

## Apresentação

Prezados(as),

Segue o informativo jurídico de nossa sociedade de advogados referente ao mês de maio do ano de 2011.

Neste informativo, abordamos aspectos relevantes de aplicação do artigo 1835 do Código Civil na realização de planejamento sucessório.

Na seara trabalhista, expomos o posicionamento do TST a respeito da exigência de apresentação de Certidão de Antecedentes Criminais quando da contratação de empregados.

Por fim, no âmbito tributário, analisamos as implicações do ganho de capital na seara do imposto de renda quando da alienação de imóvel rural por pessoa física e alguns aspectos da ação de repetição de indébito tributário.

Boa leitura.

**Celso Cordeiro de Almeida e Silva Advogados** ✦

## Índice

Planejamento sucessório e o artigo 1835 do Código Civil Brasileiro.....	02
Contratação de empregado e a exigência de apresentação da Certidão Negativa de Antecedentes Criminais – Posicionamento do TST .....	03
Da alienação de imóvel rural por pessoa física e as implicações do ganho de capital no âmbito do imposto de renda.....	04
Ação de repetição de indébito tributário .....	05

## Planejamento sucessório e o artigo 1835 do Código Civil Brasileiro

Tem sido cada vez mais comum em nosso país pessoas de posse planejarem sua própria sucessão causa morte, fazendo isso através de antecipação de herança, testamentos, constituição de sociedades patrimoniais e outros atos jurídicos.

O planejamento sucessório, a grosso modo, se reporta à parte disponível da herança, pois que a legítima necessariamente há de ser preservada, já que de direito dos herdeiros necessários.

Dentre várias formas de planejamento sucessório é corriqueiro os avós testarem ou doarem em vida sua parte disponível aos seus próprios netos, às vezes mantendo a paridade entre eles, às vezes dividindo a parte disponível por estirpe, ou seja, conforme caberia a divisão aos filhos.

Neste contexto se faz necessário observarmos o disposto no artigo 1835 do Código Civil, sob pena de causarmos distorções quando da abertura da sucessão causa morte, seja em relação à vontade do de cujus, seja em relação à vontade da lei.

Dispõe o artigo 1835 do Código Civil:

“Art. 1835. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau.”

O dispositivo prescreve que a herança, ou pelo menos a legítima, seja dividida entre os filhos em partes iguais, já aos demais descendentes esta divisão pode ou não ser em partes iguais, conforme estejam no mesmo grau. Se estiverem no mesmo grau os descendentes sempre receberão partes iguais, se não tiverem receberão por estirpe.

Num caso prático podemos dizer que se Zé possui dois filhos, Antônio, falecido, e Manoel, vivo, sendo que Antônio possui três filhos e Manoel apenas um, com a morte de Zé, sua herança, legítima e disponível, será dividida em duas partes iguais, metade irá para Manoel, filho vivo, e a outra metade será dividida igualmente entre os filhos de Antônio, já falecido.

No entanto, se Antônio e Manoel são falecidos quando da morte de Zé, a herança será dividida em quatro partes iguais, entre os filhos de Antônio e Manoel, já que se encontram no mesmo grau.

Tal fato afeta o planejamento sucessório dependendo da vontade do autor do planejamento. Se a vontade do autor do planejamento for contemplar os netos, mas de forma a caber a cada um dos grupos o que caberia a seus pais, deve trabalhar a parte disponível da herança, para que caso venha a falecer após seus filhos, seus netos recebam a herança por estirpe, ou seja, cada grupo de netos recebe o que caberia a seus pais, contrariamente ocorrerá a vontade da lei, que é dividir igualmente a herança entre os netos, sem relação com o que caberia ou não aos filhos já falecidos.

Vejamos os conclusivos ensinamentos do Mestre Zeno Veloso, em Código Civil Comentado, 6ª Edição, Editora Saraiva, Página 2021:

“Até para atender ao princípio da igualdade, na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça (per capita). Falecendo alguém que deixou três filhos, a herança será dividida entre os filhos em partes iguais.

Os outros descendentes sucedem por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau. Se todos os herdeiros do falecido são os netos, tratando-se, portanto, de descendentes do mesmo grau (segundo), herdarão por cabeça. O espólio será dividido em partes iguais entre os netos...”

Sendo assim, quando determinada pessoa for planejar sua sucessão, há de observar o artigo 1835 do Código Civil, sob pena de influenciar a partilha de bens favoravelmente a uns e em detrimento de outros, exceto se for esta mesma a vontade do autor da sucessão. ✦



**Saulo Vinícius de Alcântara, advogado sócio da Celso Cordeiro de Almeida e Silva Advogados**

# Informativo Jurídico

## Contratação de empregado e a exigência de apresentação da Certidão Negativa de Antecedentes Criminais – Posicionamento do TST

Os preocupantes índices de violência e a criminalidade detectados em variados locais e regiões do Brasil preocupam os cidadãos, que cada vez mais praticam atos em busca de sua segurança.

Essa realidade, e não poderia ser diferente, também atinge os empregadores, os quais por muitas vezes exigem a apresentação da certidão negativa de antecedentes criminais como requisito para a contratação do empregado.

Neste contexto, é importante que os empregadores tenham ciência do atual posicionamento que foi adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre este assunto.

Na data de 27 de abril de 2011, no julgamento do Recurso de Revista nº 88400-17.2009.5.09.0513, o Tribunal decidiu que a exigência da apresentação da referida certidão como condição prévia à contratação somente é legal quando guardar estrita pertinência com as condições exigidas para a vaga de trabalho, como, por exemplo, em caso de um vigilante em condomínio fechado ou de um instalador de linhas telefônicas em residências privadas.

Sem essa relação, haverá violação à intimidade e a honra do empregado, que são valores constitucionalmente assegurados e então o empregador poderá ser compelido a indenizar o candidato à vaga pelos danos morais a ele causados.

No caso em debate, o valor da condenação foi arbitrado no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescido de juros e correção monetária.

Diante disso, o empregador deve atentar-se ao princípio da razoabilidade e à efetiva necessidade e utilidade da apresentação da certidão de antecedentes criminais frente ao trabalho a ser desempenhado, evitando futuras condenações em processos judiciais quando requerer a apresentação da certidão em caso de a natureza da função a desempenhar não ter pertinência com tal comprovação.

Para constar, no caso objeto do julgamento, a empregada era operadora de telemarketing. ✦



**Pedro Gomes Miranda e Moreira, advogado sócio da Celso Cordeiro de Almeida e Silva Advogados**

## Da alienação de imóvel rural por pessoa física e as implicações do ganho de capital no âmbito do imposto de renda

O presente artigo visa tratar, de forma sucinta, sobre as especificidades que envolvem as alienações, realizadas a partir de 1997, de imóveis rurais por pessoa física, especificamente no que se refere ao custo de aquisição e ao valor de alienação para fins de Imposto de Renda.

No âmbito do Imposto de Renda, quando falamos em alienação de bem que emane ganho de capital, logo pensamos na sua apuração costumeira, ou seja, a diferença positiva entre o custo de aquisição e o valor de alienação do bem.

Nesta senda, cabe aqui alertarmos que a apuração de ganho de capital, quando estamos tratando da alienação de imóvel rural, pode ceder o passo à apuração costumeira, especialmente se este imóvel tiver sido contemplado com benfeitorias.

Antes de entrarmos incisivamente no tema a que se destina o presente, cabe aqui comentarmos que o proprietário do imóvel rural, que explore atividade rural, contemplado com benfeitorias, pode deduzir o valor destas como custo ou despesa na apuração do resultado de sua atividade rural, implicando na redução do lucro tributado e, conseqüentemente, na redução do imposto devido.

Pois bem, com a adoção de tal dedução, quando da alienação deste imóvel, para fins de apuração de ganho de capital, o alienante não adotará o simples confronto do valor do custo e do valor de alienação deste imóvel, mas sim confrontará o valor da terra nua – VTN constante do Documento de Informação e Apuração do ITR - DIAT do ano da aquisição do imóvel e o valor da terra nua – VTN constante do Documento de Informação e Apuração do ITR - DIAT do ano da alienação do imóvel, como se fossem, respectivamente, o custo de aquisição e o valor de alienação do imóvel, nos exatos termos do art. 19, da Lei nº 9.393/96.

O Valor da Terra Nua (VTN), ao qual o decreto se refere, nada mais é do que o preço de mercado das terras, apurado em conformidade com a legislação do ITR, tendo como data-base o dia 1º de janeiro de cada ano. Vale anotar que o VTN do ano da alienação e o valor efetivo de venda não se confundem quando tratamos de imóveis rurais contemplados com benfeitorias, tendo em vista que o VTN, de acordo com a Lei 9.393/96, não engloba: a) construções, instalações e benfeitorias; b) culturas permanentes e temporárias; c) pastagens cultivadas e melhoradas; e, d) florestas plantadas.

Desta forma, por força da lei, adotado o sistema de dedução do valor das benfeitorias como custo ou despesa da atividade rural, quando da ocorrência da venda deste imóvel, o imposto de renda sobre ganho de capital será calculado apenas sobre o valor da terra nua e não sobre o valor da terra nua acrescido das benfeitorias.

No tocante ao valor percebido pelas benfeitorias, alienante deverá considerar tal como receita da atividade rural outrora deduzida como despesa, incidindo o correspondente imposto sobre esta.

Assim, o valor das benfeitorias é considerado como custo ou despesa dedutível do lucro da atividade rural enquanto o imóvel estiver na propriedade do alienante e, após a sua alienação, como receita outrora deduzida, implicando na postergação da incidência do imposto.

Vale sopesar que, se o valor das benfeitorias não for deduzido como custo ou despesa, o que é permitido pela Instrução Normativa 84/01, quando o imóvel rural for alienado, a apuração do ganho de capital seguirá a regra geral e o imposto de renda será calculado com base na diferença entre o valor da venda e da compra.

Ainda, vale ressaltar que, mesmo que o alienante não tenha optado por deduzir as benfeitorias, poderá o adquirente assim o fazer, deduzindo como despesas o valor das benfeitorias que compõe o preço de aquisição do imóvel, sem com isso obrigar o antigo proprietário a considerar como receita o valor dessas benfeitorias, pois considera-se que ele pagou o imposto de renda sobre ganho de capital em relação ao incremento de valor experimentado pelo imóvel.

O inverso também é possível, ou seja, caso o adquirente não pretenda deduzir como despesas o valor das benfeitorias adquiridas, poderá compor tais no valor de aquisição do bem.

Como prova do valor das benfeitorias, utiliza-se aquela que consta da Declaração do Imposto Territorial Rural, na escritura ou nas declarações de bens da atividade rural. ♦



**Tiago de Lima Almeida**, advogado sócio da Celso Cordeiro de Almeida e Silva Advogados

## Ação de repetição de indébito tributário

A ação de repetição de indébito tributário, prevista no artigo 165 do Código Tributário Nacional, visa o reconhecimento ao direito à restituição dos valores pagos indevidamente pelo contribuinte, nos seguintes ocasiões: (i) quando há cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido (ii) na ocorrência de erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; (iii) na reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão que condenou o contribuinte ao pagamento do tributo.

Todavia, o prazo para o exercício do direito processual à restituição dos tributos pagos indevidamente extingue-se com o decurso do prazo de 5 anos, contados, nos termos do artigo 168 do Código Tributário Nacional: (i) da data da extinção do crédito que se opera através do pagamento, da compensação ou por meio da conversão do depósito em renda ou (ii) da data em que tornar definitiva a decisão administrativa ou judicial, que reformar, anular ou rescindir decisão condenatória.

A petição inicial da ação de repetição de indébito como toda ação de conhecimento, de rito ordinário, deve respeitar os requisitos exigidos pelos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil, devendo ainda conter o pedido de condenação do ente público à restituição dos valores pagos indevidamente, com os acréscimos legais, que envolve juros e correção monetária.

Os juros e correção monetária de indébito tributário federal são realizados através da aplicação da Taxa SELIC, que conjuga os dois fatores de atualização (juros e correção monetária). Já no âmbito estadual e municipal, cada ente é autônomo para estabelecer os índices de juros e atualização aplicáveis à restituição.

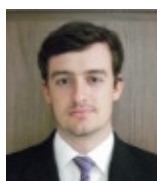
Com a procedência da ação, o ente público litigante será condenado à restituição do tributo indevidamente pago, com seus acréscimos legais. Caso seja julgada improcedente a ação de restituição de indébito, será declarada a inexistência do direito à restituição.

Questão relevante à restituição de tributos pagos indevidamente, diz respeito à norma contida no artigo 166 do CTN, que assim dispõe: “A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la”.

O artigo acima trata do tributo, denominado pela doutrina, como “indireto”, uma vez que o mesmo comporta, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro. Em outras palavras, o encargo do tributo indireto é transferido do sujeito de direito (quem deveria pagar) para o sujeito de fato (quem efetivamente paga).

Conforme a súmula 546 do Supremo Tribunal Federal: - “Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quanto reconhecido por decisão, que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de fato o “quantum” respectivo”, - o autor da ação deverá provar que assumiu o referido encargo ou que está autorizado a receber o valor, por aquele que assumiu o ônus, para propor a ação de restituição de indébito.

Portanto, o contribuinte que se sentir lesado ao recolher tributo indevido deve buscar as vias do judiciário, a fim de ver seu direito à restituição reconhecido, devendo, se necessário, provar que sofreu o encargo ou que está autorizado pelo contribuinte de fato para propor a ação. ✦



**Bruno Manfrin**, advogado da Celso Cordeiro de Almeida e Silva Advogados