas causas deve ser exemplificativa. A multifária vida empresarial não pode ser apreendida em toda a sua extensão por uma lei. A relação contida no art. 482, sob comentário, é exemplificativa, mas são tão amplos seus termos que poucas faltas graves lhes escaparão. Todavia, admitimos a possibilidade de fato não previsto na CLT e que venha a quebrar, irremediavelmente, a confiança que o empregador deve depositar em seu empregado.”

2.11 DÉCIMO PRIMEIRO QUESITO

11) Quais as consequências da demissão por justa causa? É possível sua reversão?

REVERSÃO JUSTA CAUSA – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DE PENALIDADE SEM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE FACE À CONDOTA – EXCESSO NO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. Na hipótese dos autos, a medida extrema não foi adotada com cautela, tendo havido excesso no poder disciplinar do empregador, uma vez que não restou evidenciado que o Autor tenha praticado qualquer falta grave, tanto com relação às supostas faltas injustificadas, quanto à suposta recusa de desempenhar suas atividades normais. A medida eleita pelo empregador careceu de proporcionalidade e razoabilidade, considerando que os serviços decorrentes do contrato de trabalho estavam sendo desenvolvidos normalmente, como atesta o registro de ponto de fl. 131. A inobservância da proporcionalidade entre a falta cometida e a aplicação da pena, por conseguinte, autoriza a reversão da justa causa em despedida imotivada, configurando o ato demissional como um excesso do exercício regular do direito do Reclamado. (TRT9. 10452009562906 PR 1045-2009-562-9-0-6. Órgão Julgador: 4ª Turma. Publicação: 12/04/2011. Relator: Luiz Celso Napp).

RECURSO DE REVISTA – DISPENSA POR JUSTA CAUSA – REVERSÃO. Após acurada análise do conjunto fático-probatório constante dos autos, notadamente da prova testemunhal, o Tribunal Regional entendeu que a conduta praticada pelo reclamante, consistente em ofensas de baixo calão contra o supervisor perante os colegas e a recusa em dirigir o ônibus, não é grave o suficiente a justificar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa. Considerou que o presente caso exigia uma maior gradação das penalidades, observando a proporcionalidade entre o ato faltoso e a

pena aplicada, tendo em vista que o contrato de trabalho perdurou por mais de 15 (quinze) anos e que o autor recebeu apenas uma suspensão ao longo desse período, mais de três anos antes de sua dispensa. Ao contrário do alegado pela reclamada, a decisão recorrida não negou vigência à alínea “h” do art. 482 da CLT, mas apenas considerou que a hipótese dos autos não se amolda ao referido dispositivo legal, pois deveria ter sido aplicada uma penalidade mais branda ao empregado. Dessa forma, inexistente ofensa literal ao artigo de lei federal reputado violado. Recurso de revista não conhecido. (TST. RR 1037792012040204. Órgão Julgador: 7ª Turma: DEJT 18/09/2015. Julgamento: 2 de setembro de 2015. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho).

3 CONCLUSÃO

3.1 PRIMEIRO QUESITO

Como Alberto e Giana estavam casados no regime de comunhão total de bens, Giana não tem direito a herança de Alberto, porém tem direito a meação, já que metade da bens são delas, assim sendo a outra metade será dividida entre os 3 filhos de Alberto: Pedro, Bruno e Caio.

Bruno e Caio possuem iguais direitos sobre a casa que é parte do inventário, conforme definido no Código Civil, uma vez que, são herdeiros legítimos e estão na mesma classe, tendo os mesmos direitos à sucessão, tendo inclusive estes direitos resguardos pela Constituição Federal conforme artigo supracitado.

3.2 SEGUNDO QUESITO

Poderá Pedro usucapir a parte do imóvel de seus meios irmãos, pois ele atende todos os requisitos da usucapião extraordinária, inclusive confirmada com a jurisprudência do STJ supracitada onde a ministra Nancy Andrighi, relatora no recurso em questão, concordando que é possível ao herdeiro pleitear a declaração da prescrição aquisitiva em desfavor de seu irmão.

3.3 TERCEIRO QUESITO

Existe previsão legal para a concessão da gratuidade da justiça conforme disposto no Código de Processo Civil estando presentes os requisitos no caput do artigo citado na fundamentação.

3.4 QUARTO QUESITO

No caso em questão, cabe, sem sombra de dúvida, um recurso que impugne tal decisão, que é o agravo de Instrumento, devendo ser interposto no prazo máximo de 15 dias.

3.5 QUINTO QUESITO

Mesmo com a decorrência de alguns dias, Denise ainda se encontrava em estado puerperal, assim sendo o crime por ela praticado é tipificado como sendo Infanticídio e como não foi consumado por circunstâncias alheias a vontade do agente, tal crime ocorreu na modalidade tentada.

3.6 SEXTO QUESITO

Tiago como não agiu em defesa de seu primogênito, e possuindo dever de proteção, conforme disposto na legislação supracitada, Tiago é considerado partícipe e concorre juntamente com Denise para o crime de infanticídio.

3.7 SÉTIMO QUESITO

Com relação à decretação da prisão preventiva, esta não preenche os requisitos legais trazidos pela legislação supracitada, pois é notório o entendimento doutrinário sobre a impossibilidade do clamor popular motivar a Prisão Preventiva com a fundamentação na Garantia da Ordem Pública e, ainda, não existem indícios de que os acusados possuíam meios e a intenção de se evadirem do distrito da culpa, pois seria esta a justificativa para a Prisão Preventiva fundamentada na Garantia da Aplicação da Lei Penal.

3.8 OITAVO QUESITO

Contra a decisão do Juiz pela decretação da Prisão Preventiva dos acusados não existe nenhum recurso aplicável, pois este seria um meio de impugnação dentro do próprio processo, porém, no caso em questão é cabível o pedido de Habeas Corpus, conforme jurisprudência citada na fundamentação, haja visto que é infundada a decretação da Prisão Preventiva com base na garantia da ordem pública e na garantia da aplicação da lei penal, motivos que, segundo o Juiz, fundamentaram a conversão do flagrante em preventiva.

3.9 NONO QUESITO

Na busca da revogação da prisão preventiva decretada em face de Denise, é possível argumentar, baseando-se na legislação supracitada, que cabiam ao caso a utilização de medidas cautelares em substituição à prisão preventiva e é notório que é dever do juiz observar tais medidas antes de decretar a prisão preventiva da acusada.

3.10 DÉCIMO QUESITO

Analisando o artigo levantado na fundamentação, é possível observar que o ato de indisciplina praticado por Pedro no local de trabalho constitui justa causa para a decisão da rescisão de contrato de trabalho por parte do empregador, portanto Pedro foi corretamente despedido.

3.11 DÉCIMO PRIMEIRO QUESITO

A demissão por justa causa acarreta ao trabalhador diversas restrições nos seus direitos como o recebimento apenas do saldo de salário e das férias vencidas mais um terço, não possuindo direito ainda à multa de 40% sobre o FGTS e nem poderá sacá-lo, terá direito a apenas a um terço das férias proporcionais e não possuirá aviso prévio e nem seguro-desemprego.

A reversão da justa causa pode se dar sempre que um dos seus requisitos não forem atendidos, logo se o empregado efetivamente realizou alguma das medidas descritas em lei que podem levar à demissão por justa causa, não há que se falar, nesse caso específico, em reversão da justa causa.

São João da Boa Vista, 12 de novembro de 2018

Jayme Augusto Vara

OAB/SP 16002269

José Guilherme Pezotte Santana

OAB/SP 17000686

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Carlos Roberto; **Direito Civil Brasileiro, Volume 5: Direito das Coisas**. 12ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato; **Código De Processo Penal Comentado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017.

SAAD, Eduardo Gabriel; **Consolidação das Leis do Trabalho Comentada**. São Paulo: Ed. LTr, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GRECO, Rogério; **Código Penal Comentado**. 11ª Edição. Niterói: Ed. Impetus, 2017.