

REVISTA  
Judiciária,  
DO PARANÁ



ISSN 2316-4212

REVISTA  
**Judiciária,**  
DO PARANÁ

**Diretor**

Joatan Marcos de Carvalho

**Editor**

Luiz Fernando de Queiroz

13

[www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)

Revista Judiciária do Paraná – Ano XII – n. 13 – Maio 2017  
Versão digital: [www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)  
Periodicidade: Semestral (novembro e maio)  
Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

**EDITOR RESPONSÁVEL**

Luiz Fernando de Queiroz

**COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO**

Geison de Oliveira Rodrigues  
Pollyana Elizabethe Pissaia

**REVISÃO**

Dulce de Queiroz Piacentini  
Noeli do Carmo Faria

**PRODUÇÃO GRÁFICA**

Jéssica Regina Petersen

**DIAGRAMAÇÃO**

Josiane C. L. Martins

**CAPA**

Priory

**FOTO DA CAPA**

Jubal S. Dohms

**Edição, Publicação e Distribuição**

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

[sac@bonijuris.com.br](mailto:sac@bonijuris.com.br)

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)  
Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do  
Paraná.— v. 1, n. 1— , (jan. 2006)— . — Curitiba :  
AMAPAR, 2006.

Semestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162  
CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 1.500 exemplares

# REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

## CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Frederico Mendes Junior

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

MEMBROS Denise Krüger Pereira  
Evandro Portugal  
Fernanda Karam de Chueiri Sanches  
Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

## CONSELHO EDITORIAL Albino de Brito Freire

Anita Zippin

Cláudia Lima Marques

Clèmerson Merlin Clève

Edson Ferreira Freitas

Fernando Antônio Prazeres

Francisco de Oliveira Cardoso

Ives Gandra da Silva Martins

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Jorge de Oliveira Vargas

José Laurindo de Souza Netto

José Sebastião Fagundes Cunha

Juarez Cirino dos Santos

Laurentino Gomes

Luiz Edson Fachin

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Manoel Caetano Ferreira Filho

Mário Frota

René Ariel Dotti

Ricardo Hasson Sayeg

Roberto Portugal Bacellar

Teresa Arruda Alvim

## **PATROCÍNIO**

Companhia Paranaense de Gás – **COMPAGAS**

## **APOIO INSTITUCIONAL**

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – **TJPR**

([www.tjpr.jus.br](http://www.tjpr.jus.br))

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

([www.emap.com.br](http://www.emap.com.br))

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

([www.ejal.org](http://www.ejal.org))

Rede Latino-Americana de Juízes – **REDLAJ**

([www.redlaj.net](http://www.redlaj.net))

# ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

## DIRETORIA

PRESIDENTE

Frederico Mendes Junior

1º VICE-PRESIDENTE

Nilce Regina Lima

2º VICE-PRESIDENTE

Antonio Acir Hrycyna

3º VICE-PRESIDENTE

Aurênio José Arantes de Moura

4º VICE-PRESIDENTE

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

5º VICE-PRESIDENTE

João Maria de Jesus Campos Araújo

6º VICE-PRESIDENTE

Leonardo Ribas Tavares

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Sigurd Roberto Bengtsson

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

1º TESOUREIRO

Antonio José Carvalho da Silva Filho

DIRETORES EXECUTIVOS

Eduardo Casagrande Sarrão

Diego Santos Teixeira

Roberto Antonio Massaro

César Ghizoni

Fernando Bueno da Graça

Marco Vinicius Schiebel

Marcelo Pimentel Bertasso

Nicola Frascati Junior

Antonio Lopes de Noronha Filho

## DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA

Leonardo Bechara Stancioli

BOAS PRÁTICAS

Joeci Machado Camargo

APOSENTADOS

João Maria de Jesus Campos Araújo

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Carlos Henrique Licheski Klein

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Glauco Alessandro de Oliveira

Antônio José Carvalho da Silva Filho

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marcos Antonio da Cunha Araujo

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas

Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO

Francisco Carlos Jorge

CULTURAL – DIRETOR

Noeval de Quadros

CULTURAL – MEMBROS

Ivanise Maria Tratz Martins

Flavia da Costa Viana

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

Oswaldo Canela Junior

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

ESPORTES

Davi Pinto de Almeida

ESPORTES – ATLETISMO

Roger Vinicius Pires de Camargo Oliveira

Shaline Zeida Ohi Yamaguchi

ESPORTES – FUTEBOL

Davi Pinto de Almeida

ESPORTE FEMININO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

INFORMÁTICA

Rui Portugal Bacellar Filho

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL

Bruna Cavalcanti de Albuquerque  
Zandomeneco

INTEGRAÇÃO – INTERIOR

Marcelo Pimentel Bertasso

JURÍDICO

Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS

Sérgio Luiz Kreuz

MEMÓRIA E ARQUIVO

Chloris Elaine Justen de Oliveira

MÚTUA

Themis Almeida Furquim Cortes

OBRAS – DIRETOR

Fernando Ferreira de Moraes

OBRAS – VICE-DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA

Suzana Massako Hiram Loreto de Oliveira

PATRIMÔNIO

Marco Vinicius Schiebel

PENSIONISTAS

Marília de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

RECURSOS HUMANOS

Erick Antonio Gomes

SERSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS

José Luiz Dosciatti

Gilberto Ferreira

Raul Luiz Gutmann

André Carias de Araújo

SOCIAL – DIRETORA

Beatriz Fruet de Moraes

SOCIAL – VICE-DIRETORAS

Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa

Andrea Fabiane Groth Busato

TÊNIS – DIRETORES

Wilson José de Freitas Junior

André Carias de Araujo

**SEDES**

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Rodrigo Luis Giacomini

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

GUARATUBA – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araújo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR

Ademir Ribeiro Richter

MARINGÁ – DIRETOR

Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

José Camacho Santos

PILARZINHO – DIRETOR

Leomir Binbara de Mello

PILARZINHO – VICE-DIRETOR

Romero Tadeu Machado

PIRAQUARA – DIRETOR

Nelson França Pereira

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR

Davi Pinto de Almeida

PONTA GROSSA – DIRETORA

Noeli Salette Tavares Reback

PONTA GROSSA – VICE-DIRETORA

Heloisa da Silva Krol



## CONSELHO FISCAL

### PRESIDENTE

Jederson Suzin

### MEMBROS

Jeane Carla Furlan

Giovanna Rechia de Sá

Marcel Ferreira dos Santos

Marcos Antônio de Souza Lima

Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch

Ricardo Luiz Gorla

Walter Ligeiri Junior

### SUPLENTES

Beatriz Fruet de Moraes

Branca Bernardi

Fabício Voltaré

Juliano Albino Mânica

Marcelo Quentin

## COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

### PRESIDENTE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

### MEMBROS DA COMISSÃO

Carlos Henrique Licheski Klein

Alexandre Gomes Goncalves

Oswaldo Soares Neto

Ariel Nicolai Cesa Dias

## EMAP

### DIRETOR GERAL

José Laurindo de Souza Netto

### SUPERVISOR PEDAGÓGICO

Clayton de Albuquerque Maranhão

### COORD. GERAL DE CURSOS

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

### CURITIBA – DIRETOR

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

### CURITIBA – VICE-DIRETOR

Eduardo Novacki

### CASCAVEL – DIRETOR

Leonardo Ribas Tavares

### CASCAVEL – VICE-DIRETORA

Filomar Helena Perosa Carezia

### FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

### FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio de Souza Lima

### LONDRINA – DIRETOR

Rodrigo Afonso Bressan

### LONDRINA – VICE-DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

### MARINGÁ – DIRETOR

Fabio Bergamin Capela

### MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Marcel Ferreira dos Santos

### PONTA GROSSA – DIRETOR

Hélio César Engelhardt

### PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Periotto

## **JUDICEMED**

PRESIDENTE

Frederico Mendes Junior

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Nicola Frascati Junior

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Stewart Camargo Filho

CONSELHO FISCAL – MEMBROS

Rui Antonio Cruz

José Candido Sobrinho

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Michela Vechi Saviato

CONSELHO GESTOR

Antonio Renato Strapasson

Hayton Lee Swain Filho

Shiroshi Yendo

Antonio Loyola Vieira

## **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ**

[www.amapar.com.br](http://www.amapar.com.br)

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

## **ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA**

[www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)

# APRESENTAÇÃO

Certamente seria exagero dizer que a Revista Judiciária do Paraná é uma revista conhecida nacionalmente, mas não seria excessivo afirmar que ela já é conhecida nos meios jurídicos, não só em nosso país, como em vários outros.

E assim é porque a RJP tem publicado textos estrangeiros nos seus originais e continuará a fazê-lo; a outra razão, para que tenha essa penetração diversificada, se deve ao fato de publicar assuntos atuais das mais diversas áreas jurídicas e, ainda, por ter uma distribuição dirigida e consistente.

A revista é distribuída aos magistrados paranaenses em atividade e enviada aos ministros dos tribunais superiores; é também encaminhada a todos os tribunais, associações de magistrados e escolas da magistratura, assim como algumas outras entidades, parlamentares e ministros.

Como já anteriormente salientado a manutenção da RJP ainda em edição impressa (suporte de papel), assim como a qualidade de sua edição se deve ao inestimável e excepcional apoio que este veículo vem recebendo da Editora Bonijuris e seu editor, Luiz Fernando de Queiroz.

É inegável que o suporte e a decisão de persistir com a publicação, de parte do presidente da Amapar, Frederico Mendes Júnior, assim como dos demais presidentes que o antecederam, constituem a razão de ser da RJP, que em conjunto com a Revista da Emap, compõem a voz judiciária do estado.

As tratativas que vem sendo mantidas indicam que para os próximos números a revista estará recebendo um maior apoio institucional e suporte econômico de outras entidades paranaenses, necessários para a sua maior penetração e qualificação.

Agradecimentos especiais a todos que direta e indiretamente contribuem para que a RJP seja uma realidade – autores, conselheiros, patrocinadores, funcionários, colaboradores e amigos.

A Revista Judiciária do Paraná pode ser acessada online, em sua página: [www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br) e artigos para publicação devem ser encaminhados para: [revistajudiciaria@amapar.com.br](mailto:revistajudiciaria@amapar.com.br).

Boa leitura.

Curitiba, maio de 2017.

**Joatan Marcos de Carvalho** – Diretor

# SUMÁRIO

## ANÁLISE

1. Responsabilidade civil e *surveillance*: as *commodities* digitais e o risco da atividade ..... 17  
*Paulo Roberto Pegoraro Junior*  
*Leonardo Baldissera*  
*Alexandre Barbosa da Silva*  
*José Laurindo de Souza Netto*  
*Alfredo Copetti Neto*

## DOCTRINA

2. O pobre no direito penal e processo penal ..... 37  
*René Ariel Dotti*
3. A reforma previdenciária e as imunidades tributárias ..... 44  
*Ives Gandra da Silva Martins*
4. Foucault: poder como guerra e direito como dominação política ..... 68  
*Juarez Cirino dos Santos*
5. Nulidades no Código de Processo Civil de 2015 ..... 74  
*Teresa Arruda Alvim*
6. Limites, possibilidades e consequências da extensão do contraditório ao inquérito policial (Reflexões sobre o PLS 366/2015) ..... 91  
*Eduardo Cambi*  
*Gerson Ziebarth Camargo*
7. Direitos da personalidade: Disposição do próprio corpo e doação de órgãos e tecidos na legislação brasileira ..... 110  
*Erenê Oton França de Lacerda Filho*
8. Incidente de insanidade mental: anotações aos arts. 149 a 154 do CPP com referências à jurisprudência ..... 123  
*Gustavo Britta Scandelari*

9. A concepção do crime a partir da análise da lenda “Diante da Lei” da obra <i>O Processo</i> de Franz Kafka .....	143
<i>Valine Castaldelli Silva</i>	
10. Código de Defesa do Consumidor (CDC): marco em inovação e cidadania .....	149
<i>Oriana Piske de A. Barbosa</i>	
<i>Cláudio Nunes Faria</i>	
<i>Cristiano Alves da Silva</i>	
11. O agravo regimental e o princípio da dialeticidade no novo CPC .....	164
<i>Otávio de Abreu Portes</i>	
<i>Rubens Augusto Soares Carvalho</i>	
12. Audiência de apresentação/custódia (Resolução CNJ 213/2015) .....	169
<i>Renato Marcão</i>	
13. Fraude à execução e a inconstitucionalidade da presunção absoluta no novo CPC/2015 .....	180
<i>Gelson Amaro de Souza</i>	
14. Atuação do Poder Judiciário nas internações compulsórias de dependentes químicos .....	236
<i>Wanderlei José dos Reis</i>	

#### **EM DESTAQUE**

14. República dos injustiçados .....	247
<i>Albino Freire</i>	

#### **JURISPRUDÊNCIA**

15. Ementário do TJPR .....	251
Administrativo, 253	
Civil, 262	
Criminal, 276	
Processo Civil, 288	
Tributário, 301	

# ANÁLISE





# Responsabilidade civil e *surveillance*: as *commodities* digitais e o risco da atividade

## **Paulo Roberto Pegoraro Junior**<sup>1</sup>

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

## **Leonardo Baldissera**<sup>2</sup>

Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – GVLaw (2015)

## **Alexandre Barbosa da Silva**<sup>3</sup>

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná

## **José Laurindo de Souza Netto**<sup>4</sup>

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

## **Alfredo Copetti Neto**<sup>5</sup>

Pós-doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos

**Resumo:** A prática de escavação de informações digitais pela rede mundial de computadores pode ser caracterizada a partir do conceito da *surveillance*. O processo implica a construção das *commodities* digitais, pelas quais as empresas acessam informações sobre grupos e indivíduos, fomentando a atividade econômica por meio do consumo direcionado. Nos casos em que tais processos resultem na violação dos direitos da personalidade é necessário invocar a aplicação da responsabilidade civil objetiva decorrente do risco da atividade, uma vez que o risco assumido pelas empresas, quando da utilização dos dados pessoais coletados, acaba sendo inerente à atividade comercial desenvolvida.

## Introdução

UM DOS PROCESSOS-CHAVE para caracterizar a *surveillance* é o atual uso de bancos de dados indexáveis no processamento de dados para diversas finalidades. Entende-se, portanto, que as novas infraestruturas da tecnologia da informação, ao permitirem o processamento em tempo real e o armazenamento ilimitado de dados, não apenas “qualificam” a vigilância, mas introduzem mudanças qualitativas que permitem um “salto” em direção ao conceito de *surveillance*<sup>6</sup>. Assim, “*computers in tandem with advanced statistical techniques help inaugurate a new dimension of surveillance*”<sup>7</sup>. [Tradução dos autores: “computadores em conjunto com técnicas estatísticas avançadas ajudam a inaugurar uma nova dimensão de vigilância”]

Nesse sentido, é possível demonstrar algumas características da *new surveillance* capazes de diferenciá-la das formas tradicionais de controle social. Trata-se não apenas de uma “versão eletrônica da vigilância”, mas de um fenômeno qualitativamente novo, que possui alguns diferenciais<sup>8</sup>.

É significativa a diferenciação entre a vigilância no sentido tradicional e as técnicas envolvidas na reunião e utilização da informação, que assume caráter endêmico na sociedade contemporânea, tendo por objetivo a coleta, o armazenamento, o processamento, a individualização sistemática dos dados sobre as pessoas (em especial, os consumidores), em determinados grupos. Logo, o elemento “líquido”<sup>9</sup> e, por consequência, de difícil controle que caracteriza o fluxo de dados por sistemas de computadores é um traço essencial do que se quer, aqui, denominar *surveillance*.

Papel determinante no entendimento de tal fenômeno envolve os algoritmos, que desempenham função no âmbito do acesso e manipulação de dados pela internet, inclusive daqueles inseridos entre os direitos fundamentais da privacidade. O conjunto das instruções envolvidas na definição e execução dos modelos de buscas, a partir de uma sequência de operações autômatas<sup>10</sup>, não está, por sua vez, sujeito ao controle humano, dado que o resultado independe da atuação volitiva do sujeito. O próprio marco civil brasileiro da internet arrola como princípio do uso da rede a preservação e garantia da neutralidade (art. 3º, inc. IV, da Lei 12.965/14), ou seja, os pacotes de dados deverão receber tratamento

isonômico independentemente de seu conteúdo, dispositivo de acesso, origem, serviço, terminal ou aplicação.

Ainda que o *design* do algoritmo, mesmo que voltado para a *surveillance*, não se dê de forma deliberada no sentido da violação de dados protegidos pela esfera da privacidade ou da intimidade, sua execução pode sim implicar tal violação. Se não há que se cogitar na responsabilidade civil de quem desenvolveu o algoritmo, por se tratar de mero instrumento, cabe discorrer acerca do fundamento que envolve não apenas a isenção de responsabilidade, mas, sobretudo, a atribuição da responsabilidade de quem faz uso das ditas informações acessadas por meio do mecanismo.

Daí que se revela plausível a assimilação da teoria da causalidade adequada para explicar o fenômeno, e, em especial, a responsabilidade a partir do risco da atividade.

## 1. Da *surveillance* e a formação das *commodities* digitais

O desenvolvimento computacional trouxe consigo o aperfeiçoamento dos mecanismos de busca e indexação das informações, as quais acabam sendo colhidas diretamente do consumidor ou absorvidas de forma indireta e não consensual. A prática de obtenção de dados, entretanto, não é nova no ramo empresarial, muito embora tenha se desenvolvido exponencialmente com o avanço tecnológico. A realidade é que, desde a percepção de que informação tem potencial de consumo, podendo ser atrelada a uma cadeia operacional de produtos, as empresas vêm se estruturando para fomentar suas atividades de modo direcionado.

Exemplo simples disso é a obtenção de dados por meio de preenchimento de cadastros pessoais junto aos estabelecimentos comerciais, prática comum do universo varejista que serve para quantificar e qualificar o consumidor de determinadas mercadorias. O fornecimento espontâneo da informação, notadamente pelo antigo meio físico, vem dando lugar aos mecanismos modernos de busca e associação de dados, permitindo não só a qualificação do consumidor como um dire-

cionamento específico daquilo que pode ser comercializado e também seus hábitos.

O que se tem estabelecido é a prática de uma verdadeira vigilância mercantil por meio de mecanismos tecnológicos, amparados por algoritmos predeterminados, voltados à captura da informação e/ou coleta de dados. Em outras palavras, tem-se a prática da *surveillance*, a qual difere do conceito tradicional de vigilância, caminhando para uma ideia conceitual relativa à absorção, armazenamento e processamento ilimitado de informações.

Elias Jacob de Menezes Neto<sup>11</sup> apresenta uma leitura pontual daquilo que se quer definir como *surveillance*, relacionando-a às novas infraestruturas da tecnologia da informação:

Um dos processos-chave para caracterizar a *surveillance* é o atual uso de bancos de dados indexáveis no processamento de dados para diversas finalidades. Entende-se, portanto, que as novas infraestruturas da tecnologia da informação, ao permitirem o processamento em tempo real e o armazenamento ilimitado de dados, não apenas “qualificam” a vigilância, mas introduzem mudanças qualitativas que permitem um “salto” em direção ao conceito de *surveillance*.

A ideia da *surveillance* decorre, portanto, da interação de uma vigilância aprimorada pelos meios tecnológicos, ocorrendo de modo deliberado e com proporções imensuráveis, no escopo da coleta de dados e informações. Nesse sentido, a tecnologia tornou-se um instrumento permissivo que aprimorou o mecanismo da *surveillance*.

Muito embora a prática da *surveillance* também aconteça fora do âmbito empresarial, por meio de um aparato governamental específico (agências de inteligência), a ideia central do artigo envolve a perspectiva que a *surveillance* detém na seara empresarial, como elemento facilitador do consumo e incremento econômico, a ponto de integrar a cadeia operacional de empresas.

Em 2002 a rede americana Target, diante da ideia de que a informação obtida de seu consumidor era importante elemento fomentador de consumo, contratou o analista de dados Andrew Pole para desenvolver

um aperfeiçoamento das informações obtidas dos seus clientes, quando das compras realizadas, dos cadastros preenchidos, ou mesmo dos cartões de créditos utilizados. A ideia da Target era associar os inúmeros dados de seus consumidores para estabelecer um padrão de compras por perfil individual demográfico e conseguir identificar a necessidade ou desejo de consumo de determinada pessoa.

Ocorre que após uma série de estudos e desenvolvimento tecnológico, a Target, por meio de uma complexa análise de dados, conseguiu identificar um padrão de informações e interesses tão preciso que passou a ‘prever’, sem que seus clientes soubessem, fatos pessoais e rotinas futuras de seus consumidores. Conforme esclarece Charles Duhigg<sup>12</sup>, a coleta e utilização da informação, por meio de um gigantesco banco de dados, permitiu que a Target fomentasse o marketing de produtos ao ponto de antecipar hábitos consumistas de determinadas pessoas.

Pode-se dizer que tal prática caracteriza a ideia de *data mining* (mineração de dados, no significado literal) pela iniciativa privada, destinada ao melhoramento e incremento do consumo. Charles Duhigg<sup>13</sup> exemplificou a intenção e o mecanismo da coleta de dados utilizada pela Target:

A Target queria tirar vantagem desses traços individuais. Mas quando milhões de pessoas passam pelas suas portas todos os dias, como manter controle de preferências e padrões de compras? (...) Há pouco mais de uma década, a Target começou a construir um vasto armazém de dados que atribuía a cada comprador um código de identificação – conhecido internamente como “número do visitante” – que mantém um registro de como cada pessoa comprava. Quando um cliente usava um cartão de crédito emitido pela Target, entregava uma etiqueta de fidelidade no caixa, trocava um cupom recebido em casa pelo correio, preenchia uma pesquisa, devolvia um produto para reembolso, telefonava para o atendimento ao cliente, abria um e-mail da Target, visitava a Target.com ou comprava qualquer coisa on-line, os computadores da empresa registravam. Um registro de cada compra era ligado ao número do visitante desse comprador, junto com informações sobre todas as outras coisas que ele já tinha comprado até hoje.

Mencionados elementos evidenciam a prática da *surveillance* empresarial ou, como dito acima, a existência de verdadeira vigilância mercantil que se encontra atrelada às atividades comerciais desenvolvidas pelas empresas. Em tal hipótese, o armazenamento de informações e dados (*data mining*) é resultado direto das técnicas de *surveillance*, ou seja, as pesquisas na internet, as compras realizadas, os cadastros preenchidos, ou mesmo os *likes* proferidos nas redes sociais representam informações que abastecem bancos de dados, os quais, posteriormente, serão utilizados de modo a impulsionar o comércio e a economia.

As *commodities* digitais oriundas da prática da *surveillance*, além de possuírem um valor comercial direto, apresentam um elemento econômico indireto

o processamento dessa informação – através de novas infraestruturas da tecnologia, ou por meio de algoritmos – possibilita que sejam revelados padrões, tendências e informações da vida de cada indivíduo no papel de consumidor, que é o real objeto de desejo da área empresarial.

As *commodities* digitais oriundas da prática da *surveillance*, além de possuírem um valor comercial direto, apresentam um elemento econômico indireto, que se insere nas etapas de comercialização de determinado bem. Nesse sentido, Zygmunt Bauman e David Lyon esclarecem que “*most consumer commodities on offer in the consumer market derive their attraction and their power to enlist keen customers from their genuine or imputed, explicitly advertised or obliquely implied investment value*”<sup>14</sup>.

Todo esse aparato tecnológico que permitiu aprimorar a ideia de consumo da informação, em estado bruto ou processado, por meio da prática da *surveillance* e da formação das *commodities* digitais, pode representar, todavia, violações aos direitos personalíssimos dos consumidores e das pessoas que porventura tenham sua intimidade violada.

## 2. Da responsabilidade objetiva decorrente do risco da atividade

A composição do conflito de interesses, embalada pela ideia da restituição ao *statu quo ante*, é o motor da responsabilidade civil, de modo que toda atividade que acarreta prejuízo a outrem gera a respectiva obrigação de indenização. Aliás, José Aguiar Dias já apontava que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”<sup>15</sup>.

É ínsita a compreensão de que quaisquer atos, fatos ou negócios jurídicos que acarretem dano devem levar, segundo a ordem jurídica, à restauração de um equilíbrio material ou moral, já que um dano não reparado representa fator de inquietação social, como adverte Geraldo Frazão de Aquino Junior<sup>16</sup>:

Com vistas a abarcar uma maior gama de fenômenos, de molde a fazer com que considerável parcela dos danos não reste irressarcida, os ordenamentos jurídicos contemporâneos têm procurado alargar o campo do dever de indenizar, englobando situações antes não previstas, principalmente se se toma em conta a crescente complexidade da sociedade atual e as inovações tecnológicas levadas a efeito no contexto atual do mundo globalizado e do desenvolvimento dos meios de comunicação.

A tendência, em termos de responsabilidade civil, caminha no sentido de, mais do que apontar o responsável pelo dano, dizer como ele será reparado<sup>17</sup>. Ampliam-se os casos de responsabilidade objetiva, em que não se perquire o elemento subjetivo da culpa, e atribui-se maior liberdade ao juiz para identificar em que situações há um risco criado capaz de ocasionar danos advindos do exercício de atividades consideradas perigosas. O centro das preocupações em matéria de responsabilidade civil passou do homem, tomado isoladamente, para o homem considerado coletivamente, fruto das próprias demandas e expectativas de massa, voltando-se quiçá o olhar para a construção de uma sociedade que resgate os valores éticos em prol da redefinição da arquitetura social em que vivemos. Nessa linha, discorre Albuquerque Junior<sup>18</sup>:

Hoje, porém, o dano extrapatrimonial ganha enorme volume, pressiona por um sistema de reparação mais eficaz e a teoria clássica se mostra exaurida pelo fenômeno da erosão dos filtros e aparentemente incapaz de uma renovação sobre as mesmas bases.

Do panorama exposto se aduz que o método subjuntivo clássico da reparação de dano foi implodido por dentro, a partir de suas próprias contradições e insuficiências frente às novas demandas com que passou a se defrontar. Esvaziado o conteúdo do suporte fático, a sistemática tradicional não dá conta do problema da indenização nos termos em que hoje é posto.

Segundo Anderson Schreiber<sup>19</sup>, destacam-se como tendências da responsabilidade civil: a flexibilidade dos tribunais na exigência da prova do nexo causal; a coletivização das ações de responsabilidade civil, que permite superar a dificuldade de acesso individual à justiça e assegura uma decisão unitária para todas as vítimas; a expansão do dano ressarcível, abrangendo dano à vida sexual, dano por nascimento indesejado, dano à identidade pessoal, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de férias arruinadas etc.; a despatrimonialização da reparação, na medida em que os tribunais passaram a valer-se de instrumentos extrapatrimoniais como a retratação pública; a preponderância na prevenção dos danos, por meio da atuação das agências reguladoras e órgãos de fiscalização; e, por fim, a substituição da indenização pelo seguro.

As inovações tecnológicas, tais como aquelas decorrentes dos novos desafios impostos pela internet, trazem consigo a oportunidade de aprofundar, complexificar e refundar posições e conceitos jurídicos, em especial no âmbito da responsabilidade civil, tal como quiçá tenha se dado com o advento dos veículos com propulsão à combustão interna em substituição aos veículos de propulsão animal, ao final do século 19. A avalanche de novos arranjos sociais, culturais, jurídicos, informacionais, sociológicos, decorrentes da revolução tecnológica em curso, plasmadas em alterações vertiginosas de como os sujeitos interagem – muitas vezes por uma interface digital, ou até mesmo com outra máquina –, tem levado a um modelo de contratação e de captura de infor-



mações que era inimaginável 20 ou 30 anos atrás, ou ao menos não na velocidade em que se verifica. Não à toa cientistas da área da informática apregoam que um algoritmo sabe mais da pessoa do que a própria pessoa, pela quantidade avassaladora de dados que é capaz de cruzar e fomentar, chegando a conclusões.

Nesse quadro, as hipóteses de responsabilidade por danos abarcam uma ampla gama de situações, que podem ser classificadas, exemplificativamente, de acordo com o âmbito de regulação incidente<sup>20</sup>: (a) injúrias e calúnias dirigidas a usuários individuais ou coletivos, provocadas pelo conteúdo informativo; (b) danos causados aos consumidores; (c) danos ao direito de propriedade no contexto da concorrência desleal; (d) violações à privacidade do usuário; e (e) responsabilidade criminal.

No caso de danos aos usuários causados por prática de atos ilícitos na rede de computadores em decorrência da *surveillance* ou mineração digital, tem-se que o ponto fulcral desse tipo de conduta é quanto à violação do direito de privacidade e seu uso para fins não autorizados, mas o primeiro problema a ser enfrentado diz respeito à determinação da licitude, ou não, dessa informação, pois há uma coleta de dados muitas vezes ao completo desconhecimento do agente. É de se ressaltar que o bem jurídico protegido em uma sociedade imbuída dos valores democráticos é a livre circulação de ideias e de informações, desde que tais não afetem os direitos de personalidade ou violem a privacidade.

Na medida em que a *surveillance* pressupõe uma mineração de dados sem a anuência ou sem o conhecimento do agente, então qualquer uso posterior que se faça, especialmente sob o aspecto comercial, e que venha a causar danos acarreta o dever de indenizar. A coleta dos dados, assim, está inserida no contexto de duas normas que a albergam: a que protege a livre manifestação do pensamento, de um lado, e, de outro, a que tutela a vida privada de um indivíduo.

A coleta dos dados está inserida no contexto de duas normas que a albergam: a que protege a livre manifestação do pensamento e a que tutela a vida privada de um indivíduo

A análise do regime jurídico do tratamento de dados pessoais dos usuários da internet exige, além da interpretação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), a interpretação do CDC, sendo o âmbito de aplicação deste último definido em seu art. 3º, § 2º, de acordo com o qual o Código é aplicável aos serviços fornecidos no mercado de consumo mediante remuneração. Esse conceito abrange as transações realizadas pela internet, incluindo aquelas que não acarretam diretamente ônus aos usuários, mas que podem implicar a mineração de dados<sup>21</sup>. Destaca Laura Schertel Mendes<sup>22</sup>:

Conforme interpretação dominante da jurisprudência, um serviço pode ser oferecido gratuitamente ao consumidor e, ainda assim, ser considerado remunerado, tendo em vista que obtém ganhos indiretos. É o que ocorre com diversos serviços e aplicações na internet, que, embora aparentemente gratuitos, se remuneram por meio de publicidade e da comercialização dos dados de navegação do usuário.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece uma proteção integral da pessoa nas relações de consumo, seja dos seus interesses econômicos, seja da sua integridade e personalidade. Ademais, o caráter principiológico das suas normas tem se mostrado aberto o suficiente para oferecer soluções para os novos conflitos relacionados à tecnologia da informação. O papel central que o CDC exerce para a proteção da pessoa no ordenamento jurídico brasileiro, para além do mero funcionamento adequado do mercado, pode ser explicado em razão da sua origem e de sua vinculação constitucional.

E é por meio da aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor e do Marco Civil da Internet ao tratamento de dados pessoais dos consumidores no ambiente virtual que é possível se extrair um direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais, o qual nada mais é que o reflexo, no âmbito infraconstitucional, do direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, na sua dimensão da proteção de dados pessoais. Afinal, o próprio CDC, em seu art. 7º, estabelece que o catálogo de direitos básicos do consumi-

dor é meramente exemplificativo, admitindo-se o reconhecimento de outros direitos “decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

Assim, o Marco Civil da Internet também traz um catálogo de direitos do usuário relacionados à privacidade e à proteção de dados (art. 7º) que, interpretados em conjunto com os direitos do consumidor, acabam por formar um significativo arsenal de proteção da privacidade e dos dados pessoais do consumidor na internet.

Por meio da interpretação sistemática dessas normas, Laura Schertel Mendes<sup>23</sup> logrou bem delinear os contornos de um direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais:

Tem-se que o direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais envolve uma dupla dimensão: (i) a tutela da personalidade do consumidor contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais e (ii) a atribuição ao consumidor da garantia de controlar o fluxo de seus dados na sociedade.

O conceito envolve tanto um elemento subjetivo, decorrente do controle dos dados pessoais pelos próprios usuários, quanto um aspecto objetivo, envolvido na proteção contra os riscos causados pelo tratamento dos dados pessoais. Em relação ao controle dos dados, um ponto que entra em cena é a questão da autorização do usuário quanto ao uso dos dados, eis que somente ele poderá decidir a respeito do fluxo das informações na rede. Tal conceito, que já podia ser inferido do Código de Defesa do Consumidor, tornou-se requisito expresso a partir da promulgação do Marco Civil, mediante a concretização do princípio da liberdade de escolha do consumidor (art. 6º, II, CDC). A regra do consentimento está prevista no art. 7º, VII e IX, do Marco Civil da Internet. Enquanto o inc. VII condiciona o fornecimento a terceiros dos dados pessoais ao consentimento livre, expresso e informado do usuário, salvo em caso de

previsão legal, o inc. IX estabelece norma geral acerca do consentimento em caso de coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, prevendo ainda que o consentimento deve constar de cláusula destacada. Para que o consentimento constitua a real manifestação de vontade do consumidor de submeter os seus dados pessoais a tratamento, ele tem que atender a determinados requisitos. Assim, entende-se que o consentimento somente é válido se for expresso, livre, específico e informado.

A despeito do consentimento para o tratamento de dados, a escavação digital deve levar em conta a boa-fé objetiva, os impactos e os riscos do tratamento e a boa-fé objetiva, a qual pode ser entendida, no dizer de Claudia Lima Marques<sup>24</sup>, como

uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando os seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações.

A abusividade, nesse sentido decorrente da violação da boa-fé objetiva, independe do consentimento do consumidor, pois a boa-fé impõe uma regra de conduta e um *standard* objetivo, de cunho imperativo e não dispositivo. Como afirma Stefan Grundmann, uma das principais tendências do direito contratual moderno é a “otimização da liberdade por meio do fortalecimento de standards protetivos”<sup>25</sup>, o que denota a tendência atual de se buscar mais liberdade material para ambas as partes contratuais, em detrimento de um conceito exclusivamente formal de liberdade contratual. Esse fenômeno, também conhecido como a materialização do direito privado, tem sido realizado por meio de importantes instrumentos normativos, entre os quais a concretização do princípio da boa-fé.

Nesse contexto, vale mencionar o caso Sears, investigado pela *Federal Trade Commission*, que suscitou o debate sobre os limites do consentimento no tratamento de dados pessoais e abordado por Laura Schertel Mendes em seu artigo “O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor”<sup>26</sup>:

No caso, a empresa foi investigada por suspeita de violação à privacidade, em razão da prática de oferecer US\$ 10,00 aos consumidores que visitassem o site da empresa e permitissem a instalação de um “software de pesquisa”, que iria analisar a navegação online do consumidor. A publicidade da prática envolvia termos como “participe de interações emocionantes – sempre nos seus termos e de acordo com a sua escolha”. Ocorre que o software, na realidade, possibilitava um vasto grau de monitoramento dos hábitos dos consumidores relacionados à navegação na internet, inclusive de sites criptografados, abrangendo desde extratos bancários online, registros de remédios, registros de aluguel de vídeo, históricos de empréstimo de biblioteca até dados relativos ao e-mail do consumidor. A Federal Trade Commission entendeu serem insuficientes as informações fornecidas ao consumidor a respeito da extensão do monitoramento, pois elas eram veiculadas apenas no meio de um longo termo de licença, ao qual os consumidores só conseguiam acesso depois de um complicado processo de registro. Um acordo foi fechado em 2009 com a empresa, que previu a destruição de todos os registros armazenados e a comunicação aos consumidores sobre como desinstalar o referido software.

O enfoque na boa-fé objetiva poderia contribuir para análise do caso, afinal a forma utilizada pela empresa para coletar os dados dos consumidores foi extremamente invasiva, em nada cumprindo com os requisitos de uma conduta legal, sem abuso e sem a busca de vantagens indevidas.

Seria o caso, contudo, de se cogitar se haveria alguma espécie de consentimento tácito por parte do usuário quando disponibiliza suas informações publicamente, tal como nas redes sociais (Facebook, Instagram, Twitter), no qual declina seus hábitos, seus dados pessoais, suas características físicas. Veja que em tal situação há uma exposição pública, prévia e consciente acerca dos dados do usuários, que estão ao alcance de qualquer outra pessoa, ou mesmo de máquinas (algoritmos) que tratem de atuar no modo *surveillance*. Isto é, ao disponibilizar tais informações em rede estaria o usuário anuindo com o seu uso?

A resposta pode ser desdobrada da seguinte forma: se não há qualquer ressalva do usuário, nenhuma advertência ou opção de preservação ou resguardo do sigilo de tais informações, não há por que se sustentar que o seu uso, seja lá por quem for, constitua-se numa ilegalidade em si ou na violação à boa-fé objetiva. Por outro lado, ainda que sua disponibilização se dê de forma pública, parece que eventuais danos pela manipulação dos dados inexoravelmente levam à responsabilidade civil de quem o fez.

Por exemplo, digamos que uma grande rede varejista reúna uma quantidade brutal de informações dos visitantes de seu site, clientes ou

**Ao disponibilizar tais informações em rede estaria o usuário anuindo com o seu uso?**

não, a partir da escavação digital, fazendo uso de informações disponibilizadas voluntariamente por eles, em redes sociais. Com base em algoritmos sofisticados, a empresa poderia cruzar um conjunto de dados e descobrir, ou ao menos apontar com alto grau de probabilidade, os hábitos dos visitantes do site, sua renda média, idade, filhos, endereço, e até mesmo as potenciais senhas que fariam uso para acessar o banco. Pois bem, se esta empresa, que reuniu as informações a tal nível, sofresse um ataque de hackers que furtassem essa quantidade imensa de informações e pudessem quebrar o sigilo bancário, ou mesmo invadir as contas dos usuários constantes da base de dados, parece claro que a empresa originalmente detentora ou captadora das informações responderia pelos prejuízos causados, se não objetivamente ao menos pelo descuido no tocante à guarda dos dados.

Veja que no caso não se tratou de violação de boa-fé na relação direta com o usuário ou o cliente, senão no uso de um ferramental tecnológico que pode implicar, pela sua condição e pelo próprio risco da atividade, perigoso dano para terceiros. É, de outro lado, a proteção das legítimas expectativas do consumidor, já que ninguém imagina ou espera em sã consciência que os seus dados no Facebook possam levar alguém a acessar sua conta ou descobrir seu número do cartão de crédito. Assim, cabe ainda proteger “as expectativas legítimas que nasceram no outro contratante, que confiou na postura, nas

obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração do parceiro<sup>27</sup>.

No caso das redes sociais, propriamente, não há uma expectativa do consumidor de confidencialidade em relação àqueles dados; há, porém, uma expectativa de que os dados não sejam utilizados em contexto completamente diverso daquele em que foram gerados.

Outro critério essencial para a avaliação da legitimidade do tratamento de dados pessoais é o exame do impacto e dos riscos para o consumidor decorrentes do tratamento de dados. Afinal, se um dos objetivos principais do direito básico à proteção de dados é exatamente a proteção contra os riscos advindos do processamento de informações, é preciso verificar quais são os efeitos de um determinado tratamento de dados para que se avalie a sua legitimidade ou não. Assim, é possível afirmar que, se o processamento de dados ocasionar um efeito tido como ilícito pelo ordenamento jurídico, ele será claramente ilegítimo, ensejando o dever de indenizar.

## Considerações finais

O ferramental oferecido pela internet representa um esforço sensível no sentido do aprimoramento de conceitos envolvidos na dimensão do espaço-tempo, atuando disruptivamente no processo comunicacional e oferecendo a possibilidade inédita de que uma quantidade imensa de dados decorrentes da mineração digital ou da prática da *surveillance* esteja à disposição.

Ao reunir as informações captadas, no entanto, o mecanismo da *surveillance* pode atingir diversos aspectos relacionados ao direito da personalidade e violar o direito à intimidade dos usuários, tamanha é a capacidade de conjugar dados e, por meio de algoritmos, propor e encontrar respostas para indagações de alta complexidade.

Seu uso, contudo, caso produza prejuízo ou viole as regras elementares de boa-fé consumerista, entre outras, enseja a responsabilização civil, tanto com base nas disposições do Código de Defesa do Consumidor quanto por conta do Marco Civil da Internet.

## Notas

1. Paulo Roberto Pegoraro Junior. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR). Professor de Direito Processual Civil dos cursos de graduação em Direito e Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel (UNIVEL). Advogado. Vinculação Institucional: Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel, UNIVEL, Brasil. E-mail: pegorarojr@terra.com.br Telefone: 45 3304-4848. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1620956584142320>
2. Leonardo Baldissera. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – GVLaw (2015). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE (2012). Advogado. E-mail: baldisseraleo@gmail.com. Fone: 45 – 3304-4848. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2884768277656655>
3. Alexandre Barbosa da Silva. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Conceito 6 Capes). Bolsista CAPES no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior, com estudos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (2002). Graduado em Direito pela Universidade Paulista (1994). Procurador do Estado do Paraná. Vinculação Institucional: Escola da Magistratura do Paraná, EMP, Brasil. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito, CONPEDI, Brasil. Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel, (UNIVEL), Brasil. Telefone: 45 99972-3411. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9001465175088901>
4. José Laurindo de Souza Netto – Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1982), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Em 2004 concluiu o estágio de pós doutorado, junto ao departamento de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma “La Sapienza”, em programa de vinculado ao Ministério da Educação – Capes. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Vinculação Institucional: Centro Universitário UNINTER, Brasil. Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel, (UNIVEL). Universidade Paranaense, UNIPAR, Brasil. Complexo de Ensino Superior do Brasil Ltda, UNIBRASIL, Brasil. Universidade Estadual de Londrina, UEL, Brasil. Escola da Magistratura do Paraná, EMPR, Brasil. Telefone: 41 99972-1012. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>
5. Alfredo Copetti Netto. Possui pós-doutorado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/PDJ-CNPQ, 2014), doutorado em Teoria do Direito e da Democracia pela Università degli Studi Roma Tre (UNIROMATRE, 2010 – Revalidado UFPR) e mestrado em Direito Público (Filosofia do Direito) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, 2006). Vinculação Institucional: Universidade Estadual do Oeste do Paraná, UNIOESTE, Brasil. Unijuí, UNIJUÍ, Brasil. Università degli Studi di Roma La Sapienza, UNIROMA,



- Itália. Universidad Autonoma de Nayarit, U.A.NAYARIT, México. Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil. União Educacional do Norte, UNINORTE, Brasil. E-mail: alfredocopetti@yahoo.com. Telefone: 45 99956-1980. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6336504347602827>
6. MENEZES NETO, Elias Jacob. *Vigilância ou surveillance? Proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno*. Revista dos Tribunais, v. 939/2014, p. 159.
  7. LYON, David. *The electronic eye: the rise of surveillance society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994, p. 40.
  8. Cf. LYON, David. Obra citada, p. 53.
  9. BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Liquid surveillance: a conversation*. Cambridge: Polity Press, 2012. p. 33.
  10. CRUZ, Adriano Joaquim de Oliveira. *Algoritmos*. Núcleo de Computação Eletrônica da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 1997. Disponível em <<http://equipe.nce.ufrj.br/adriano/c/apostila/algoritmos.htm>>, acesso em 19 maio 2016.
  11. NETO Elias Jacob de Menezes. *Vigilância ou surveillance? Proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno*. Revistas dos Tribunais. v. 939/2014. 2014. p. 159. DTR/2014/25.
  12. DUHIGG, Charles. *O poder do hábito: por que fazemos o que fazemos na vida e nos negócios*. 1a. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
  13. Cf. DUHIGG, Charles. Obra citada, p. 200.
  14. BAUMAN, Zygmunt; LYON, David. *Liquid surveillance: a conversation*. Cambridge: Polity Press, 2012. p. 33. Tradução dos autores: “a maioria das commodities de consumo oferecidas no mercado obtém seu poder de atrair clientes com seu valor de investimento genuíno ou imputado, explicitamente anunciado ou implicitamente oculto”.
  15. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.
  16. AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. *A responsabilidade civil no âmbito do Marco Civil da Internet*. Revista dos Tribunais Nordeste, vol. 5/2014, p. 257-277, maio/jun 2014. p. 5.
  17. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 50.
  18. ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. *Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar*. Advocatus. ano 4. n. 6. Recife, ESA/OAB/PE. p. 70.
  19. SCHREIBER, Anderson. *As novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro. Ano 6. v. 22. abr.-jun. 2005. p. 45-69.
  20. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004. mar. 2011. p. 423-5.
  21. STJ – REsp 1308830, Rel. Min. Nancy Andrighi, 08.05.2012.
  22. MENDES, Laura Schertel. *O diálogo entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, v. 106/2016, p. 37-69.

23. MENDES, Laura Schertel. *O diálogo entre o marco civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, v. 106/2016, p. 39.
24. MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 181-2.
25. GRUNDMANN, Stefan. *The Future of Contract Law. European Review of Contract Law*, vol. 7, Issue 4, nov. 2011. p. 490-527.
26. MENDES, Laura Schertel. *O diálogo entre o marco civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, v. 106/2016, p. 65.
27. MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 281.

## Referências

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino. *Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar*. Recife: Advocatus. 2011. ano 4. n. 6. ESA/OAB/PE.
- AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. *A responsabilidade civil no âmbito do marco civil da Internet*. Revista dos Tribunais Nordeste, v. 5/2014, p. 257-277, maio/jun. 2014.
- BAUMAN, Zygmunt; Lyon, David. *Liquid surveillance: a conversation*. Cambridge: Polity Press, 2012.
- CRUZ, Adriano Joaquim de Oliveira. *Algoritmos*. Núcleo de Computação Eletrônica da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 1997. Disponível em <<http://equipe.nce.ufrj.br/adriano/c/apostila/algoritmos.htm>>, acesso em 19 maio 2016.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DUHIGG, Charles. *O poder do hábito: por que fazemos o que fazemos na vida e nos negócios*. 1a. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- GRUNDMANN, Stefan. *The Future of Contract Law. European Review of Contract Law*, vol. 7, Issue 4, 490-527, nov. 2011.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004. mar. 2011.
- LYON, David. *The electronic eye: the rise of surveillance society*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MENDES, Laura Schertel. *O diálogo entre o marco civil da internet e o Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, v. 106/2016.
- MENEZES NETO, Elias Jacob. *Vigilância ou surveillance? Proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno*. Revista dos Tribunais, vol. 939/2014.
- SCHREIBER, Anderson. *As novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 6. v. 22. p. 45-69. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2005.

# DOCTRINA



# O pobre no direito penal e processo penal

**René Ariel Dotti<sup>1</sup>**

Advogado. Professor titular de Direito Penal (Faculdade de Direito da UFP)

## 1. A extrema relevância do tema

O SEDUTOR E GENEROSO TEMA DA SITUAÇÃO JURÍDICA da pessoa pobre no contexto da justiça criminal exige algumas observações preliminares. A primeira delas é sobre os conceitos sociológico e jurídico de pobreza. Quanto ao primeiro, Johnson esclarece que tal situação, em sentido geral, é “*uma situação na qual as pessoas carecem daquilo que têm necessidade para viver. Os limites de ‘necessidade para viver’, no entanto, são matéria de definição*”<sup>2</sup>. Percebe-se, desde logo, que este é um enunciado dependente de complementação. E, relativamente ao segundo, Helena Diniz nos diz que o vocábulo tem acepções variadas segundo o ramo jurídico específico: civil, processual e canônico<sup>3</sup>. No plano penal, a pobreza é causa de dispensa da cobrança da multa, pelo desconto no vencimento ou salário do apenado quando tal abatimento afetar os “*recursos indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família*” (CP, art. 50, § 2º). Relativamente ao processo penal, a obrigação de pagar fiança será substituída por medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 325, § 1º, I, c/c o art. 350).

## 2. A suposta proteção contra a pobreza

A Constituição Federal promete, entre os objetivos fundamentais da República, “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”, bem como “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas*

*de discriminação*” (art. 3º, III e IV). É certo que iniciativas e projetos positivos do governo federal, como o programa “Minha casa, minha vida”, entre outros, revelam a melhoria de condições humanas e sociais de contingentes das pessoas pobres. Mas, em relação aos suspeitos, indiciados e réus pobres, o sistema legal contém somente proclamações otimistas. Há um descompasso flagrante entre as declarações de direitos e garantias constantes da carta política e da legislação ordinária e o estado das prisões e o tratamento dos presos. Especialmente dos presos pobres.

### 3. Os direitos e as garantias fundamentais (I)

Há um princípio, de tempos imemoriais, de que toda pessoa acusada de um delito tem o correspondente direito à defesa. Em textos clássicos dos direitos fundamentais, essa garantia está ligada a outros princípios: o devido processo legal e a presunção de inocência. Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que consagrou o movimento revolucionário francês da República contra a Monarquia, os arts. 7º e 9º dispõem: “*Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por estas prescritas (...)*”; “*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei*”. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948), que subsidiou a Convenção de Roma (1950) e as declarações latino-americanas, está posto: “*Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele*” (art. X); “*Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa*” (art. XI, n. 1).

#### 4. Os direitos e as garantias fundamentais (II)

Os direitos e as garantias fundamentais que a Constituição brasileira declara em favor de todos os acusados são, lamentavelmente, descurados em relação aos pobres nos procedimentos rotineiros da investigação policial, da instrução judicial e da execução da pena. Seguem alguns mandatos de proteção do art. 5º: “*– é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (XLIX); – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (L); – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (LIV); – 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 (LV); – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (LVI); – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (LVII); – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo (...) (LXI); – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (LXII); – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (LXIII); – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (LXIV); – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (LXV); – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI); – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (LXXIV); – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (LXXV) – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (LXXVIII).*

## 5. Direitos e garantias legais

A Lei 11.900/09, modificativa de dispositivos do Código de Processo Penal, estabelece em favor dos acusados em geral e, em especial, dos acusados pobres, os seguintes direitos e garantias: **a)** presença do defensor, constituído ou nomeado, no ato do interrogatório em liberdade ou na prisão, bem como a publicidade do ato (art. 185, *caput* e § 1º); **b)** antes do interrogatório, por vídeo conferência<sup>4</sup>, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento (art. 185, § 4º); **c)** em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor. E, quando realizado por videoconferência, será também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para a comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do fórum, e entre este e o preso (art. 185, § 5º); **d)** a sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil (art. 185, § 6º); **e)** os direitos e as garantias previstos nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º do art. 185 devem ser observados, no que couber, para a realização de outros atos processuais que dependam da presença da pessoa presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas e inquirição de testemunhas ou tomada de declarações do ofendido (art. 185, § 8º); **f)** o direito constitucional de permanecer calado não importará confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 186 e parág. ún.); **g)** o interrogatório do acusado constitui o último ato da audiência de instrução e julgamento (art. 400), ao contrário do *ancién regime*, quando a palavra do denunciado ou querelado era colhida no início da instrução judicial; **h)** “*nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*” (CPP, art. 261); **i)** “*a defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada*” (CPP, art. 261, parág. ún.).



São disposições há muito tempo reivindicadas em eventos acadêmicos, nas tribunas de defesa, em propostas de reforma e que assumem, agora, relevantes garantias para os acusados em geral e, em particular, dos réus presos. É elementar que a violação de qualquer dos comandos acima referidos acarretará a nulidade do ato praticado caracterizando ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A nulidade é absoluta e o prejuízo para a defesa é presumido.

## 6. A Defensoria Pública

Tornou-se conhecida, entre os profissionais da advocacia no fórum criminal, a frase “*quem garante as garantias?*”, cuja responsabilidade, em princípio, é tanto do juiz como do agente do Ministério Público e do defensor. Mas o órgão que tem o maior dever institucional e humano de proteger os pobres é a Defensoria Pública. Inovando em relação a todas as cartas políticas anteriores, a Constituição Federal de 1988 criou essa “*instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV*” (art. 134). O editorial de *O Estado de São Paulo*, de 17 de abril de 2014, revela o saldo positivo da Defensoria Pública da União com a publicação do “mais completo relatório sobre sua instalação, há quase vinte anos. Atuando como uma instituição autônoma nos planos funcional e administrativo, a exemplo do Ministério Público, a Defensoria foi instituída pela Constituição de 88 com o objetivo de democratizar o acesso aos tribunais, defender as liberdades públicas e salvaguardar direitos individuais e coletivos de cidadãos carentes, ajudando a melhorar as condições de desenvolvimento econômico e social do País”<sup>5</sup>.

Contudo, apesar da excelente estatística de bons resultados, o artigo adverte que, tanto em relação à União como em relação às unidades federativas, há necessidade de um maior número de advogados para que o acesso à jurisdição se mostre amplamente satisfatório.

## 7. Advocacia e solidariedade humana

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil declara, entre as suas regras fundamentais: “O Advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce” (art. 2º). Essa relevante afirmação de princípio contém, implicitamente, o dever de solidariedade humana como sentimento que anima um dos fundamentos da República, ou seja, a *cidadania*.

### O dever de ouvir é essencial na relação entre o profissional e o cliente

Na defesa de direitos e interesses que lhe são confiados, esse profissional deve exercer o seu ministério com habilitação técnica e a sensibilidade para confortar aqueles que o procuram. Independentemente da

natureza do problema exposto, o cliente é um ser humano que sofre, em maior ou menor intensidade, a inquietação própria dos desafios de sua vida privada ou pública. O gabinete de trabalho é, muitas vezes, um confessionário que obriga o ouvinte a guardar o segredo e atenuar, quando não eliminar, a ansiedade e não raro a angústia ou depressão. O causídico é, nesses momentos, conselheiro e amigo.

O *dever de ouvir* é essencial na relação entre o profissional e o cliente. Muitas vezes, a informação prestada ou o documento exibido podem ser dispensáveis para a defesa da causa. Mas é necessário avaliar com prudência qualquer contribuição ofertada, porque não são raras as decisões judiciais que surpreendem os prognósticos mais acreditáveis.

Prestar solidariedade humana é uma das qualidades indispensáveis à boa advocacia. E lembra os trechos do poema de Francisco Otaviano (1825-1889), que, além de político e jornalista, foi, também, advogado: “*Quem não sentiu o frio da desgraça, / Quem passou pela vida e não sofreu; / Foi espectro de homem, não foi homem, / Só passou pela vida, não viveu*”.

## Notas

1. René Ariel Dotti. Advogado. Professor titular de Direito Penal (Faculdade de Direito da UFP).
2. Johnson, Allan G. *Dicionário de sociologia*, trad. de Ruy Jungmann, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 176.
3. Helena Diniz, Maria. *Dicionário jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3 (J-P), p. 615.
4. O interrogatório de réu preso pelo sistema de videoconferência é excepcional e motivado (CPP, art. 185, § 2º).
5. O Estado de São Paulo, “Notas e informações”, p. A3.

# A reforma previdenciária e as imunidades tributárias

## Ives Gandra da Silva Martins<sup>1</sup>

Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi titular de Direito Constitucional e Econômico e Doutor em Direito

### I. Introdução

TENDO EM VISTA A PEC 287/2016, que trata da reforma da previdência, uma questão que se impõe é se tal proposta coloca em risco a imunidade das filantrópicas devidamente certificadas como entidades beneficentes de assistência social.

Em outras palavras, a questão de fundo que se coloca é: seria possível uma emenda constitucional revogar uma limitação constitucional ao poder de tributar?

É o que passo a analisar.

### II. Da PEC 287/2016

Tenho a convicção de que a reforma previdenciária é essencial. Defendi esta necessidade, assim como de outras reformas, como se pode ler no editorial escrito para a revista *Justiça e Cidadania* endereçada especialmente aos 18 mil magistrados brasileiros, em que declarei:

A reforma política é necessária. Embora eu, pessoalmente, defenda o parlamentarismo desde os bancos acadêmicos, creio que o primeiro passo seria a adoção de cláusula de barreira, com avaliação da performance partidária para a manutenção dos partidos; voto

distrital misto, ou seja, metade dos deputados sendo eleitos no distrito e metade por eleições proporcionais; financiamento de campanha sob rígido controle e eliminação de coligações partidárias. A reforma previdenciária, embora de impacto a mais longo prazo, é imprescindível. Se não vier, a população que trabalha não terá como sustentar uma população superior de aposentados, no futuro. A reforma trabalhista, no que concerne à terceirização e às convenções coletivas de trabalho, é relevante para reduzir o desemprego. Quanto à reforma burocrática, temos esperança de que o nosso anteprojeto, que surge de uma Comissão criada pelo próprio Senado com esta finalidade, possa ser aprovada. A reforma tributária não pode esperar mais. Eliminar a guerra fiscal do ICMS e ISS e simplificar a legislação são requisitos básicos, para começar. É de se lembrar que o STF sempre considerou inconstitucional tal prática, sem que os Estados se curvassem, pois editavam novas leis padecendo do mesmo vício, tão logo a lei anterior era declarada violadora da Carta da República. A reforma do Judiciário é importante, visto que a Lei Complementar 35, de 1975, está ultrapassada. Nitidamente, vencer os anticorpos do atraso enquistados no poder e os privilégios que tornaram “direito adquirido” toda a espécie de benesses é importante. Temos que ter condições de competir com os demais países, inclusive com aqueles do contexto latino-americano. Trata-se de tarefa que exige uma cruzada cívica da sociedade em aceitar os sacrifícios necessários e dos governantes em abrir mão dos auto-outorgados benefícios, sobre reduzir o tamanho da máquina burocrática, nas mais de 5.500 entidades federativas. Afinal, o servidor público deve servir à nação e não dela se servir, assim como o cidadão deve ser considerado como tal, não um objeto da administração, um escravo do poder, um cumpridor de inumeráveis obrigações burocráticas que se multiplicam para justificar a manutenção da máquina. Quanto maior for a burocracia desnecessária, maior será a corrupção. Quanto maior o número de leis inúteis impostas aos novos escravos da gleba em que o povo se transformou, maior o acúmulo de processos penais, em que o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Polícia devem intervir, não poucas vezes confundin-

do o abuso de autoridade com a busca de justiça. O Brasil precisa ser passado a limpo. As reformas são necessárias, mas a cultura política e da cidadania têm que, de um lado, repelir a manutenção de uma máquina burocrática e esclerosada, e de outro, exercer o seu papel. O país depende não só desse respeito ao direito da cidadania, mas do compromisso dos diversos segmentos sociais para fugir a esta inércia. Estamos em tempo de mudança. De mentalidade e de costumes, na busca de um país de que os nossos filhos possam vir a orgulhar-se no futuro. É o que espero, como um velho advogado que jamais perdeu a esperança de ver o Brasil como líder mundial, onde a justiça social e a livre iniciativa de braços dados tornem a vida de todos os brasileiros digna de ser admirada no concerto das nações (os grifos não estão no texto)<sup>2</sup>.

Estou convencido que reforma tão essencial como a previdenciária é fundamental para que uma população cada vez maior, com longevidade crescente e com precoces aposentadorias, não seja sustentada por um número cada vez menor de trabalhadores, o que torna impossível a manutenção do sistema por tempo indefinido. Diria, mesmo, por tempo limitadíssimo, antes das contas implodirem.

Assim, convém destacar que a PEC 287/2016 pretende alterar, entre outros, os seguintes dispositivos da Constituição Federal relacionados às contribuições previdenciárias, dando-lhes a seguinte redação:

Art. 149. (...)

§ 5º O disposto no inciso I do § 2º não se aplica às contribuições previdenciárias incidentes sobre a receita em substituição às incidentes sobre a folha de salários (NR)

Art. 167. (...)

XII – a utilização de recursos dos regimes de previdência de que trata o art. 40, incluídos os valores integrantes dos fundos previstos no art. 249, para a realização de despesas distintas do pagamento dos benefícios de aposentadoria ou pensão por morte do respectivo fundo vinculado ao regime e das despesas necessárias à sua organização e ao seu funcionamento, na forma da lei de que trata o § 23 do art. 40; e

XIII – a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, financiamentos, avais e subvenções pela União, incluídas suas instituições financeiras, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em caso de descumprimento das regras gerais de organização e funcionamento dos regimes de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos, conforme disposto na lei de que trata o § 23 do art. 40.

(...)

§ 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os art. 155 e art. 156 e dos recursos de que tratam os art. 157, art. 158 e art. 159, inciso I, alíneas “a” e “b”, e inciso II, para a prestação de garantia ou contra garantia à União e para pagamento de débitos para com esta e para o pagamento de débitos do ente com o regime de previdência de que trata o art. 40. (NR)

Art. 195. (...)

I – (...)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço de natureza urbana ou rural, mesmo sem vínculo empregatício;

(...)

II – do trabalhador, urbano e rural, e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

(...)

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o extrativista, o pescador artesanal e seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão de forma individual para a seguridade social com alíquota favorecida, incidente sobre o limite mínimo do salário de contribuição para o regime geral de previdência social, nos termos e prazos definidos em lei. (NR)

Entre eles não se encontra o artigo 150, inciso VI, letra “a”, e o artigo 195, § 7º, cuja dicção é a seguinte para ambos os comandos constitucionais:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

Art. 195. (...)

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

O próprio artigo 195, cuja alteração é proposta, cuida do § 8º, e não do § 7º, além dos incisos I e II do *caput* do dispositivo.

Não há, portanto, na proposta de reforma qualquer referência às imunidades de impostos e contribuições sociais. Assim, desde logo, não vejo como a PEC 287/16 possa pôr em risco as imunidades tributárias, pois os artigos-chave que autorizam tal reforma não agridem as imunidades, conforme veremos a seguir.

### III. Distinções

É de se lembrar que, muito embora cuide o artigo 195, § 7º, de isenções, já decidiu a suprema corte, em julgamento pioneiro, que a Constituição não cuida de isenções, mas de imunidades.

É que das quatro mais conhecidas formas de desoneração tributária (imunidades, isenções, não incidências e alíquota zero) – deixo



de lado as anistias e as remissões, as imunidades representam vedação absoluta ao poder de tributar, razão pela qual não se confundem com as isenções, renúncia fiscal com objetivo determinado autorizado pelos governos, através de leis.

Como a Constituição define direitos, deveres e impedimentos, nas imunidades tributárias estabelece vedação ao poder de tributar, razão pela qual, quando se refere a “isenções”, de rigor cuida de imunidades, como em relação ao § 7º do art. 195 decidiu o Supremo Tribunal Federal no *leading case* da Associação das Igrejas Adventistas (igrejas com ação social), que meu escritório patrocinou e perante cuja 1ª Turma sustentei oralmente, em 1995. Leia-se a ementa desta decisão:

Recurso Ord. em Mandado de Segurança n. 22.192-9

Distrito Federal

Relator: Min. Celso de Mello

Recorrente: Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia

Advogados: Ives Gandra da Silva Martins e outros

Recorrida: União Federal

Advogado: Advogado – Geral da União

Ementa: Mandado de segurança – Contribuição previdenciária – Quota patronal – Entidade de fins assistenciais, filantrópicos e educacionais – Imunidade (CF, Art. 195, § 7º) – Recurso conhecido e provido.

– A Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por qualificar-se como entidade beneficente de assistência social – e por também atender, de modo integral, às exigências estabelecidas em lei – tem direito irrecusável ao benefício extraordinário da imunidade subjetiva relativa às contribuições pertinentes à seguridade social.

– A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social –, contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. Precedente: RTJ 137/965.

– Tratando-se de imunidade – que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional –, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7º, da Carta Política, para, em função de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo.

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar e dar provimento ao recurso em mandado de segurança.

Brasília, 28 de novembro de 1995.

Moreira Alves – Presidente

Celso de Mello – Relator” (grifos meus)<sup>3</sup>.

Desta forma, não há como pretender considerar que as desonerações que constituam vedações ao poder de tributar (imunidades) confundam-se com isenções, não incidências ou alíquotas zero, que estão no poder de tributar do legislador ordinário, mas, por critérios de oportunidade ou conveniência, o poder tributante decide renunciar à imposição, pelos mais variados motivos<sup>4</sup>.

Já escrevi sobre a matéria:

A imunidade é o mais relevante dos institutos desonerativos. Corresponde vedação total ao poder de tributar. A imunidade cria área

colocada, constitucionalmente, fora do alcance impositivo, por intenção do constituinte, área necessariamente de salvaguarda absoluta para os contribuintes nela hospedados. A relevância é de tal ordem que a jurisprudência tem entendido ser impossível a adoção de interpretação restritiva a seus comandos legais sendo, obrigatoriamente, a exegese de seus dispositivos ampla.

Compreende-se o desenho pretoriano, visto que os crônicos “déficits” públicos, cujo mérito não nos cabe examinar na área específica do direito tributário, eis que de reflexo jurídico apenas no campo do direito financeiro e econômico, terminam por gerar tentações ao poder tributante de reduzir o espectro de atuação da norma vedatória. A fim de fulminar tais conveniências exegéticas, o Supremo tem, reiteradamente, insistido que a imunidade só se pode interpretar extensivamente. A publicidade obtida pelos próprios jornais, apesar de não constar expressamente do art. 19, inc. III, letra “d” da E. C. n. 1/69 nele foi incluída por força de decisões da mais alta Corte.

Na imunidade, não há nem o nascimento da obrigação fiscal, nem do conseqüente crédito, em face de sua substância fática estar colocada fora do campo de atuação dos poderes tributantes, por imposição constitucional. Independe, portanto, das vontades legislativas das competências outorgadas pela lei maior.<sup>5</sup>

As imunidades tributárias estão entre as limitações constitucionais ao poder de tributar, e o disposto no *caput* do artigo 150 vale para o artigo 195, § 7º, pois, para os tributos denominados de “contribuições sociais”, aplicam-se os mesmos critérios dos tributos denominados “impostos”, a que se refere o artigo 150, inciso VI, letra “c”.

Ora, o discurso inicial do artigo 150 principia com a observação de que as limitações constitucionais *ao poder de tributar são garantias constitucionais*, tanto que, admitindo duas espécies de garantias, ou seja, aquelas decorrentes do próprio texto e outras não constantes da seção II, do capítulo I, do título VI<sup>6</sup>, faz referência a que, “*sem prejuízo de outras garantias asseguradas aos contribuintes...*”

Em outras palavras, assistem aos contribuintes outras garantias individuais que não constam do artigo 150 e possam decorrer de princípios incluídos em espaços diversos da lei maior, como ocorre no artigo 195, § 7º.

O certo, todavia, é que, quaisquer pessoas têm direito a imunidades constitucionais erigidas em garantias individuais dos contribuintes, pelo legislador supremo, nas hipóteses previstas na lei maior<sup>7</sup>.

Ora, os contribuintes são pessoas físicas ou jurídicas. Aliás, *de rigor*, são apenas pessoas físicas, pois as jurídicas são sempre integradas e controladas, em última instância, por pessoas físicas, visto que não há pessoas jurídicas dirigidas por robôs.

Não sem razão, no que concerne ao imposto de renda, o lucro distribuído pelas pessoas jurídicas às pessoas físicas é desonerado do tributo, pois este tributo já foi recolhido nas pessoas jurídicas. Por outro lado, pelas regras que disciplinam a responsabilidade tributária, no caso de insolvência das empresas devedoras de tributos, respondem seus diretores ou controladores subsidiariamente ou solidariamente pelos tributos<sup>8</sup>.

Esta é a razão pela qual o legislador supremo declarou que ao contribuinte (pessoa física ou jurídica) *estão garantidas* as limitações constitucionais, nas hipóteses pela carta da República previstas.

Entre tais limitações estão as imunidades constitucionais, autênticas garantias colocadas pelo constituinte para que determinadas pessoas, em suas atividades, não sofram tributação pelo relevante serviço prestado à sociedade (nas áreas da saúde, educação ou assistência social), ou por força do exercício de atividade religiosa, ou ainda da liberdade de expressão<sup>9</sup>.

As imunidades dirigidas às entidades filantrópicas, sem fins lucrativos, comunitárias ou confessionais, visam incentivar a prestação de serviços à sociedade, nos setores de educação, saúde e assistência social, fazendo pela sociedade o que os governos deveriam fazer e não

fazem, recebendo em troca, como modesta contrapartida, a eliminação de contribuições sociais e impostos<sup>10</sup>.

A única colaboração que o Estado dá às entidades filantrópicas que fazem o que os governos deveriam fazer com nossos tributos e não o fazem é a desoneração tributária em troca do estúpido trabalho que devolvem, muitas delas instituições centenárias, como a Universidade Mackenzie, a Beneficência Portuguesa, e outras com mais de meio século de atuação, por exemplo as diversas PUCs espalhadas pelo Brasil.

Não há que se confundir essas entidades com aquilo que pessoas desinformadas – ou agentes públicos que querem se eximir do poder-dever de fiscalizar – sentem conforto em generalizar para defender o indefensável e denominam de “pilantrópicas”.

As “pilantrópicas”, na infeliz expressão de cidadãos pouco versados no vernáculo, são casos de políCIA, cabendo à fiscalização desventrá-las e autuá-las, por não merecerem o *status* que lhe outorgaram seus criadores.

Não se pode generalizar colocando na mesma categoria uma enormidade de instituições sérias e aquelas constituídas de larápios da boa-fé institucional, pois não é difícil distinguir as verdadeiras entidades sem fins lucrativos, filantrópicas ou confessionais, que são instituídas para trabalhar em prol da saúde, da educação e da assistência social, a bem da sociedade.

É de se lembrar, por outro lado, que não cuidam as “imunidades” de renúncia fiscal, mas de vedação ao poder de tributar, não havendo que se confundir tal impedimento, criado pela lei suprema, com a hipótese do artigo 213 da CF, assim redigido:

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I – comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades<sup>11</sup>.

Este implica *versão de recursos*, através de doações ou financiamentos favorecidos. Tais versões de recursos podem e devem ser reguladas por lei, podendo ser ou não concedidos pelo poder tributante. Sempre que concedidas, há renúncia fiscal. Nas imunidades, não. Ninguém pode renunciar ao que não tem.

Voltando às imunidades, que são garantias asseguradas ao contribuinte, os requisitos para seu gozo, relativamente a impostos e contribuições sociais, devem ser definidos por lei complementar, nos termos do artigo 146, II, da CF, conforme reconheceu a suprema corte nas ADIs 2.028, 2.621, 2.228 e 2.036 e na Repercussão Geral 566.622 – as primeiras patrocinadas pelo meu escritório e nas quais sustentei pessoalmente perante a suprema corte em 4 de junho de 2014. O artigo está assim disposto:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar...

Ora, as decisões nos dois casos têm os seguintes teores:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, apreciando o tema 32 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Reajustou o voto o Ministro Ricardo Lewandowski, para acompanhar o Relator. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese de repercussão geral: “Os requisitos para o gozo de imunidade hão de estar previstos em lei complementar”. Não votou o Ministro Edson Fachin por suceder o Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux, que proferiu voto em assentada anterior. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 23.02.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/Doralúcia das Neves Santos

Assessora-Chefe do Plenário (grifos meus).<sup>12</sup>

Certifico que o plenário, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Decisão: Após o voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), julgando parcialmente procedente a ação direta, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia e Roberto Barroso, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Ausente o Ministro Dias Toffoli representando o Tribunal na III Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, em Angola. Falaram, pela requerente Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços, o Dr. Ives Gandra da Silva Martins, e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária Geral de Contencioso. Plenário, 04.06.2014.<sup>13</sup>

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu da ação direta como arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. No mérito, por unanimidade e nos termos do voto Ministro Teori Zavascki, o Tribunal julgou procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei 9.732/1998, na parte em que alterou a redação do art. 55, inciso III, da Lei 8.212/1991 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, bem como dos arts. 4º, 5º e 70 da Lei 9.732/1998. Aditou seu voto o Ministro Marco Aurélio, para, vencido na preliminar de conversão da ação direta em arguição de descumprimento de preceito fundamental, assentar a inconstitucionalidade formal do art. 55, inciso III, da Lei 8.212/1991, na redação conferida pelo art. 1º da Lei 9.732/1998. Redigirá o acórdão a Ministra Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o Ministro Roberto Barroso, que proferiu voto em assentada anterior. Impedido o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 02.03.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.  
p/ Doralúcia das Neves Santos  
Assessora-Chefe do Plenário.<sup>14</sup>

#### IV. Dos requisitos formais

Outro ponto que se coloca é em relação aos requisitos objetivos que não podem, à evidência, desnaturar o gozo das imunidades, criando óbices inaceitáveis ou que as inviabilizem. *A lei complementar pode apenas explicitar o conteúdo constitucional*, conforme explicou aquele que, talvez, tenha sido a maior figura da história da suprema corte, o ministro Moreira Alves, ao dizer:

Mas o Ministro Soares Muñoz não decidiu isso. Ele não estava tratando, aqui, de saber se era lei complementar ou não era lei complementar. Tanto que ele disse o seguinte: “Esse decreto-lei, anterior à Constituição Federal em vigor, não pode, no particular, ser aplicado. Porque ele impõe uma restrição à imunidade, a qual não se confunde com isenção; uma restrição que não está no texto constitucional”. Isso significava dizer o que? Dizer: “Nem lei complementar, nem lei nenhuma, pode impor uma restrição a uma imunidade que decorre da Constituição”.

E, a meu ver, está absolutamente correto. Porque não é possível se admitir que uma lei complementar, ainda que a Constituição diga que ela pode regular limitações à competência tributária, possa aumentar restrições a essa competência. Ela pode é regulamentar. – Se é que há o que regulamentar, em matéria de imunidade, no sentido de ampliá-la ou reduzi-la. Porque isso decorre estritamente da Constituição. Quando se diz, por exemplo, “para atender às suas finalidades essenciais”, não é a lei que vai dizer quais são as finalida-



des essenciais. Quem vai dizer quais são as finalidades essenciais é a interpretação da própria Constituição. Porque Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas a lei infraconstitucional é que se interpreta pela Constituição. De modo que, obviamente, tanto fazia ser lei complementar, como ser lei ordinária, como ser decreto-lei, enfim, qualquer tipo de norma infraconstitucional. O Ministro Soares Muñoz não estava dizendo: “Não. Não pode, porque não é lei complementar”. Mas dizia: “Esse decreto-lei impõe uma restrição que não está no texto constitucional.”<sup>15</sup>

A lei complementar, ao definir os requisitos para gozo da imunidade, deve explicitar o que está na Constituição, sendo que os limites da intenção constituinte estão no próprio texto constitucional.

De ressaltar que a própria certificação oficial estava prevista em inúmeros dispositivos ora considerados inconstitucionais, o que torna impossível a definição até mesmo de que como poderá a autoridade certificar.

Creio que no máximo, ainda argumentando pelo absurdo, poderia tal certificação – que, a meu ver, é indevida pelo teor das decisões na ADIN 2028 e seguintes<sup>16</sup> – apenas referir-se aos requisitos do artigo 14 do CTN, assim redigido:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela LC n. 104, de 2001)

II – aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.<sup>17</sup>

Isto é, se atendidos tais requisitos pelas instituições filantrópicas, comunitárias e confessionais, sem fins lucrativos, não haverá como negar-lhes o direito de gozo das imunidades. E a omissão da autoridade ou a demora em expedir a certificação não pode implicar a exigência de tributo. É que a certificação não representa *concessão* da imunidade, mas apenas *reconhecimento* dela. Vale dizer, tal reconhecimento terá sempre eficácia *ex tunc*.

Assim, não vislumbro qualquer perigo de que as imunidades tributárias, de impostos e de contribuições sociais sejam retiradas das entidades beneficentes de assistência social que preenchem os requisitos mencionados na lei complementar, como decidido nos processos judiciais citados, independente ou não de certificação oficial.

## V. Da cláusula pétrea

Chegamos, agora, ao ponto nevrálgico deste estudo.

Declara o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da lei suprema que:

Art. 60. (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais.

Todas as garantias e direitos individuais são cláusulas pétreas. Não podem ser modificadas. Já escrevi a respeito:

Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no artigo 5º, mas, como determina

o § 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto constitucional e outros que decorrem de uma implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em textos constitucionais anteriores.

Tem-se discutido se, de rigor, toda a Constituição não seria um feixe de direitos e garantias individuais, na medida em que o próprio Estado deve assegurá-lo e sua preservação, de rigor, é um direito e uma garantia individual. Toda a Constituição não faz senão garantir direitos individuais, que decorrem, necessariamente, da existência do poder assecuratório (Judiciário), Legislativo (produção de leis), Executivo (executá-las a favor do cidadão).

Por esta teoria, a Constituição seria imodificável, visto que direta ou indiretamente tudo estaria voltado aos direitos e garantias individuais:

Tal formulação, todavia, peca pela própria formulação do artigo, visto que se os organismos produtores, executores e assecuratórios do Direito representassem forma indireta de permanência dos direitos e garantias individuais, à evidência, todo o resto do artigo 60 seria desnecessário em face da imodificabilidade da lei suprema. O conflito fala por si só para eliminar a procedência dos argumentos dos que assim pensam.

Em posição diversa, entendo que os direitos e garantias individuais são aqueles direitos fundamentais plasmados no texto constitucional – e apenas nele – afastando-se, de um lado, da implicitude dos direitos não expressos ou de veiculação infraconstitucional, assim como restringindo, por outro lado, aqueles direitos que são assim considerados pelo próprio texto e exclusivamente por ele.

Assim sendo, o artigo 150 faz expressa menção a direitos e garantias individuais, como tais conformados no capítulo do sistema tributário. Tal conformação, à evidência, oferta, por este prisma, a certeza de que está ela no elenco complementar do artigo 150 e, por outro, que é tido pelo constituinte como fundamental.

Por tal perfil, apenas os direitos e garantias individuais expressamente expostos no artigo da Constituição, seriam cláusulas pétreas.<sup>18</sup>

Ora, os direitos das filantrópicas mereceram do constituinte as garantias do artigo 150, nelas incluídas as imunidades constitucionais (inciso VI, letra “c”, e 195, § 7º), o que vale dizer que, quanto a tais contribuintes, não pode haver qualquer emenda constitucional tendente a abolir tais garantias, sendo, portanto, cláusulas imodificáveis, pétreas, inalteráveis. Só pode haver, por emenda constitucional, imposição sobre outras espécies tributárias diferentes daquelas referidas neste parecer, mas jamais sobre impostos ou contribuições sociais.

### A essência das imunidades é a de atrair pessoas físicas a criar estabelecimentos em prol da sociedade

É de se lembrar que, embora as imunidades protejam as instituições de educação, de saúde e de assistência social sem fins lucrativos, de rigor, os direitos mais protegidos são os dos beneficiários de tais instituições, ou seja, estudantes, hipossuficientes e pacientes que sofrem das mais variadas doenças, os quais, infelizmente, não podem contar com os estabelecimentos de saúde pública, notoriamente insuficientes para atender integralmente as necessidades da população brasileira.

A meu ver, nenhuma emenda constitucional pode ser proposta objetivando retirar tais imunidades de tais instituições, desde que atuem sem fins lucrativos, sejam filantrópicas, confessionais ou comunitárias. Gozam elas – as pessoas que as dirigem e que não são suas proprietárias –, assim como de seus estabelecimentos, de direito imodificável quanto a tais garantias vedatórias da imposição. Tanto é assim que, quando da extinção de qualquer estabelecimento imune, seus dirigentes são obrigados a transferir seu patrimônio para outras instituições do mesmo perfil. Suas atividades são, pois, complementares à ação oficial.

Nesse aspecto está, portanto, a essência das imunidades, que é a de atrair pessoas físicas a criar estes estabelecimentos em prol da sociedade, objetivando atender três finalidades governamentais de extrema relevância para o desenvolvimento nacional, ou seja, oferecer educação, saúde e assistência social a todos.

Roque Carrazza, no mais profundo livro escrito sobre as imunidades tributárias de instituições filantrópicas, confessionais, comunitárias e sem fins lucrativos, de forma exaustiva, didática e de absoluto rigor científico, demonstra, à saciedade, por que são cláusulas pétreas e por que razão devem ser preservadas, principalmente num momento em que os governos das demais unidades federativas não encontram espaço para atender à imensa necessidade de desenvolvimento educacional e atendimento à população brasileira, no plano da saúde e da educação, por escassez de recursos, nas burras estatais<sup>19</sup>.

## VI. Conclusão

Parece-me, pois, ao ler todo o projeto de previdência (PEC 287/2016), que os aspectos levantados neste estudo não foram maculados, continuando as filantrópicas a serem reguladas pelos princípios constitucionais atrás mencionados, explicitados principalmente pelas decisões das referidas ADIs e do RE de repercussão geral, cujos acórdãos não foram ainda publicados.

Por fim, apenas para argumentar pelo absurdo, se possível fosse tributar tais instituições com impostos e contribuições sociais, o que teríamos seria um ensino mais caro e uma saúde mais onerosa para todos os brasileiros, afetando diretamente a população, mormente a de menor renda<sup>20</sup>.

Talvez, por esta razão é que a PEC 287/16 não tocou no dispositivo-chave que garante a imunidade das contribuições sociais, ou seja, o artigo 195, § 7º, que permanece inalterado no projeto governamental de adaptação previdenciária.

Não será, pois, atingindo as instituições sem fins lucrativos, filantrópicas e confessionais e comunitárias, que dão um retorno muito maior do que recebem, que se conseguirá solucionar o problema da previdência, agravando, por outro lado, o cotidiano de tais instituições de que dependem, em grande parte, a educação e a saúde do país.

Concluo, pois, que a PEC 287/2016 não coloca em risco o gozo das imunidades constitucionais previstas no artigo 195, § 7º, e qualquer

eventual emenda que pretenda suprimi-las seria inconstitucional, por violadora da cláusula pétrea expressa no artigo 60, § 4º, inciso IV, da carta da República.

## Notas

1. Ives Gandra da Silva Martins. Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Constitucional e Econômico e Doutor em Direito. Professor Emérito da UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/SP, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal), Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU- Escola de Direito.
2. *Revista Justiça & Cidadania*, dezembro/2016, p. 6/7.
3. Serviço de Jurisprudência, D.J. 19/12/96, 28/11/95, Ementário 1855-01, Primeira Turma, RMS 22.192-9-DE, <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115743>.
4. Do voto do ministro Celso de Mello no referido Recurso Extraordinário leia-se: “Com a superveniência da Constituição Federal de 1988, outorgou-se às entidades beneficentes de assistência social, em norma definidora de típica hipótese de imunidade, uma expressiva garantia de índole tributária em favor dessas instituições civis.

A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para seguridade social, contemplou as entidades beneficentes de assistência social com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei (Roque Antonio Carrazza, “Curso de Direito Constitucional Tributário”, p. 349 nota de rodapé n. 144, 5. ed., 1993, Malheiros; José Eduardo Soares de Melo, “Contribuições Sociais no Sistema Tributário”, p. 171-175, 1995, Malheiros; Sacha Calmon Navarro Coêlho, “Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário”, p. 41-42, item n. 22, 41. ed., 1992, Forense; Wagner Balera, “Seguridade Social na Constituição de 1988, p. 71, 1989, RT, v.g.).

Convém salientar que esse magistério doutrinário reflete-se na própria jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 70, da Carta Política, a existência de uma típica garantia de imunidade estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social (RTJ 137/965, Rei. Mm. Moreira Alves).

O fato irrecusável é que a norma constitucional em questão, em tema de tributação concernente às contribuições destinadas à seguridade social, reveste-se de eficácia subordinante de toda atividade estatal, vinculando não só os atos de produção normativa, mas também condicionando as próprias deliberações administrativas do Poder Público, em ordem a pré-excluir a possibilidade de imposição estatal dessa particular modalidade de exação tributária” (grifos meus).

5. *Direito Empresarial* – Pareceres, 2. ed. Forense, 1986, p. 298/9.

6. Escrevi:

“Na imunidade, portanto, há um interesse nacional superior a retirar, do campo de tributação, pessoas, situações, fatos considerados de relevo, enquanto nas demais formas desonerativas há apenas a veiculação de uma política transitória, de índole tributária definida pelo próprio Poder Público, em sua esfera de atuação. E por que, na imunidade, há esta vedação absoluta ao poder de tributar? Por que o constituinte coloca um muro à imposição de forma insuperável, a não ser por emenda constitucional?

É que a imunidade, nas hipóteses constitucionais, constitui o instrumento que o constituinte considerou fundamental para, de um lado, manter a democracia, a liberdade de expressão e a ação dos cidadãos e, por outro lado, atrair os cidadãos a colaborar com o Estado, nas suas atividades essenciais, em que, muitas vezes, o próprio Estado atua mal ou insuficientemente, como na educação, na assistência social etc.” (Pesquisas Tributárias, Nova Série 4, Imunidades Tributárias, coordenação Ives Gandra Martins, coed. Centro de Extensão universitária/Ed. RT, São Paulo, 1998, p. 32).

7. José Cretella Jr. lembra:

“Vedações constitucionais são restrições de ordem geral, ou especial, determinadas pela Constituição Federal à competência impositiva das pessoas jurídicas públicas políticas. A vedação constitucional pode ser genérica ou específica, subjetiva ou objetiva. Quando a Constituição veda às entidades tributantes a instituição (ou aumento) de tributo, sem lei anterior que o estabeleça, a proibição é genérica, abrangendo todo e qualquer tipo de tributo, exceto os casos constitucionalmente ressalvados. Vedação específica é a que recai sobre eventual, mas determinado tipo de fato gerador. Subjetiva é a vedação que incide sobre “pessoas”. Objetiva é a vedação que recai sobre “bens” ou “coisas”. As vedações tributárias têm início no texto da primeira Constituição republicana, arts. 8º, 10 e 11, ingressam na Constituição de 1934, art. 17, IX, passam à Carta de 1937, art. 25, recebem agasalho na Constituição de 1946, art. 31, e chegam a nossos dias, inscrevendo-se nas últimas Constituições” (Comentários à Constituição 1988, volume VII, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1992, p. 3549).

8. Os artigos 134 e 135 do CTN têm a seguinte dicção:

“Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

- I – os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;
- II – os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;
- III – os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;
- IV – o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;
- V – o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;
- VI – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;
- VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

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

- I – as pessoas referidas no artigo anterior;
- II – os mandatários, prepostos e empregados;
- III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.” (grifos meus)

9. Todo o inciso VI do artigo 150 delas cuida, tendo a seguinte dicção:  
 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI – instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
- d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;
- e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. (Incluída pela Emenda Constitucional n. 75, de 15.10.2013)”

10. O ministro Marco Aurélio de Mello, na Repercussão Geral nº 566.622/RS, esclarece:

“O § 7º do artigo 195 deve ser interpretado e aplicado em conjunto com o preceito constitucional transcrito, afastando-se dúvida quanto à reserva exclusiva de lei complementar para a disciplina das condições a serem observadas no exercício do direito à imunidade”, completando:



“Segundo o professor Ives Gandra da Silva Martins, ‘há, assim, uma causa e uma condição para a entidade usufruir a imunidade. A causa da imunidade é ser uma das entidades enumeradas pelo artigo 150, inciso VI, c, da CF. A causa advém da Constituição. A condição da imunidade é manter o atendimento aos requisitos especificados no CTN. A condição advém do CTN’ (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidade de Instituições sem Fins Lucrativos Dedicadas à Previdência e Assistência Social, Direito Público n. 1, julho-agosto-setembro de 2003, p. 8).

A questão discutida neste recurso, considerado o artigo 55 da Lei 8.212, de 1991, envolve definir se condições diversas, além daquelas previstas no Código Tributário Nacional, podem estar versadas em lei ordinária. De acordo com o próprio Ives Gandra, a resposta é desenganadamente negativa:

“Nenhuma lei ordinária de qualquer poder tributante pode criar requisitos adicionais, impondo ônus que o constituinte deliberadamente quis afastar. Todos os requisitos acrescentados ao restrito elenco do artigo 14 são inconstitucionais, em face de não possuir o Poder Tributante, nas 3 esferas, nenhuma força legislativa suplementar. Apenas a lei complementar pode impor condições. Nunca a lei ordinária, que, no máximo, pode reproduzir os comandos superiores” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Entidades sem fins lucrativos com finalidades culturais e filantrópicas – Imunidade constitucional de impostos e contribuições sociais – Parecer. Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas Vol. 4, 1994, p. 83).

Da necessidade de interpretar teleologicamente as imunidades tributárias, amplamente reconhecida pelo Supremo como meio ótimo de realização dos valores e princípios subjacentes às regras imunizantes, resulta o dever corolário de interpretar estritamente as cláusulas restritivas relacionadas, inclusive a constitucional. Daí advém a reserva absoluta de lei complementar, conforme o artigo 146, inciso II, da Carta de 1988, para a disciplina das condições referidas no § 7º do artigo 195, sob pena de negar seja a imunidade discutida uma “limitação ao poder de Tributar” (RE 566.622/RS, Site do STF).

11. Celso Ribeiro Bastos escreveu:

“Este artigo e seus dois incisos preceituam que os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias confessionais ou filantrópicas definidas em lei, que: a) comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; b) assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. Podemos observar que nenhuma de nossas Constituições anteriores dispôs sobre essa matéria. Apenas a Emenda Constitucional n. 1/69 estabelecia, em seu art. 176, § 2º, que, respeitadas as disposições legais, o ensino era livre à iniciativa particular, a qual mereceria o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive mediante bolsas de estudos” (Comentários à Constituição do Brasil, 8º volume, Ed. Saraiva, São Paulo, 2000, p. 729).

12. *Recurso Extraordinário* 566.622/RS.

13. Plenário, certidão de julgamento, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.028, Proced.: Distrito Federal, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Repte.(s): Confederação Nacional de Saúde-Hospitais, estabelecimentos e serviços – CNS, ADV. (AIS): Ives Gandra da Silva Martins e outros INTDO.(A/S): Presidente da República, INTDO.(AIS): Congresso Nacional.
14. Plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2028, Proced. DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Redatora do acórdão: Min. Rosa Weber, Repte.: Confed. Nac. de Saúde-hospitais, Estabelecs. e Serviços – CNS, ADV.(A/S): Ives Gandra da Silva Martins, Intdo.: Presidente da República, Intdo.: Congresso Nacional.
15. Pesquisas Tributárias – Nova Série n. 5, Processo Administrativo Tributário, coordenação de Ives Gandra Martins, autores: Antonio José da Costa, Antonio Manoel Gonzalez, Dirceu Antonio Pastorello, Diva Malerbi, Edison Carlos Fernandes, Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, Fernando de Oliveira Marques, Fernando Facury Scaff, Francisco de Assis Alves, Francisco de Assis Praxedes, Gustavo Miguez de Mello, Helenilson Cunha Pontes, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra Martins, José Augusto Delgado, José Eduardo Soares de Melo, Kiyoshi Harada, Luiz Antonio Caldeira Miretti, Marcello Martins Motta Filho, Marco Aurélio Greco, Maria Teresa de Cárcomo Lobo, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Moisés Akselrad, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Plínio José Marafon, Ricardo Lobo Torres, Ricardo Mariz de Oliveira, Sacha Calmon Navarro Coelho, Valdir de Oliveira Rocha, Vinicius T. Campanille, Vittorio Cassone, Wagner Balera e Yoshiaki Ichihara, ed. Centro de Extensão Universitária/Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed., 2001, p. 31-2.
16. Do julgamento das referidas ADIs é de se lembrar:  
 “O voto do eminente e saudoso ministro Teori Zavascki, no sentido de que “aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, à fiscalização e ao controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária”, como consta da publicação impugnada, foi *minoritário*, somente tendo sido referendado pelos Ministros Toffoli, Rosa Weber e Luiz Fux.  
Aliás, pelo fato de ter sido declarada inconstitucional toda legislação ordinária que estabelecia os supostos requisitos a serem sindicados para expedir a expedição do certificado (por exemplo, percentuais de gratuidade ou de atendimento do SUS), há até mesmo uma impossibilidade material de a autoridade emitir tal documento” (grifos meus).
17. O ministro Teori Zavascki assim se manifestou sobre o referido artigo, que tem eficácia de lei complementar:  
 “Sem embargo dessas ponderáveis razões, não há como negar a superioridade da tese contrária, que reclama lei complementar para esse desiderato. É que a imunidade se diferencia das isenções, demais figuras de desonerações tributárias, justamente por cumprir uma missão mais nobre do que essas últimas.  
 A imunidade de contribuições sociais serve não apenas a propósitos fiscais, mas a concussão de alguns objetivos que são fundamentais para a República, como a

construção de uma sociedade solidária e voltada para a erradicação da pobreza. Objetivos fundamentais da república não podem ficar à mercê da vontade transitória de governos. Devem ser respeitados, honrados e valorizados por todos os governos, transcendendo a frequência ordinária em que se desenvolve costumadamente os juízos políticos de conveniência e oportunidade para desfrutar da dignidade política de Estado, porque é isso o que são.

Ora se é assim, não se pode conceber que fique o regime jurídico das entidades beneficentes sujeitos a flutuações legislativas erráticas não raramente influenciadas por pressões arrecadatórias de ocasião. É inadmissível que tema tão sensível venha a ser regulado, por exemplo, por meio de medida provisória, como já ocorreu” (Sessão de julgamento do dia 04/06/2014, Julgamento das ADIs 2028, 2621, 2228 e 2036, imunidade do art. 195, § 7º da CF: exigência de LC).

18. *Comentários à Constituição do Brasil*, 4º vol. tomo I, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Saraiva, 1999, p. 413-15.
19. “Imunidades Tributárias dos Templos e Instituições Religiosas”, Roque Antonio Carrazza, Ed. Noeses, prefácio Ives Gandra Martins, São Paulo, 2015.
20. Paulo de Barros Carvalho explica:

“Ao coordenar tais ponderações, começa a aparecer o vulto jurídico da entidade. E mister, agora, demarcá-lo, delimitá-lo, defini-lo. Recortamos o conceito de imunidade tributária, única e exclusivamente, com o auxílio de elementos jurídicos substanciais à sua natureza, pelo que podemos exibi-la como a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno, para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.

Do exposto, é forçoso concluir que a imunidade não exclui nem suprime competências tributárias, pois estas representam o resultado de uma conjugação de normas constitucionais, entre as quais estão elas, as imunidades tributárias. A competência para legislar, quando surge, já vem com as demarcações que os preceitos da Constituição fixaram, e, dentre eles, os que impedem que certas situações sejam contempladas como hipótese de incidência de tributos, perfazendo proibições fortes, chamadas de imunidades tributárias” (“Imunidades das instituições religiosas”, coordenadores: Ives Gandra Martins e Paulo de Barros Carvalho, divs. Auts., Ed. Noeses, São Paulo, 2015, p. 35).

# Foucault: poder como guerra e direito como dominação política

## Juarez Cirino dos Santos<sup>1</sup>

Professor de Direito Penal da UFPR, Presidente do ICPC – Instituto de Criminologia e Política

FOUCAULT É CONHECIDO PELO CONCEITO de disciplina, definido em *Surveiller et punir* (1975), e pelo conceito de **biopolítica** (ou *biopoder* social), desenvolvido em *Il faut défendre la société* (1975-1976). O conceito de *disciplina*, ou microfísica do poder – estratégia das classes dominantes para criar uma *ideologia de submissão* –, produz corpos *dóceis e úteis*, capazes de fazer *o que* queremos e de operar *como* queremos, mediante recursos de adestramento fundados no panóptico (vigilância hierárquica, sanção normalizadora e exame), cujo modelo exaustivo é a prisão, núcleo da *gestão diferencial das ilegalidades* promovida pelo sistema de justiça criminal<sup>2</sup>. O conceito de biopolítica (ou biopoder social) – mecanismos de regularização da tecnologia do poder sobre o conjunto da população viva – se exerce como *guerra* capaz de **fazer viver** os portadores de *capital humano* e **deixar morrer** os *inúteis* para as necessidades do mercado<sup>3</sup>.

## 1. O poder político como guerra

No famoso *Cours au College de France*, FOUCAULT desenvolve conceitos de **poder**, de **direito** e de **estado** capazes de aprofundar a compreensão do processo de luta de classes no capitalismo neoliberal contemporâneo. Primeiro, apresenta a concepção jurídica do poder como *direito* (e sua analogia com a riqueza), em comparação com a

concepção marxista do poder como *função econômica* para *manter* as relações de produção e *reconduzir* as relações de dominação de classe, conforme o desenvolvimento das forças produtivas. E indaga se na ótica marxista o *poder* seria secundário em relação ao *econômico*, ou se o econômico seria a razão de ser do poder político, que deve assegurar e consolidar as relações econômicas. FOUCAULT reconhece a vinculação do poder político com a manutenção das relações de produção, mas afirma que o poder existe, primariamente, como *relação de força*, sob a forma de combate, de confronto, de guerra. O poder político é, essencialmente, o que reprime (natureza, instintos, indivíduos, classe social), invertendo o conhecido aforismo: para CLAUSEWITZ, a guerra é a *continuação da política* por outros meios; para FOUCAULT, o poder político é a *continuação da guerra* por outros meios. As relações de poder são relações de força determinadas *na* e *pela* guerra que, nos tempos de paz, se reinscrevem nas instituições, nas desigualdades econômicas, na linguagem e nos corpos, de modo constante: a paz civil interior é a continuação das lutas, dos confrontos, da guerra **pelo** poder, **no** poder e **com** o poder, de modo que a decisão final é sempre a guerra, a prova da força das armas, porque o fim da política seria a última batalha<sup>4</sup>.

Integrando as hipóteses do poder como *repressão* (REICH) e como *confronto de forças* (NIETZSCHE) – porque a repressão seria consequência política da guerra, e a opressão seria abuso da soberania política –, FOUCAULT consolida a noção de poder político como *guerra*, em que a repressão é efeito de relações de dominação, no contexto de aparente paz interior: o poder político é uma relação de guerra que atua por mecanismos de repressão<sup>5</sup>. E, na acepção do poder como *guerra continuada por outros meios*, emergem os conceitos de *tática* e de *estratégia*, desenvolvidos pela lógica da guerra, mas válidos para a lógica do poder político como relação de forças sociais determinada pela guerra<sup>6</sup>.

Na acepção do poder como guerra continuada por outros meios, emergem os conceitos de tática e de estratégia, desenvolvidos pela lógica da guerra

## 2. O direito como dominação brutal

A guerra, princípio de análise das relações de poder, ou critério de inteligibilidade do poder político, exercido mediante enfrentamento ou luta – entre as classes sociais nas relações de poder econômico e político, pode-se acrescentar –, mostra a constituição e a produção da sociedade por relações de poder. Nesse sentido, o projeto geral de FOUCAULT não é trabalhar o direito como *discurso jurídico*, mas abordar o direito como sistema de *dominação brutal*, como instrumento de *dominação* através de aparelhos, instituições, regras. Afinal, se a paz social é a reinscrição permanente de relações de força determinadas *na e pela* guerra social, então o direito é instrumento de dominação, ou operador de relações de dominação mediante múltiplas *técnicas de sujeição* em procedimentos ou práticas reais contínuas, que submetem corpos, dirigem gestos, regem comportamentos, **constituindo sujeitos** como produtos de uma multiplicidade de forças, energias, desejos e pensamentos, em síntese, por um conjunto de instâncias materiais de constituição do sujeito<sup>7</sup>. O poder, como algo que se exerce, circula e forma rede, ou funciona em cadeia, constitui o indivíduo como efeito do poder e, ao mesmo tempo, como *relais* pelo qual o poder transita pelo sujeito que constitui, conformando corpos, gestos e discursos do sujeito<sup>8</sup>.

## 3. O Estado: poder político como guerra por outros meios

A noção de política como *guerra por outros meios* ilumina o conceito de Estado, porque a guerra é instrumento de formação do poder do Estado, explicado por um discurso *histórico/político* – e não pelo discurso *filosófico/jurídico*. A guerra, relação social permanente, é a origem do poder político, que determina a organização e a estrutura jurídica do poder do Estado, parido no *fragor das batalhas*, no sangue dos massacres, das conquistas e da terra arrasada – e não pelas ideias jurídicas.<sup>9</sup> O Estado e a legalidade não significam situação de armistício, mas de continuação da guerra, como mecanismo de poder: a guerra é o motor das instituições e da ordem social, a paz como continuação da guerra, ou

a guerra como código da paz, numa sociedade/campo de batalha permanente, em que não há neutralidade possível, porque todos precisam tomar posição no campo de batalha<sup>10</sup>. A sociedade, ou corpo social, no modelo de dois grupos armados, determinados não por necessidades naturais ou exigências funcionais, mas pela guerra permanente, cuja batalha decisiva está sempre à frente, sem reconciliação possível com o inimigo, porque a condição da paz é **se e quando** vencermos<sup>11</sup>.

#### 4. O sujeito da fala: a verdade como arma de guerra

No discurso histórico/político de guerra não há neutralidade possível; o sujeito da fala é sempre partidário, inserido na perspectiva de guerra até a vitória, porque a relação de força exige tomar partido e a própria **verdade** do discurso é também **arma** na relação de força do poder político. Logo, o sujeito da fala não está no papel do legislador/filósofo do armistício, mas no papel do guerreiro que impõe a verdade como elemento da relação de força do poder<sup>12</sup>. Essa trama não interrompida da guerra produz/mantém desigualdades étnicas, de violência e de barbárie na escravidão de uma raça por outra: é a teoria da guerra de raças, com sua transcrição biológica e social, que teria perdido os traços de *conflito de raças* – a escravidão, na guerra da raça branca contra a raça negra (e também indígena) no Brasil, por exemplo –, hoje redefinida como *luta de classes*<sup>13</sup>, na relação capital/trabalho assalariado, em que a raça negra continua o principal oprimido/explorado nos processos políticos e econômicos do Estado capitalista.

#### 5. O biopoder do Estado racista e classista

A nova tecnologia do poder não se reduz ao *corpo humano*, sob a forma da **disciplina**, mediante vigilância, treinamento e punição para produzir corpos *dóceis e úteis*, segundo a lógica de *fazer morrer e deixar viver*, mas existe como **biopolítica**, exercida sobre a espécie humana, na forma de *regularização* do conjunto da população, controlando os

processos de nascimento, mortalidade, longevidade, doenças e seus efeitos na produtividade do trabalho e nos custos sociais, segundo o princípio de *fazer viver e deixar morrer* – métodos que não se excluem, mas se articulam como *controle* disciplinar sobre o corpo e controle biológico sobre a população<sup>14</sup>.

Ao contrário da disciplina, exercida como poder de vida e morte no sentido de *fazer morrer e deixar viver*, a biopolítica se exerce como poder de *fazer viver e deixar morrer* conforme processos biossociológicos sobre as massas humanas,<sup>15</sup> para eliminar os inimigos porque constituem perigo biológico racial – e não porque são adversários políticos. E aqui, a pergunta crucial de FOUCAULT: se o biopoder tem por objetivo expandir a vida, então como explicar o poder político do Estado de matar seus próprios cidadãos – e não apenas os inimigos? E a resposta: o **racismo**, introduzido precisamente pelo biopoder do Estado, como *mecanismo fundamental do poder* nos Estados modernos, que produz a morte *direta* do cidadão – a matança genocida da população pela polícia do Estado, no Brasil – ou produz a morte *indireta* do povo, pela exposição à morte, a multiplicação do risco de vida ou o exílio político, mediante expulsão ou rejeição interna<sup>16</sup>.

O conceito de biopoder permite esclarecer os acontecimentos da globalização neoliberal, especialmente nos países periféricos da América Latina, tais como: o programa político de matança do povo pela polícia do Estado, a prática de autoextermínio recíproco dos cidadãos na disputa do mercado ilegal das drogas, a multiplicação dos riscos de vida na prisão dos inúteis para ampliar o capital, a morte econômica e política da população negra e indígena – sem falar nas políticas xenofóbicas dos países centrais do sistema econômico-financeiro internacional, com a rejeição/expulsão de estrangeiros.

Assim, nos defrontamos com a disciplina e o biopoder do Estado classista e racista – mas também patriarcal/machista, como revela o movimento feminista, com argumentos poderosos –, que exerce o poder político como *guerra* contra os inimigos, institui a *dominação brutal* do direito sobre os excluídos, com a *partidarização* do sujeito da fala e a *verdade* do discurso como *arma* na relação de forças do poder político. O poder, relação de força existente como guerra, exprime a luta



de classes das sociedades capitalistas neoliberais, no âmbito das relações econômicas de produção/circulação da riqueza material, existente como relações políticas de poder entre as classes sociais, sob a forma de relações jurídicas do *estado de direito* da globalização. Eis a temática para reflexão futura da criminologia crítica na América Latina.

## Notas

1. Juarez Cirino dos Santos. Professor de Direito Penal da UFPR, Presidente do ICPC – Instituto de Criminologia e Política.
2. FOUCAULT. *Surveiller et Punir*. Hautes Etudes. Gallimard/Seuil 1975, p. 26-27 e 228 s.
3. FOUCAULT. *Naissance de la biopolitique*. Paris: Seuil/Gallimard, 2004, *Leçon de 14.03.1979*, p. 221-244.
4. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*, p. 15 s.
5. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*, p. 17.
6. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*, p. 18.
7. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 24-6.
8. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 26-7.
9. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 42.
10. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 43.
11. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 44.
12. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 46.
13. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 51 s.
14. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 17.03.1976*, p. 215.
15. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 17.03.1976*, p. 220.
16. FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 17.03.1976*, p. 228.

# Nulidades no Código de Processo Civil de 2015

**Teresa Arruda Alvim<sup>1</sup>**

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP

**Resumo:** Este texto tem por finalidade fornecer ao leitor um panorama geral do tratamento dos vícios do processo, à luz do CPC de 2015. Dá-se ênfase ao princípio do aproveitamento, que aponta para a solução preferencial de se relevar o vício ou de se determinar seja este sanado. Apontam-se, também, as diferenças entre os tipos de vícios existentes no processo e seus respectivos regimes jurídicos.

## 1. Introdução

O TEMA É DAQUELES QUE NUNCA PERDEM ATUALIDADE. E, além de interessante, apresenta inegável relevância prática. Mantidas as bases da doutrina tradicional, o NCPC criou notáveis abrandamentos das consequências da existência de nulidades absolutas, com o intuito evidente de “salvar” o processo.

Nos itens subsequentes, este será o objeto de nossas considerações: o trato do panorama das nulidades “temperado” com as novidades trazidas pelo CPC de 2015.

## 2. Sobre os vícios dos atos jurídicos em geral

De um modo geral, no direito como um todo, os defeitos de que podem padecer os atos jurídicos são classificados a partir de sua gravidade.

A terminologia habitualmente empregada é a tripartida: atos absolutamente nulos (que têm vícios mais graves), atos anuláveis ou relativamente nulos (que têm vícios menos graves) e atos juridicamente inexistentes (estes últimos padecem de defeitos que comprometem a sua identidade jurídica – são, portanto, mais do que nulos – perdem o direito de usar o *nome iuris* que os identificaria, não fosse o defeito).

Outros preferem usar a terminologia bipartida, considerando ser conveniente tratar em conjunto nulidades absolutas e inexistência jurídica, já que ambas as categorias têm mais pontos em comum do que diferenças. Nós preferimos adotar a terminologia tripartida, admitindo o tratamento separado da inexistência jurídica, da nulidade absoluta e da nulidade relativa.

Em nosso entender, como explicaremos ao longo deste texto, há mais vantagens do que desvantagens no tratamento em separado da inexistência e da nulidade absoluta, principalmente no campo do processo. Todavia, o tratamento deve ser o mesmo, enquanto o processo estiver em curso, por razões que veremos no item 8.

Com algumas variações, pode-se dizer que no direito, em geral, assim se classificam os vícios dos atos jurídicos, respeitadas é claro as peculiaridades de cada ramo do direito, que costumam gerar a necessidade de algumas adaptações.

### 3. Características peculiares dos vícios dos atos processuais

Quando se estudam os defeitos de que um processo ou um ato processual pode padecer, não se pode perder de vista que o processo se insere num ambiente normativo de *direito público*. Esta circunstância gera consequências de toda ordem, não propriamente na identificação e no “diagnóstico” do vício (ou seja, saber de que tipo de nulidade se trata) mas no regime jurídico destes vícios.

Se é verdade, sim, que os vícios dos atos processuais também podem ser separados em dois ou três grupos, a partir do critério de sua gravidade, não se pode dizer que a insanabilidade dos defeitos do processo está ligada, como ocorre no direito privado, ao fato de o defeito ser mais sério.

De fato, no direito civil, nulidades absolutas são nulidades *ipso iure*, são nulidades de pleno direito ou insanáveis, por definição. Isto não ocorre no processo: um dos princípios mais relevantes que norteiam a compreensão do sistema de nulidades no processo é o do aproveitamento, que leva a que nulidades, seja qual for a sua gravidade, sejam sanáveis.

Essa tendência aparece fortificada no CPC de 2015, embora já exista à luz do CPC de 73: basta que nos lembremos do art. 214<sup>2</sup>, que prevê a sanabilidade de um dos defeitos mais graves que o processo, num país democrático, pode padecer: a falta de citação.

No direito civil, nulidades absolutas são nulidades *ipso iure*, são nulidades de pleno direito ou insanáveis, por definição

As peculiaridades dos vícios do processo, contudo, não param por aqui. Diz-se, no âmbito do direito civil, que nulidades de pleno direito são *declaradas* enquanto tais; já as nulidades relativas devem ser objeto de ação *desconstitutiva*, com efeitos *ex nunc*. Por outro lado, ninguém nega que a ação rescisória tenha, no que diz respeito ao juízo

*rescindens*, natureza desconstitutiva.

A pergunta oportuna seria: se a rescisória é meio para impugnar sentenças nulas<sup>3</sup>, por que a ação deve ter natureza desconstitutiva? Justamente porque processo e direito *público*, e os atos do agente público – daquele que, na relação processual, faz as vezes do Estado – ficam acobertados por um *plus*, um *status* jurídico diferente daquele que caracteriza os atos dos particulares.

Sentenças de mérito (atos jurisdicionais que são) adquirem um *plus*, em certo momento: a coisa julgada. Ainda que se possa discutir sobre o que é exatamente a coisa julgada – se efeito da sentença, se qualidade que se agrega aos efeitos da sentença ou coisa parecida –, com certeza a coisa julgada é um *reforço*, um *plus*, uma autoridade diferenciada de que estão privados os atos dos particulares. Esta *barreira protetiva* dos atos do juiz deve ser superada por instrumento mais contundente do que uma ação meramente declaratória. Esta é a função da carga de desconstitutividade da ação rescisória, que se volta contra a coisa julgada, para, depois, mediata e indiretamente, atingir a sentença e seu defeito, inclusive com

eficácia *ex tunc* (tipicamente declaratória). Analogia útil à compreensão do fenômeno apenas descrito é o ato de funcionário da administração, revestido da presunção de legitimidade, com efeitos relevantes, v.g., a inversão do ônus da prova.

Essas observações e os exemplos antes mencionados já tornam evidente a necessidade de se interpretarem as regras de processo num ambiente normativo mais amplo, tendo como pano de fundo princípios de direito público. À luz desses princípios é que se compreenderão os atuais contornos do sistema de identificação e decretação dos vícios no processo, e suas consequências.

#### **4. Princípios norteadores do regime das nulidades dos atos do processo**

As nulidades e as anulabilidades processuais são disciplinadas pelo *direito positivo* e por uma *série de princípios de que aqui trataremos*. A partir desse conjunto é que se pode pensar num sistema das nulidades processuais, abrangendo: a verificação da *existência* do vício, a sua *classificação* e sua *decretação*.

Entre esses princípios, há aqueles que nada mais são do que diversas formas de se dizer exatamente o mesmo, sob uma ótica sutilissimamente diversa. É o caso dos princípios da instrumentalidade das formas e do princípio segundo o qual não haverá nulidade sem prejuízo, em seguida analisados. Por outro lado, alguns princípios traduzem quase que *exatamente o contrário* do que outros princípios significam: nestes casos, *um* serve de “limite” ao *outro*. É como se alguns princípios tivessem de ser lidos juntos, ligados por uma conjunção adversativa: um *mas*, por exemplo.

Os mais importantes são os seguintes:

**1. O processo é forma.** O processo, sob determinado enfoque, pode ser visto como um conjunto de formas, e o *afastamento* destas formas é o que dá causa às nulidades.

Nesta linha de raciocínio, tem-se que as formas processuais não são nada mais que o preço que se paga pela previsibilidade: constituem, na verdade, uma garantia para a defesa dos seus direitos.

2. *As formas têm caráter instrumental*: são meios para se atingirem fins. Estes, se atingidos, fazem cessar a relevância do não respeito à forma.

As formas são relevantes e isso é tão crucial quanto se dizer que têm caráter instrumental. Costuma-se dizer que a segunda parte da afirmativa tem mais importância porque isso não é óbvio, e, às vezes, não é percebido. Então passa a ter sentido se dizer que o princípio da instrumentalidade das formas é um dos mais expressivos a orquestrar a aplicação das regras sobre nulidades no processo civil.

3. *O princípio da boa-fé*. O princípio da boa-fé vem muitas vezes conjugado com o da instrumentalidade. A aplicação desse princípio aos casos concretos implica o exercício de certa dose de liberdade do juiz com o objetivo de avaliar até que ponto a especificidade do caso analisado justifica a suavização da consequência prevista em lei.

O princípio da boa-fé, “engrenado” com a ideia da instrumentalidade, desempenha o papel de “amortecedor” da aplicação das regras mais rígidas. Cria-se um equilíbrio entre a rigidez das regras e a possibilidade de flexibilização.

A boa-fé é conceito que não comporta propriamente interpretação. A interpretação tradicional desse conceito a nada conduz. Seu conteúdo não deriva da lei, mas da sua aplicação pelo juiz. Isso significa que ao conceito se dá vida por condutas a que o juiz qualifica como de boa-fé ou de má-fé.

4. *Não há nulidade sem prejuízo*. Não se deve anular um ato ou decretar a sua nulidade, não tendo havido prejuízo à parte.

*É um princípio de acentuada importância para o legislador, ao elaborar o direito positivo, e, para o juiz, deve sê-lo, ao aplicar a lei.*

A nulidade existe, mas, se não há prejuízo, não deve ser decretada. Por isso se diz “não há nulidades”. Mas, rigorosamente, há. O que não há são seus efeitos.

E por que é relevante fazer-se esta distinção? Porque antes de se saber se terá ou não havido prejuízo, a nulidade se submete a um regime jurídico que se liga à preclusão, à necessidade de que haja provocação para que o juiz possa decretá-la etc. Só se pode saber que regime é este se se *diagnostica e classifica* o vício.

Outro momento, posterior, é o da decretação: aí, sim, “não há” invalidade sem prejuízo. Ou seja, há mas não deve ser decretada.

5. *Nulidades instituídas precipuamente no interesse da parte são sanáveis.*

6. *Nulidades instituídas precipuamente no interesse público são sempre insanáveis.*

7. Deve obter-se o máximo de rendimento com o mínimo de atividade jurisdicional.

Trata-se do *princípio da economia processual*, em nome do qual existe, conforme se verá, forte tendência a que se *passse por cima* de nulidades, no sentido de *não decretá-las*, inclusive as absolutas.

8. *Nulidades relativas só podem ser levantadas pelo interessado.*

9. O processo é um conjunto de atos *concatenados* e *interdependentes*. Portanto, se um ato for nulo, este vício tem como consequência a mácula de todo um segmento processual que lhe (ao ato nulo) segue, e que daquele ato depende.

A esse princípio dá-se o nome de *princípio da causalidade*, ou *princípio da concatenação* e da *interdependência* dos atos processuais, que é aquele segundo o qual, como os atos processuais existem uns em função dos outros, a anulação ou a decretação de nulidade de um ato afeta *todo* o segmento processual posterior.

10. *Princípio do contraditório.* O *princípio do contraditório* tem sido entendido de modos diferentes ao longo da história. Abrange o trinômio: comunicação, provocação, reação. Mas não só. Hoje, prevalece a concepção no sentido de que devem-se evitar decisões ditas “surpresa”, cuja existência compromete a previsibilidade (a que as partes têm direito). O princípio do contraditório tem seu sentido e sua função ampliados para abranger também a necessidade de que às partes seja dada oportunidade de se manifestarem ainda que se trate de matéria de ordem pública.

11. Não pode a própria parte que praticou o ato viciado levantar seu vício, pois ninguém se pode beneficiar da própria torpeza. É o *princípio da proteção*. É desdobramento do princípio da boa-fé.

12. Deve ser aproveitada a parte do ato não maculada, sendo possível demonstrá-lo. É o *princípio da conservação* ou *princípio do aproveitamento*.

13. O processo é um “mal”, e, portanto, quanto menos estender-se no tempo, melhor será para todos. Assim, o quão mais rapidamente for decidida a lide, melhor. É o *princípio da celeridade*.

14. As nulidades devem ser expressamente cominadas por texto de lei. É o *princípio da especificidade*.

15. *Princípio da eficácia do ato viciado*: o ato viciado é eficaz. Trata-se de um ato que pode ser plenamente eficaz, mas que tende a deixar de sê-lo. É um ato viciado, passível de ser impugnado. Se não articulada a impugnação em tempo hábil, pode ocorrer a permanência do ato, em nome de diversos princípios, entre os quais está o da preclusão.

O ato viciado tem uma espécie de vida artificial, até que seja flagrado enquanto ato praticado em desconformidade com certo padrão. Cessada esta vida, cessa a eficácia do ato.

## 5. Critérios de classificação das nulidades absolutas e relativas

Os princípios de que tratamos no item anterior exercem função extremamente relevante quando da decretação do vício. *Menos* destacado, todavia, é o seu papel nos *momentos anteriores*, que dizem respeito à identificação do vício e à sua qualificação como nulidade absoluta ou relativa. Os parâmetros são mais facilmente identificáveis, já que as nulidades absolutas são aquelas que se ligam aos requisitos genéricos, que autorizam o juiz a decidir o mérito.

A doutrina, de um modo geral, admite a existência de uma *categoria ampla* de requisitos genéricos cuja implementação gera a possibilidade de que o juiz aprecie o mérito. Esta categoria ampla abrange as condições da ação e os pressupostos processuais.

Com algumas discordâncias pontuais, de um modo geral se estabelecem *pressupostos* para que se considere o processo juridicamente existente e válido, de modo que se constitua em ambiente isento de vício, com condições de que o juiz examine e decida a lide.

Os pressupostos processuais de existência correspondem ao próprio conceito de processo: para existir juridicamente, i.e., para que o fenômeno examinado possa ser considerado um processo, para que possa ostentar este *nomen iuris*, precisa haver um *pedido*, formulado em face de alguém, que seja *citado*, tudo diante ou perante o *Poder Judiciário*. *Pedido* – *citação* – *jurisdição* são elementos que estão nos três vértices do triângulo,



normalmente usado para representar graficamente o que é um processo. Sem pedido, não há processo – vê-se, neste contexto, a relevância do princípio dispositivo. Sem citação, não há processo – e aqui se percebe o papel fundamental do princípio da ampla defesa, na sua versão processual do contraditório. Sem jurisdição, não há processo.

Aqui, duas observações são necessárias: (a) embora, de rigor, a ausência de pressuposto processual de existência gere situação jurídica diferente da nulidade, não há necessidade de se fazer esta diferença quando o processo está em curso, já que o regime jurídico é o mesmo, em ambas as situações. Como se verá, é a possibilidade de cognição *ex officio* que caracteriza o regime jurídico, em ambas as situações; (b) contemporaneamente, tem prevalecido a tendência de se considerar estar-se diante de *jurisdição* também no caso de o conflito estar submetido à arbitragem. Com algumas distinções relevantes, de fato, não se pode negar que a jurisdição estatal e a arbitragem desempenham função semelhante. Este tema dá margem a acaloradas e infundáveis discussões e não é este o espaço adequado para desenvolvê-las. Em todo o caso, é relevante sublinhar que o objeto das nossas considerações se cinge ao processo judicial, que se desenvolve perante o juiz togado.

Além dos pressupostos de *existência jurídica* do processo, há a categoria dos pressupostos de *validade* do processo, cujo não preenchimento gera nulidade (ausência de validade = invalidade = nulidade). São eles também correspondentes aos três vértices do triângulo a que dizem respeito os pressupostos processuais de existência jurídica do processo. Petição inicial apta, citação válida, partes capazes, juízo competente (em razão de regras que determinam a competência absoluta), juiz imparcial (não impedido).

Há, também, os pressupostos processuais *negativos*, que *não* devem estar presentes. Estando, o juiz não pode julgar o mérito. Com algumas variações, processualistas estão de acordo com relação a pelo menos dois deles: litispendência e coisa julgada.

Em face do não preenchimento desses requisitos, ao juiz não é permitido decidir a lide.

Há, ainda, as *condições da ação*, que se consubstanciam numa outra categoria abrangida pelos pressupostos ou requisitos genéricos sem os

quais o juiz não pode julgar o mérito. À luz do NCPC, são elas a legitimidade de parte e o interesse de agir. Ambas são aferidas em função da análise da situação jurídica no plano do direito material. A legitimidade decorre de uma coincidência na titularidade: o titular da relação jurídica de direito material, ou seja, por exemplo, aquele que *contrata*, também é o titular da relação jurídica de direito processual, na ação em que se discute, por exemplo, a validade do contrato. Contratante e contratado (direito material) são autor e réu (direito processual).

O interesse de agir diz respeito à necessidade ou, pelo menos, à utilidade de que se lance mão da atuação do Poder Judiciário para resolver o “problema” que têm as partes, no plano do direito material. Exemplo clássico: não vencida a dívida, não tem o credor (ainda) interesse jurídico em acionar o devedor.

O NCPC desqualificou a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação:

ausente esta condição da ação, a sentença deve ser de improcedência.

Ausentes os demais requisitos genéricos que levam à possibilidade de o juiz decidir a lide, a regra geral é a de que o juiz extinga o processo sem resolver o mérito. A incompetência e o impedimento são exceções: apesar de não haver julgamento de mérito, não há sentença. O juiz remete o processo àquele que não seja impedido ou ao órgão que seja competente.

Ainda, no grupo das nulidades absolutas estão aqueles casos que, *embora não tenham nada a ver com pressupostos processuais e condições da ação*, a lei qualifica expressamente de nulidades: o melhor exemplo continua sendo a intimação do Ministério Público em casos que o juiz estime necessária sua intervenção como *custos legis* (fiscal da lei)<sup>4</sup>, art. 279 do NCPC.

Às nulidades ditas *relativas* se chega por exclusão: os defeitos que nada têm a ver com pressupostos processuais e condição da ação e que a lei não qualifica como nulidades absolutas são relativas. Exemplo expressivo é a incompetência estabelecida em razão do valor e do território, que é, como regra, relativa. A lei trata este vício com menos rigor do que aqueles que podem ser classificados como nulidades absolutas. São tidos, pelo sistema, como menos graves.

## 6. Respectivos regimes jurídicos

O sentido de se separar em dois (ou três) grandes grupos os vícios do processo liga-se à necessidade de que se estabeleçam *regimes jurídicos* diferentes para ambos os grupos. Os casos de nulidade absoluta e de inexistência jurídica, que formam o primeiro grupo, têm regime jurídico idêntico quando o processo está em curso. As características fundamentais deste regime são a possibilidade de o juiz conhecer *de ofício* destes vícios e de *não haver*, nem para o juiz, nem para as partes, *preclusão* quanto à possibilidade de argui-los e de decretá-los, respectivamente.

O NCPC trouxe algumas relevantes e interessantes novidades quanto à ausência de preclusão para as partes, dispondo o art. 1.022, II<sup>5</sup>, que esta categoria de vício pode ser objeto de embargos de declaração. A discussão existe na doutrina produzida à luz do CPC de 73 e o legislador de 2015 resolveu o problema. Assim, ainda que o réu não tenha alegado, por exemplo, a falta de legitimidade do autor, e o juiz tenha proferido *sentença de mérito*, este vício pode ser arguido pela primeira vez em embargos de declaração.

É também relevante sublinhar que o NCPC ampliou visível e consideravelmente o âmbito do *efeito devolutivo* dos *recursos excepcionais* e, a meu ver, permite que se conheçam vícios classificáveis como nulidades absolutas ou que geram inexistência jurídica, ao “rejulgar” a causa. Trata-se de uma das possíveis interpretações da Súmula 456 do STF, que foi “positivada” pelo legislador de 2015<sup>6</sup>, art. 1.034, § único, do NCPC.

É relevante salientar também que os arts. 10<sup>7</sup>, 372<sup>8</sup> e 948<sup>9</sup> e alguns outros esparsos no Código criam a necessidade de o juiz proporcionar o *contraditório*, mesmo quando vai decidir matéria sobre a qual pode manifestar-se de ofício, em todo e qualquer grau de jurisdição.

Quanto às nulidades relativas, não pode o juiz delas conhecer sem ter havido provocação das partes e estas têm um espaço de tempo dentro do qual podem arguir esta espécie de vício. Decorrido o prazo, o vício é considerado “sanado”, pela preclusão.

## 7. Sobre a decretação das nulidades

Viu-se no item anterior que as nulidades relativas são vícios sanáveis, porque se não arguidas, ocorre a preclusão.

No entanto, e esta é uma característica marcante do NCPC, no momento em que os vícios são (ou seriam) decretados (todos os vícios!), se deve levar em conta, fundamentalmente, o *princípio da sanabilidade*. Não só no sentido que se mencionou no final do item antecedente, mas principalmente no sentido de que o defeito seja efetiva e realmente, **sanado**, no plano dos fatos. Esta tendência já existe no CPC de 73 e aparece de forma evidentemente reforçada em muitos artigos do novo código.

O art. 214 do CPC de 73 já deixava clara esta predisposição: ausente a citação, está-se diante de um dos vícios mais graves do processo, daqueles que inviabiliza integralmente a decisão de mérito. Mas, se o réu comparece e contesta, o vício se sana: deixa de existir e, evidentemente, não pode ser decretado.

O NCPC abraçou de forma evidente esta ideia: o processo deve ser “salvo”, “aproveitado”. Tudo deve ser feito para evitar que seja proferida sentença com base no art. 485<sup>10</sup>, que extingue o processo sem resolver a lide. O art. 139, IX, estabelece que incumbe ao juiz determinar o suprimento dos pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais. Essa regra demonstra a preocupação do legislador de 2015 em dar o máximo aproveitamento possível ao processo e a ampla possibilidade de se sanarem os vícios processuais, de maneira que a apreciação do conflito de direito material ao processo subjacente seja efetiva prioridade.

A possibilidade de correção do vício **não** é característica ligada à gravidade do vício. Vale para todo e qualquer vício, independentemente de sua gravidade. Tudo deve ser sanado. Tudo, é claro, *dentro do possível*. Mas muita coisa é possível: a emenda à inicial (art. 321<sup>11</sup>), a correção da legitimidade passiva (art. 338 e 339<sup>12</sup>), a correção de vícios de representação no 1º grau e em grau recursal (art. 76, § 2º<sup>13</sup>) etc.

As partes, então, à luz do NCPC, terão muitas e muitas oportunidades, que, se não aproveitadas, aí sim, gerarão a configuração de situação em que o vício **deve** ser decretado e em que, via de regra, se proferirá sentença sem resolução de mérito ou decisão que não admite recurso.

## 8. Nulidades da sentença

As nulidades do processo se refletem, como era de se esperar, nas nulidades da sentença. É que a sentença pode ser nula em virtude de um defeito “herdado” do processo. Ou seja: a sentença pode não ter vício algum, mas é “contaminada” por um defeito que ocorreu no curso do feito, como, por exemplo, a propositura da ação perante o juízo incompetente ou a falta de contraditório quando da juntada de um documento novo. (Veja-se o princípio n. 9, tratado no item 4, acima.)

As nulidades relativas terão ficado para trás, acobertadas pela preclusão. Mas as absolutas, estas sim, se não “corrigidas”, contaminam a sentença, transformando-a em pronunciamento jurisdicional rescindível, com base no art. 966, V<sup>14</sup>, pois terá havido ofensa ao direito, ao sistema jurídico: à norma jurídica.

Todos os vícios antes referidos como nulidades absolutas (e mesmo como capazes de gerar inexistência jurídica, como se verá no item 9) tornam a sentença nula e rescindível (ou juridicamente inexistente e rescindível).

Entretanto, a sentença também pode padecer de vícios intrínsecos, ligados a dois fenômenos: (a) ausência de correspondência com o pedido e (b) falta de elementos.

A ausência de simetria entre pedido e sentença produz as sentenças conhecidas como “infra”, “ultra” e “extra petita”. Também são conhecidas as definições: é *infra petita* a sentença em que o juiz aprecia apenas uma parte do pedido; *extra petita* a sentença em que o juiz julga coisa diferente do que se pediu; e *ultra petita* quando o juiz aprecia além do que foi pedido. Essas sentenças são habitualmente qualificadas como sentenças nulas e, portanto, rescindíveis, do que, genericamente, não se discorda.

Todavia, há certos exemplos concebidos para explicar melhor o que é uma sentença que desrespeita o princípio da congruência, que, a nosso ver, rigorosamente, não se encartam na categoria de sentenças nulas e rescindíveis.

Imagine-se que A formula contra B dois pedidos: x e y e o juiz decide x, y e z. Z é pedido não feito. A sentença é “ultra” e “extra petita” simultaneamente.

A situação aqui é interessantíssima, pois se poderia pensar que z transitaria em julgado, e que, se porventura a sentença tivesse **negado** esse pedido, seria necessária a propositura de ação rescisória para que o pedido fosse “refeito”, em outra ação, posteriormente: não “refeito”, já que, na verdade, ele nunca teria sido formulado.

No entanto, se o pedido z não foi feito e foi, assim mesmo, decidido, a nosso ver *jamais* haverá, quanto a esta decisão, *coisa julgada*. Isso porque falta, àquela relação processual, pressuposto processual de existência: não houve *pedido*! Logo, quanto a esta parcela do processo, a relação processual nem chegou a nascer, pois que o pedido é sempre o *start*, o primeiro passo, na formação da relação processual. Portanto, essa sentença é juridicamente inexistente, na medida (exclusivamente nesta medida) em que resolveu pedido não formulado.

Assim, se Maria pede danos materiais contra José, e o juiz *não* concede danos materiais e *danos morais* (que não foram pleiteados!), Maria poderá entrar com ação contra José para pedir os tais danos morais, sem necessidade de ação rescisória.

A falta de elementos exigidos pela lei também gera sentença viciada: relatório, fundamento e a parte propriamente decisória (art. 489<sup>15</sup>). A falta de relatório gera nulidade e conseqüente rescindibilidade. A falta de *decisum* a meu ver gera sentença juridicamente inexistente: uma “não sentença”, como dizem os alemães (*Nichturteil*).

E a falta de fundamento? O NCPC trata do tema de modo bastante minucioso no art. 489, § 1º. Diz o legislador de 2015 que se considerará não fundamentada a sentença se esta não satisfizer um *standard* mínimo de qualidade, cujos requisitos estão no próprio artigo. É inegável a relevância que se emprestou ao tema no NCPC.

Por outro lado, o art. 503, § 1º<sup>16</sup>, estendeu a autoridade de coisa julgada às prejudiciais, que estão na fundamentação, do ponto de vista lógico. É de se imaginar que o legislador tenha querido tornar mais grave o defeito de falta de fundamentação, podendo-se cogitar em considerar juridicamente inexistente sentença à que falte motivação.

## 9. A sentença juridicamente inexistente

Dissemos várias vezes, ao longo deste texto, que nulidades absolutas e situações que ensejam inexistência jurídica podem ser tratadas “em conjunto” já que, uma vez em curso o processo, em ambos os casos há possibilidade de cognição *ex officio* e ausência de preclusão, quer para as partes, quer para o juiz. Mas, uma vez findo o processo, a distinção ganha relevância: as sentenças nulas são rescindíveis e as juridicamente inexistentes não transitam em julgado e não estão sujeitas ao prazo de dois anos do *caput* do art. 975<sup>17</sup> para serem impugnadas. Podem ser objeto de uma ação meramente declaratória, conhecida como *actio* ou *querela nullitatis*, sem prazo.

Que sentenças seriam estas? Grupo pequeno, como não poderia deixar de ser: são as sentenças de mérito proferidas sem que sejam preenchidos os pressupostos processuais de existência jurídica do processo: pedido – citação – jurisdição. E também sem que tenham sido satisfeitas as condições da ação que são constitutivas em relação à ação. Sem elas, há *direito de petição*, de índole constitucional, e não verdadeiro direito de ação (processual). Portanto, sentenças não transitam em julgado, por exemplo, se decidiram o que não foi pedido, se proferidas por quem não é juiz ou contra parte ilegítima.

Entretanto, como não há unanimidade na doutrina a respeito desses temas e como a *actio nullitatis* ou a ação declaratória de inexistência jurídica do processo e da sentença de mérito (quando, por exemplo, não houve citação e o réu for revel) ou declaratória de inexistência jurídica da sentença (proferida por um juiz aposentado, por exemplo) são criação doutrinária, nada impede que a parte se insurja contra esta situação jurídica *por meio da própria ação rescisória*. Esta tolerância é recomendável até mesmo à luz do princípio da fungibilidade, que não se aplica só à esfera recursal.

## 10. Conclusões

As regras gerais sobre vícios, que são classificados em função de sua gravidade, se aplicam também ao processo. São necessárias, todavia, algumas adaptações e a principal delas é a de que a *sanabilidade* dos vícios não ocorre só quando os vícios são menos graves, mas também quando são bem graves: vícios são sanados, atos são aproveitados, defeitos podem ser relevados. Esta é a tônica do NCPC.

Apesar disso, se os vícios permanecerem, dão azo à ação rescisória. Segundo alguns (e nós nos filiamos a esta corrente) há certos defeitos, ditos vícios “transrescisórios”, cuja possibilidade de arguição não está sujeita a prazo algum: nesses casos, é cabível a ação declaratória de inexistência jurídica da sentença.

## Notas

1. Teresa Arruda Alvim. Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. Membro Honorário da Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDCConst. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Revista dos Tribunais. Advogada.
2. “Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.  
§ 1º O comparecimento espontâneo do réu supre, entretanto, a falta de citação.  
§ 2º Comparecendo o réu apenas para argüir a nulidade e sendo esta decretada, considerar-se-á feita a citação na data em que ele ou seu advogado for intimado da decisão”.
3. Esta afirmação será adequadamente explicada e fundamentada no item 5, infra.
4. “Art. 279. É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.



§ 1º Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado.

§ 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.”

5. “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: (...) II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;”
6. “Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.  
Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado.”
7. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”
8. “Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.”
9. “Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.”
10. “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...)”
11. “Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.”
12. “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.  
Parágrafo único. Realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo este irrisório, nos termos do art. 85, § 8º.  
Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação.  
§ 1º O autor, ao aceitar a indicação, procederá, no prazo de 15 (quinze) dias, à alteração da petição inicial para a substituição do réu, observando-se, ainda, o parágrafo único do art. 338.

- § 2º No prazo de 15 (quinze) dias, o autor pode optar por alterar a petição inicial para incluir, como litisconsorte passivo, o sujeito indicado pelo réu.”
13. “Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.
- § 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária:
- I – o processo será extinto, se a providência couber ao autor;
- II – o réu será considerado revel, se a providência lhe couber;
- III – o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.
- § 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator:
- I – não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente;
- II – determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.”
14. “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V – violar manifestamente norma jurídica;”
15. “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
- I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. (...)”
16. “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.
- § 1º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:
- I – dessa resolução depender o julgamento do mérito;
- II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
- III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.
- § 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.”
17. “Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. (...)”

# Limites, possibilidades e consequências da extensão do contraditório ao inquérito policial (Reflexões sobre o PLS 366/2015)

**Eduardo Cambi<sup>1</sup>**

Promotor de Justiça no Estado do Paraná

**Gerson Ziebarth Camargo<sup>2</sup>**

Mestrando em Direito (UNIPAR)

**Resumo:** A presente pesquisa analisou o Projeto de Lei do Senado (PLS) 366/2015 para verificar os limites e as possibilidades da garantia do contraditório em sede de inquérito policial e as suas consequências para o processo penal. As consequências da extensão do contraditório ao inquérito policial se verificam na maior participação do indiciado, na transformação de elementos informativos em provas antes mesmo de iniciado o processo, na maior atuação do magistrado antes mesmo de iniciado o processo, para fins de eventual controle de legalidade dos atos produzidos e a verificação da justa causa para o ajuizamento da ação penal, na celeridade processual e no respeito à razoável duração do processo, quando desnecessária a repetição das provas na instrução processual penal.

## 1. Introdução

O DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO sofreu mudanças profundas nos últimos tempos, principalmente relacionadas à emergência de um novo paradigma, tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, o que tem sido denominado de neoconstitucionalismo e neoprocessualismo (Cambi, 2016).

Essas transformações, que se alargaram sob a égide da Constituição Federal de 1988, envolvem vários elementos diferentes, mas mutuamente implicados, que podem ser assim sintetizados: a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico – ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; c) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

No contexto da constitucionalização do processo penal, do garantismo penal e da processualização de procedimentos, as garantias do contraditório e da ampla defesa são invocadas em favor do réu para que se assegure o devido processo legal. Assim, percebe-se que há um modelo processual estabelecido na Constituição Federal e que serve como alicerce para todas as espécies do direito processual, não podendo ser ignorado e muito menos ultrajado.

Por isso, todo e qualquer estudo que se refira à matéria processual deve partir desse modelo constitucional, que se encontra sedimentado, sobretudo, nos direitos e garantias fundamentais processuais.

As relações entre o processo e a Constituição são relações dialógicas, de recíproca implicação. Há, na doutrina jurídica contemporânea, um diálogo constante entre o direito processual penal e civil e o direito constitucional, a ponto de poder se identificar, de um lado, uma teoria processual da Constituição e, de outro, uma teoria constitucional do

processo, como desdobramento da força normativa da Constituição, especificamente canalizada para o campo das liberdades públicas. Desse modo, há uma processualização da Constituição, a par de uma concomitante constitucionalização do processo (“materialização do direito processual”).

Apesar da aproximação entre o processo civil e o processo penal na constitucionalização do processo, nota-se que no âmbito processual civil a garantia do contraditório ganhou maior repercussão e mereceu mais atenção e desenvolvimento a ponto de ser visualizado como um trinômio “informação-reação-poder de influência”, formando-se um amálgama com a ampla defesa. Já no âmbito processual penal o alcance do contraditório se limitou ao binômio informação-reação, não sendo compreendido em conjunto com a garantia da ampla defesa. Talvez por isso o contraditório se tornou mais robusto na defesa de direitos patrimoniais, tendo alcance mais tímido na defesa da liberdade. Essa timidez no processo penal é oriunda da dicotomia entre os sistemas inquisitivo e acusatório, os quais se diferem, entre outras razões, pela garantia do contraditório no segundo sistema.

Discussões à parte sobre a dicotomia entre os sistemas inquisitivo e acusatório e a própria caracterização de ambos, como bem anota Guimarães (2016), é mister o favorecimento do “papel que merece ser reservado às garantias processuais de ampla defesa e contraditório e a função do juiz no processo penal brasileiro” (Guimarães, 2016, p. 266).

Nessa perspectiva, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei 366/2015, que altera o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para assegurar contraditório relativo no inquérito policial. Referido projeto é de autoria do senador Roberto Rocha (PSB-MA) e atualmente se encontra na relatoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania<sup>3</sup>.

Trata-se substancial alteração relativa ao inquérito policial, que tradicionalmente não admite a manifestação do contraditório. Tal mudança, oriunda da ampliação da garantia do contraditório, pode ensejar uma releitura do processo penal, principalmente no que se refere à investigação, à produção de provas, à razoável duração do processo, à ampla defesa do investigado e ao papel do magistrado. Afinal, em eventual adoção do contraditório em sede policial, o juiz deixaria sua inércia e

evitaria um efeito de ausência de efetividade das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Nessa análise, colide a atividade inquisitiva desempenhada pela polícia judiciária, que em tese traz mais segurança para a investigação, com a necessidade de o indiciado participar efetivamente da colheita preliminar de elementos de prova.

Assim, surge a questão: quais são os limites, as possibilidades e as consequências da aplicação do contraditório em sede de inquérito policial?

## 2. Extensão do contraditório à fase pré-processual

De acordo com o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, “*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 inerente*”. A garantia do contraditório abrange, pois, o processo judicial ou administrativo. O inquérito policial não é processo, mas mero procedimento, razão pela qual não incide tal garantia processual (Cambi; Cambi, 2006, p. 58-82).

No entanto, o PLS 366/2015 visa à extensão da garantia do contraditório à fase pré-processual, ao sugerir a inclusão dos seguintes parágrafos no art. 14 do CPP: “§ 1º *É direito do defensor, no interesse do investigado ou indiciado, ter acesso aos elementos de prova que, já documentados nos autos do inquérito policial ou outro procedimento de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa, excetuados os registros relativos a diligências em andamento e medidas cautelares sigilosas, cujo acesso possa prejudicar a eficácia das investigações. § 2º Em caso de indiciamento pelo delegado de polícia, em ato fundamentado nos elementos de prova que comprovem a materialidade delitiva e indícios de autoria, o indiciado, por meio de seu defensor, terá vista dos autos, podendo tomar nota, obter cópia e requerer diligência, suspendendo-se o prazo do inquérito, se for o caso, observado o disposto no caput*” (BRASIL, 2015).

Além disso, o PLS 366/2015 propõe a alteração do art. 155 do CPP, que passaria a vigorar com a seguinte redação: “*O juiz formará sua con-*

*vicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos de prova colhidos no inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis, antecipadas ou produzidas sob crivo do contraditório, com a participação da defesa técnica” (BRASIL, 2015).*

Percebe-se, com isso, que o PLS 366/2015 prestigia o sistema acusatório no processo penal, que se caracteriza pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial (Lima, 2015, p. 39).

Mais importante do que esse prestígio é vislumbrar um cenário de contenção de poder do Estado representado, no inquérito, pela autoridade policial, por meio da efetividade de um conjunto de garantias para o cidadão acusado.

Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação da nulidade da ação penal<sup>4</sup>.

De qualquer modo, a utilidade da extensão do contraditório à fase pré-processual deve ser discutida, já que, com a intervenção da defesa, pela apresentação e/ou indicação de material probatório suficiente, desde que não se revelem prejudiciais à eficácia das investigações, a atividade persecutória do Estado poderia ser reduzida, inclusive com o melhor dimensionamento das ações penais (Oliveira, 2011, p. 55; Tourinho Filho, 2012, p. 75).

Com efeito, não se trata de privilegiar o sistema acusatório em detrimento do inquisitivo ou mesmo de insistir nessa dicotomia, mas sim de consagrar garantias constitucionais para proibir excessos por parte do Estado e, simultaneamente, proibir proteção estatal ineficiente em face à inviolabilidade de direitos fundamentais do cidadão investigado.

O PLS 366/2015  
prestigia o  
sistema  
acusatório  
no processo  
penal

### 3. Limites à extensão do contraditório na fase de inquérito policial

De início, mister se faz a ressalva do cenário político-criminal brasileiro, no qual os investigados e réus sequer possuem uma defesa técnica qualificada, seja pelas dificuldades financeiras de se contratar um advogado, seja pelos problemas estruturais na implantação e manutenção das defensorias públicas no Brasil.

Por outro lado, não há que se fechar os olhos a projetos de lei penal e processual penal que “surgem” ou “são desenterrados” em um contexto revanchista, impulsionado por delações premiadas trazidas no bojo da operação Lava-Jato, envolvendo personalidades influentes da política nacional, para, a pretexto de tornar o processo penal mais democrático, criar óbices à investigação da polícia judiciária e do Ministério Público.

Esses dois cenários, por si sós, exigem cautela. Entretanto, os limites a partir de agora traçados, neste texto, se concentram em questões de dogmática processual.

O sistema processual penal vigente (BRASIL, 1941) considera o inquérito policial um *mero procedimento*, que, entre outras características, não admite a tríplice garantia oriunda do contraditório: informação-reação-participação.

A defesa pode ter acesso aos autos durante ou após a realização das diligências pela autoridade policial, mas sem efetivo poder de influência na futura decisão do magistrado em relação ao recebimento da ação penal.

Nesse sentido, a Súmula Vinculante 14 do STF afirma ser direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Em outras palavras, não é exigível a observância da garantia do contraditório em sede de inquérito policial, por se tratar de mero procedimento administrativo de caráter informativo, embora – ressalvado o caráter sigiloso das investigações – se permita o “*acesso amplo aos elementos de prova*” colhidos no procedimento investigatório, nos termos da Súmula Vinculante 14 (Távora; Alencar, 2016, p. 45).



Todavia, o art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal deve ser interpretado, no contexto amplo dos direitos e garantias fundamentais, em sintonia com o que está expresso no art. 5º, pars. 1º e 2º, da CF. Assim, o rigor terminológico – referir-se a processo, ao invés de procedimento administrativo – não pode servir de obstáculo para, na medida do possível, ampliar o alcance das garantias processuais ao inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário também trata do “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando deveria dizer “procedimento” (Lopes Júnior, p. 143).

Portanto, ainda que não exista no inquérito policial uma relação jurídico-processual, sendo uma mera fase de investigação para a obtenção de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, e assim não se possa conceber a plenitude do contraditório, posto não estar presente a estrutura dialética que caracteriza o processo, é possível assegurar, desde que não haja prejuízo à investigação, informações quanto aos elementos de prova já documentados para facilitar o exercício do direito de defesa. Tal assertiva é compatível com o princípio da publicidade que deve ser a regra na atuação da administração pública (art. 37, *caput*, CF) na condução dos procedimentos administrativos.

Essa dimensão está expressa na Resolução 13/2006, do CNMP, que disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal. Pelo art. 13 desta resolução, os atos e peças do procedimento investigatório criminal são públicos, salvo disposição legal em contrário ou por razões de interesse público ou conveniência da investigação. A publicidade consistirá: I – na expedição de certidão, mediante requerimento do investigado, da vítima ou seu representante legal, do Poder Judiciário, do Ministério Público ou de terceiro diretamente interessado; II – no deferimento de pedidos de vista ou de extração de cópias, desde que realizados de forma fundamentada pelas pessoas referidas no inciso I ou a seus advogados ou procuradores com poderes específicos, ressalvadas as hipóteses de sigilo; III – na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do procedimento investigatório criminal, observados o princípio da presunção de inocência e as hipóteses legais de sigilo. Entretanto, pelo art. 14 da Resolução 13/2006, o presidente do procedimento investigatório criminal poderá decretar o sigilo das investiga-

ções, no todo ou em parte, por decisão fundamentada, quando a elucidação do fato ou interesse público exigir. No entanto, mesmo nesta hipótese de decretação de sigilo, deve ser garantida ao investigado a obtenção, por cópia autenticada, de depoimento que tenha prestado e dos atos de que tenha, pessoalmente, participado.

Dessa forma, na dimensão constitucional do direito de defesa e do princípio da publicidade, bem como em conformidade com o que está no PLS 366/2015, é possível sustentar a extensão da garantia do contraditório à fase pré-processual, seja para assegurar o direito à informação, mas também a possibilidade de reação e influência, quando tal atuação não compromete a eficácia das investigações.

Para assegurar a eficácia da investigação, justifica-se o caráter inquisitivo do inquérito policial ou do procedimento investigatório criminal, pelo Ministério Público. O sigilo das investigações confere maior agilidade, otimiza a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos informativos (Lima, 2016, p. 126). Se os atos investigatórios fossem, necessariamente, precedidos de prévia comunicação à parte contrária (contraditório), seria inviável a localização de fontes de prova acerca do delito, em prejuízo da atuação policial ou do Ministério Público.

Tal perspectiva inquisitória encontra respaldo no art. 5º, inc. XXXIII, da Constituição Federal, pelo qual todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. O art. 20, *caput*, do CPP, por sua vez, afirma que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Além disso, o art. 7º, incs. XIII, XIV e XV, da Lei 8.906/94 confere aos advogados o direito de examinar, em qualquer órgão dos poderes Judiciário e Legislativo, ou da administração pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, *quando não estejam sujeitos a sigilo*, bem como a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos; o exame, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, de autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em an-

damento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; e, ainda, vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais.

Como consequência do caráter inquisitivo do inquérito policial, e porque nesses casos não há a participação do indiciado ou suspeito no transcorrer do procedimento, o juiz não poderá valer-se desses elementos de prova para proferir sentença condenatória, já que a prova necessária para a condenação do acusado não pode prescindir da observância plena das garantias constitucionais processuais. Portanto, a observância do contraditório é condição de validade e eficácia das provas.

Em outras palavras, as provas produzidas sem a possibilidade de fiscalização da parte contrária e do juiz não podem ser valoradas na decisão judicial, já que *instruções secretas*, realizadas na ausência de uma ou de ambas as partes, viola a garantia constitucional do contraditório, devendo ser considerada nula (Cambi, 1999, p. 148).

De igual modo, laudos técnicos elaborados no inquérito policial, quando não submetidos ao contraditório, não constituem prova pericial<sup>5</sup>, porque concebidos de forma unilateral, sendo meros documentos a serem valorados pelo juiz, tão somente se no processo judicial houver a observância do contraditório.

Nesse sentido, o art. 155 do CPP afirma, corretamente, que o juiz formará sua convicção pela apreciação motivada da prova *produzida em contraditório judicial*. Caso aprovado, o PLS 366/2015 permitirá que o magistrado possa se valer exclusivamente dos elementos colhidos em fase pré-processual quando assegurada à defesa a plenitude do exercício do contraditório. Nesta hipótese, não haveria meros elementos de prova, mas, em razão da observância do contraditório, verdadeiras *provas*, que poderiam ou não ser repetidas em juízo, conforme a sua necessidade para a instrução processual, com base em exame judicial motivado (art. 93, inc. IX, CF).

Assim, o próprio inquérito policial, concebido de forma preconceituosa como instrumento da acusação, assume um caráter mais garantista, enaltecendo as garantias do cidadão investigado, sem prejudicar a eficácia do sistema (Cabette, 2001, p. 2).

Convém ressaltar que, em eventual aprovação do PLS 366/2015, à autoridade policial ainda é mantido o poder conferido pelo *caput* do artigo 14 do Código de Processo Penal<sup>6</sup>; isto é, à autoridade que preside o inquérito são conferidos os poderes de eleger o ritmo e o rumo da investigação, na conformidade das exigências e das circunstâncias dos fatos a serem apurados (Pinto, 1999, p. 5).

Não se trata, contudo, de um poder discricionário, tomado como um decidir conforme a consciência do delegado, mas uma atuação voltada à otimização das investigações nos limites da lei e das garantias constitucionais.

Conseqüentemente, os limites ao contraditório, na fase pré-processual, encontram-se na garantia da investigação, cujos documentos e diligências a serem apreciados em prol do investigado estão sob a cautela da autoridade policial, devendo o contraditório ser observado, na medida do possível, de forma antecipada, sempre que não comprometer a eficácia das investigações.

#### **4. A importância do contraditório na fase pré-processual**

Observados os limites necessários à eficácia da investigação, a garantia do contraditório assume, com o PLS 366/2015, maior relevância no direito processual penal brasileiro.

A possibilidade de o indiciado influenciar a convicção da autoridade policial e do Ministério Público, desde o momento em que contra si tramita a investigação criminal, amplia a garantia constitucional da ampla defesa e traz ao magistrado elementos mais consistentes, já que formados por uma dialética processual, para o recebimento da ação penal.

Nesse sentido, o § 2º do art. 14 do PLS 366/2015 assegura direito a vistas dos autos à defesa do investigado, em caso de indiciamento pela autoridade policial, podendo tomar nota, obter cópia e requerer diligência, circunstâncias que determinam a suspensão do prazo do inquérito policial.

Tal dispositivo se mostra compatível com o art. 5º, inc. LV, da CF, que deve ser estendido ao inquérito policial, uma vez que, a partir do in-

diciamento pela autoridade policial, o investigado pode ser enquadrado na posição dos “acusados em geral” (Lopes Júnior, 2016, p. 145), com o escopo de assegurar a máxima efetividade possível às garantias constitucionais, desde que não haja prejuízo à eficácia das investigações.

É importante, na medida do possível, garantir o contraditório na fase pré-processual, mesmo porque há evidências que são produzidas na fase do inquérito policial que não são repetidas durante a instrução processual e, depois, servem de fundamento para a sentença judicial (Furtado, 2000, p. 8). Assim, permitir que a defesa tenha acesso aos autos para elaborar quesitos ou para pedir a complementação da perícia pode contribuir para a melhor reconstrução dos fatos delituosos, sem prejudicar o curso da investigação e, ao mesmo tempo, assegurando o direito de defesa.

Por isso, a dimensão do contraditório, no inquérito policial, pode ir além do direito à informação, para que o indiciado participe do procedimento investigatório, inclusive indicando os meios de prova para que a investigação se aproxime ao máximo da verdade objetivamente possível de ser obtida (Cambi, 1999, p. 234-249), já que o delegado de polícia, autoridade titular da investigação criminal, não se vincula à tese de acusação ou de defesa, mas aos fatos (BRASIL, 2015).

De qualquer modo, ainda que não exista na fase pré-processual uma acusação formal, para se evitar lesão ou ameaça de lesão ao direito de defesa (Saad, 2004, p. 221), quando tal situação não comprometer a eficácia da investigação, não há razão jurídica para obstar a possibilidade de o investigado contribuir para a descoberta da verdade e, no limite, defender o arquivamento do inquérito policial.

Sabe-se, porém, que a ampla defesa nada mais é do que a dimensão efetiva do contraditório, na medida em que oportuniza ao indiciado reagir contra o indiciamento e apresentar à autoridade policial meios de informação/prova.

Logo, a extensão do contraditório à fase pré-processual redundaria na *processualização dos procedimentos* (Dantas, 2007), os quais devem ser compreendidos como *métodos de exercício de poder*, e, portanto, serem modulados com a observância da garantia constitucional do contraditório, como uma forma de ampliar o espectro de incidência dos direitos e garantias fundamentais (Didier *et* Zaneti Jr., 2007).

Como consequência proveniente do constitucionalismo contemporâneo, ao menos em Estados democráticos, é incomum a possibilidade de atuação estatal (ou privada, no exercício de um poder normativo) que não seja “processual”, isto é, que não se realize por meio de um procedimento em contraditório. Pode-se, assim, identificar, entre os direitos a ações estatais positivas (ou direitos a prestações em sentido amplo), que incluem o direito à organização e procedimento (Alexy, 2008, p. 470-499), o *direito fundamental à processualização dos procedimentos* (ou seja, todo procedimento deve ser estruturado em contraditório).

Quando não se assegura o exercício do contraditório (informação-reação-participação) na fase pré-processual, a consequência é fortalecer a consistência da ação penal, a ponto de gerar efeitos na valoração da prova judicial e justificar a alteração da redação do art. 155 do Código do Processo Penal para permitir que o magistrado se valha dos elementos colhidos em inquérito policial para firmar sua convicção apenas quando produzidos à luz do contraditório efetivo.

Com a constitucionalização dos direitos infraconstitucionais, como característica do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo (Cambi, 2016, p. 69-82), o direito processual penal deve ser ordenado, disciplinado e interpretado a partir dos valores e das normas fundamentais contidas na Constituição Federal. O direito processual tem como finalidade a efetivação dos direitos fundamentais e, para tanto, as garantias constitucionais processuais devem ser potencializadas.

A processualização dos procedimentos no inquérito policial é uma das formas de assegurar a garantia do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CF) como meio de concretizar direitos e garantias fundamentais já no decurso da averiguação preliminar, mediante a observância do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, a contribuição da processualização no inquérito policial minimiza os riscos de arbitrariedades e, ao conceber o contraditório em sua tríplice dimensão na investigação criminal, em consonância com a alteração proposta ao artigo 155 do CPP, amplia as garantias do acusado, que deixa de ser visto como um mero objeto de investigação (isto é, como uma coisa ou um meio para a obtenção de um fim) para ser respeitado enquanto cidadão passível de responsabilização criminal.

## 5. Consequências para o processo

A primeira consequência da efetiva participação do indiciado, no inquérito policial, é propiciar ao magistrado melhores elementos de convicção para o recebimento da ação penal. Isso porque assegurar o contraditório efetivo é empoderar o investigado, que pode melhor influir na decisão judicial. Tal poder de influência abrange todas as oportunidades de convencer o Estado-juiz de que tem razão<sup>7</sup>.

A segunda consequência do exercício do contraditório na fase pré-processual é transformar os elementos informativos em provas que podem ser objeto de valoração judicial e, portanto, podem servir de fundamento, inclusive, para a condenação do acusado. Aliás, a ausência do juiz na colheita dessa prova não invalida a possibilidade dele valorá-la, já que tal prova se assemelha à prova emprestada, que é colhida fora do juízo para o qual ela é trasladada documentalmente, sem a participação do magistrado que recebe a prova pronta, apenas para proceder a sua valoração (Cambi, 2014, p. 69-76).

Como terceira consequência da extensão do contraditório no inquérito policial, tem-se a ampliação do controle judicial na fase policial. Para assegurar o cumprimento da garantia constitucional, o juiz poderia ser acionado para exercer o controle de legalidade do inquérito policial antes mesmo de iniciada a ação penal. Assim, na eventualidade de não ser garantido ao indiciado o contraditório efetivo, poderia o magistrado determinar à autoridade policial que providencie tal garantia, evitando a produção de provas ilícitas e a posterior anulação dos atos produzidos no inquérito policial.

A quarta consequência decorrente da efetividade do contraditório no inquérito policial é a celeridade a ser conferida ao processo penal, pois a efetiva participação do indiciado na produção das provas e a antecipação das teses da defesa evitam surpresas e a repetição de atos processuais inúteis ou desnecessários.

A preocupação com a razoável duração do processo está prevista no art. 5º, inc. LXXVIII, pelo qual *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*. O dispositivo decorre do po-



der constituinte derivado, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, que conferiu *status* constitucional ao art. 8º, item 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ao garantir que *“toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”* (BRASIL, 1992).

Relevante proteção se justifica na medida em que as consequências da demora da entrega da prestação jurisdicional, pelo Estado-juiz, são graves, especialmente no processo penal, quando o acusado está preso aguardando pronunciamento judicial acerca de sua inocência ou culpa.

Além disso, a duração não razoável do processo afeta as garantias do contraditório e da ampla defesa, pois a prolongação excessiva do processo dificulta o exercício eficaz da resistência processual, bem como implica maiores custos para o acusado, não apenas com os gastos em honorários advocatícios, mas também pelo empobrecimento gerado pela estigmatização social (Júnior, 2016, p. 65).

O PLS 366/2015 pode mitigar os efeitos nocivos da duração excessiva do processo, pois a observância do contraditório no inquérito policial garante a possibilidade do Estado-juiz se valer dessa prova na decisão judicial (art. 155/CPP), evitando a necessidade de repetição da colheita probatória, sem cerceamento de defesa, quando evidenciados, ou não, a autoria e a materialidade delitiva.

Por exemplo, seria possível evitar a oitiva de testemunhas em juízo. Isso porque, em grande parte dos inquéritos policiais, as testemunhas são os policiais que participaram da prisão em flagrante ou aqueles determinados pela autoridade policial nas investigações.

Na prática forense, verifica-se um hiato entre o agendamento de uma instrução processual penal e o momento em que se deflagrou a prisão do indiciado ou seu indiciamento, intervalo em que os policiais se deslocam pelo território de seu Estado por meio de remoções internas e até mesmo pelo território nacional ao participarem de missões, tais como as articuladas pela Força Nacional. Essas situações geram demora na prestação jurisdicional na medida em que se torna difícil a



oitiva dessas testemunhas, que exigem a remarcação de audiências, o envio de cartas precatórias a outros juízos ou ficam dependentes de artifícios de videoconferências, que ainda apresentam muitos obstáculos de ordem logística e temporal.

Pelo PLS 366/2015, propicia-se à defesa efetuar, em sede policial, formulação de perguntas às testemunhas, bem como contraditá-las, sendo desnecessário repetir sua oitiva na instrução penal, até mesmo porque a prática processual mostra que, em grande parte dos casos penais, as testemunhas nada mais fazem do que confirmar seus depoimentos colhidos no inquérito policial. Com isso, o principal fator de demora na obtenção de uma decisão judicial ficaria superado pelo contraditório efetivo na fase pré-processual.

No entanto, isso não significa que, na ação penal, não possam ser colhidos novos elementos de prova nem que eventuais irregularidades na fase pré-processual não tenham que ser discutidas e sanadas no processo penal. Caberá ao Estado-juiz analisar a utilidade da repetição da colheita da prova, seja para melhor formar o seu convencimento, seja para assegurar às partes o direito constitucional à prova.

## Conclusões

O procedimento é um requisito imprescindível da atividade do Estado, porque pela forma dos atos jurídicos se dá a explicitação da competência. Ao prever que um órgão tem poderes legítimos para a tomada de decisão e os modos de que se pode valer para influenciar na tomada dessa decisão, o procedimento cumpre seu objetivo de *redução intersubjetiva da complexidade* (Luhmann, 1980, p. 27), constituindo uma manifestação da racionalidade das formas de exercício do poder (Denti, 1989, p. 51), além de representar uma garantia de participação democrática.

O PLS 366/2015 pretende estender a garantia do contraditório ao inquérito policial, de modo a ampliar as garantias fundamentais dos investigados.

Tal proposta, além de gerar a superação do binômio procedimento-processo, desafia uma nova interpretação ao art. 5º, inc. LV, da

Constituição Federal, para que, a partir do indiciamento, o investigado seja enquadrado na categoria dos “acusados em geral”, quando, a rigor, isso só ocorre a partir do ajuizamento da ação penal.

A processualização do inquérito policial tem a vantagem de ampliar o rol de direitos e garantias fundamentais, antecipando o exercício da defesa para, inclusive, evitar ações sem justa causa. Entretanto, como a finalidade precípua do inquérito policial é buscar o esclarecimento de fatos, sendo suficientes meros indícios de autoria, a duplicação das atividades processuais pode contribuir para a morosidade do exercício da legítima pretensão punitiva do Estado.

De qualquer forma, a ampliação do contraditório para o inquérito policial não pode, de maneira alguma, impedir a eficácia da investigação, sob pena de comprometer a atividade dos órgãos que integram o sistema de segurança pública e, ao fim e ao cabo, representar violação ao princípio da proteção eficiente.

No estado democrático de direito, os mecanismos de investigação devem ser considerados a partir de uma dupla dimensão: a) a da proteção dos cidadãos *por meio do* Estado, servindo de instrumentos efetivos de proteção (inclusive para as vítimas), a fim de mostrar-se indispensável à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade<sup>8</sup>; b) a da proteção *frente ao* Estado, para impedir abusos e violações dos direitos humanos fundamentais dos investigados por parte do Estado.

Durante o indiciamento e antes do ajuizamento da ação, o exercício da defesa, desde que não coloque em risco a eficácia das investigações, pode contribuir para o esclarecimento dos fatos e validar as provas produzidas, que deixando de ser meros elementos informativos podem integrar a esfera do convencimento judicial.

Dessa forma, é possível compreender a garantia constitucional do contraditório no inquérito policial a partir do princípio da proporcionalidade (Guaragni e Santana, 2016, p. 165-169; Guimarães, 2016, p. 301), que se expressa tanto na proibição do excesso (para proteger o cidadão frente ao possível arbítrio estatal), como também na proibição de proteção insuficiente (voltada à proteção do cidadão por intermédio do Estado), e na dimensão da efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Portanto, o PLS 366/2015, ao ampliar o contraditório para a fase pré-processual, pode produzir efeitos positivos, tais como: a) potencializar a participação do indiciado, ao efetivar as três dimensões do contraditório, quais sejam, informação, reação e poder de influência, e desde que não comprometa a eficácia da investigação, pode permitir uma conclusão mais acertada do inquérito policial e melhor cognição do magistrado na ação penal, evitando o recebimento de demandas sem justa causa; b) os elementos colhidos no inquérito policial, quando filtrados pelo contraditório, deixariam de ser meramente informativos, passando a ter valor probatório, antes mesmo de iniciado o processo; c) maior participação do magistrado antes mesmo de iniciado o processo para fins de eventual controle de legalidade dos elementos produzidos no inquérito policial; d) celeridade processual e respeito à razoável duração do processo, desde que não se tenha que repetir, na instrução processual penal, toda a prova produzida no inquérito policial.

## Notas

1. Eduardo Cambi. Pós-doutor em direito (Università degli Studi di Pavia). Doutor e mestre em Direito (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Estado do Paraná.
2. Gerson Ziebarth Camargo Mestrando em Direito (UNIPAR).
3. É interessante notar que a mesma tendência se percebe no âmbito do direito processual civil, uma vez que pelo art. 14 do PLS 233/2015, de autoria do senador Blairo Maggi, que dispõe sobre o inquérito civil, sobre procedimentos administrativos e correlatos a cargo do Ministério Público, é assegurado “aos investigados o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de laudo técnico”.
4. STF, HC 99.936/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 232 10/12/2009; HC 83.233/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19.03.2004.
5. STF, AP 565, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2013, acórdão eletrônico DJe-098 DIVULG 22-05-2014 PUBLIC 23-05-2014.
6. Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

7. “O contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão” (Didier, 2008, p. 45).
8. Isso porque o poder, na sociedade pós-moderna, deixou de ser monopólio do Estado, sendo exercido também por outras agências não estatais, formais e informais; sendo assim, a função do direito não é apenas a contenção do poder do Estado, mas também a de obrigá-lo a agir na promoção dos direitos e garantias fundamentais, inclusive perante terceiros (Guimarães, 2016, p. 291).

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 7 jun. 2016.
- \_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Pacto de São José da Costa Rica. Decreto 678 de 6 novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 9 jul. 2016.
- \_\_\_\_\_. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado PLS 366/2015. Altera o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal para assegurar contraditório relativo no inquérito policial, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121818>> . Acesso em: 7 jun. 2016. Texto Original.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O papel do inquérito policial no sistema acusatório – O modelo brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, 2001, vol. 35.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 1999.
- \_\_\_\_\_. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. *Revista de processo*, vol. 196, out./dez., 1999.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.
- CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo. Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, vol. 131, jan./2006.
- DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. In: *Constituição e processo*. DIDIER JR.; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). Salvador: Juspodivm, 2007.

- DENTI, Vittorio. *La giustizia civile. Lezione introduttive*. Bolonha: Il Mulino, 1989.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- \_\_\_\_\_; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- FURTADO, Renato de Oliveira. O advogado e o inquérito policial. *Boletim do ICP – Instituto de Ciências Penais*, maio/2000, ano 1, n. 4.
- \_\_\_\_\_. Direito à assistência de advogado no inquérito policial. *Breves considerações ao art. 5º, n. 63, da CF, RT 695/297*.
- GUARAGNI, Fábio; SANTANA, Vanessa Milene de. Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In: *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. Org. Eduardo Cambi e Fábio André Guaragni. São Paulo: Almedina, 2016.
- GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Desvinculando-se da dicotomia inquisitório versus acusatório e firmando-se o novo paradigma constitucional para o sistema processual penal brasileiro, funcionalizado pela dupla baliza de proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente. In: *Ministério Público e princípio da proteção eficiente*. Org. Eduardo Cambi e Fábio André Guaragni. São Paulo: Almedina, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- OLIVEIRA, Renato da Silva. O direito fundamental à razoável duração do processo penal. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. Vol. 9. São Paulo: RT, 2015.
- PINTO, Adilson José Vieira. O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 27, 1999.
- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004. p. 221-222. Juspodivm, 2009.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 1. 34. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

# Direitos da personalidade: disposição do próprio corpo e doação de órgãos e tecidos na legislação brasileira

**Erenê Oton França de Lacerda Filho<sup>1</sup>**

Especialista em Direito Aplicado (Escola da Magistratura do Paraná)

O PANORAMA DESTE ENSAIO busca a reflexão de um assunto que toca a fundo a subjetividade ético-moral: a doação em vida, ou *post mortem*, de órgãos, tecidos ou do próprio corpo. *En passant*: evolução do direito da personalidade, legislação em choque com as garantias do indivíduo, o surgir do biodireito, correlação entre direito e medicina, demanda de material biológico para pesquisas científicas, oportunismos do mercado clandestino. A abordagem conta com pesquisa biográfica e legislativa, comparação entre sistemas jurídicos, referências à sétima arte, pintura e literatura. Por envolver a dignidade, liberdades individuais, necessidades na área da saúde e o “tráfico vermelho”, a leitura do tema dilata o bloco de legalidade.

## Introdução

A conduta da comunidade médica, a tecnicidade do legislador, a falta de uniformidade interpretativa do princípio da dignidade da pessoa correlata à autonomia da vontade, bem como os tabus sociais acerca da doação de órgãos, tecidos ou disposição do próprio corpo, têm obstado avanços na biotecnologia, em pesquisa e terapias, além de favorecer o “tráfico vermelho”.

## 1. Digressão histórica

Sobre a disposição do corpo, a Lei das Doze Tábuas, em situações que envolviam o direito obrigacional, nas relações negociais tinha caráter de pessoalidade: o devedor respondia com o próprio corpo no caso de insolvência; o credor poderia reduzi-lo ao estado de escravidão ou o corpo do devedor seria dividido em partes no caso de concurso de credores ou o indivíduo seria vendido.

Com a ascensão do cristianismo, em especial na Idade Média, o corpo era visto como algo único, divino e inviolável, sendo vedada a profanação, promiscuidades ou escravidão, e sendo a liberdade subjetiva orientada pelo pensamento jusnaturalista cristão.

Já na Idade Moderna, ressurge o pensamento jusnaturalista racional, de modo que o indivíduo exercesse a autonomia da vontade contra o poder político e secular. Na esfera política, o indivíduo pertencente a uma sociedade organizada passou a deter direitos subjetivos e patrimoniais, com liberdade para apropriar, defender e administrar os próprios bens adquiridos da natureza. Nas artes, o afresco “A Lição de Anatomia do Dr. Tulp”<sup>2</sup>, de Rembrandt, exulta a tendência renascentista em abandonar as retratações de imagens sacras, com a reprodução de cenas do cotidiano. Na literatura, em *O Mercador de Veneza*<sup>3</sup>, Shakespeare apresenta a proibição na disposição do corpo para saldar dívidas. Na filosofia, o sujeito é movido pela capacidade inata de julgar e decidir.

No século 20, com a evolução da medicina, farmacologia e demais ramos da biologia, após a segunda guerra mundial, criam-se três documentos<sup>4</sup> sobre a conduta e responsabilidades dos profissionais da área da saúde. O Código Penal brasileiro ao tutelar a integridade física incrimina a lesão corporal, conduta de perigo contra a vida, bem como o desrespeito ao cerimonial de sepultamento, violação da sepultura, destruição, subtração, ocultação ou vilipêndio de cadáver<sup>5</sup>. Contudo, somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a temática sobre liberdades individuais e doação do material biológico ganhou corpo doutrinário, jurisprudencial e normativo.

## 2. Direito da personalidade

De forma abstrata, os direitos da personalidade se destacam pelo caráter absoluto, intransmissíveis com projeção *post mortem*, irrenunciáveis, extrapatrimoniais, ilimitados e imprescritíveis, sendo um conjunto de “*elementos constitutivos* (vida, corpo e espírito), *funções* (circulatória, respiratória e intelectual), *estados* (psíquicos) e *força* (capacidade criadora, de trabalho, iniciativa)”<sup>6</sup>.

No plano civilista a tutela aos direitos da personalidade guarda reflexo no patrimônio biológico: doações de sangue, material genético, tecidos ou órgãos; pois veda a disposição de modo a lesionar as funções vitais, o caráter singular e essencial da condição humana, e coíbe a autonomia da vontade do sujeito quando extrapola o limite tolerável pela sociedade<sup>8</sup>. Frise-se que a livre disposição do corpo em momento algum pode infringir o princípio da integridade física. Malicki comenta o assunto:

Pero, atención, no deben confundirse los conceptos. La referencia a la ‘integridad física’ como limite al derecho de disposición sobre el propio cuerpo resulta, con razón, cuestionada. En efecto, como destaca con lucidez Bergoglio, el derecho a la integridad física es esencial para proteger al individuo de atentados procedentes de terceras personas. Por otro lado, y en forma autónoma existe el derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo, que comprende un conjunto de facultades que le permiten a la persona tomar decisiones en su esfera somática, es su esfera decir, corporal y aquí debe limitarse este derecho por otro medio – que no es la integridad física –, pues lo que se necesita es proteger a la persona frente a su propio poder dispositivo.<sup>7</sup>

De difícil regulamentação, a disposição do corpo foi matéria de discussão na V Jornada de Direito Civil, que sedimentou entendimento pelo uso do material biológico para fins científicos. Em arrepio a mercantilização do material genético, o legislador regulamentou, pela Lei 11.105/05, o art. 225, § 1º, da carta magna para controle de laborató-



rios, produção, técnicas e procedimentos na manipulação de material genético.

Essas cautelas se mostram necessárias, visto as atrocidades e violações à integridade física em nome da ciência, sobretudo no uso do material genético sem consentimento em pesquisas no intuito de obter lucro. A respeito do assunto destaca-se o livro “A vida imortal de Henrietta Lacks”<sup>9</sup>, da norte-americana Rebecca Skloot, que tratou da “cultura de células”; cultura celular cuja pesquisa consistiu na manutenção da metástase celular fora do corpo humano.

### 3. Dignidade humana e autonomia da vontade

Em respeito à capacidade plena do indivíduo de decidir, de acordo com as normas morais e a legislação, sobre a disposição de seu patrimônio biológico, o legislador se socorre do entendimento da área médica para impor o consentimento do doador e receptor, além do dever de informação pelos médicos<sup>10</sup>, cabendo aos juristas relacionar o princípio da dignidade com a legislação esparsa, a normatizar o art. 199, § 4º, CF.

A evolução da biomedicina e biotecnologia ocorre por intermédio de pesquisas científicas, estudos universitários, análise de tratamentos terapêuticos, desenvolvimento e modernização de equipamentos e insumos. Nesta toada, cogita-se relativizar a denominada mercancia do material humano, por exemplo, com o financiamento na coleta de material humano ou contraprestação pecuniária na participação de pesquisas medicamentosas, sem ferir a dignidade do indivíduo.

Quanto à autonomia da vontade, discutem-se as convicções do indivíduo acerca do viver ou deixar morrer. O exemplo mais antigo da literatura, na obra de Platão, trata da morte de Sócrates, que, mesmo com a possibilidade de fuga e zelo por sua vida, preferiu cumprir a sentença e sorver cicuta. Da mesma forma, no sistema estadunidense, se reconhece o direito subjetivo de uma pessoa por convicção religiosa recusar a transfusão de sangue ou não amputar as pernas mesmo que diminua sua expectativa de vida<sup>11</sup>.

De forma adversa, na legislação brasileira, a livre disposição do corpo não é absoluta, pois a vida prevalece sobre qualquer outro princípio.

#### 4. Epistemologia do biodireito

Antes do termo bioética ser cunhado, denominava-se a disciplina de ética biomédica, sendo seus precursores Beauchamp e Childress<sup>12</sup>, filósofos de formação, os quais traçaram princípios fundamentais voltados à bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça.

Relativamente à autonomia da vontade no Brasil, aos incapazes o Código de Ética Médica (art. 45) veda a retirada de órgãos, mesmo com a autorização do representante legal, exceto se permitido e regulamentado em lei. Nas situações de morte encefálica, para efetuar o transplante necessita-se do diagnóstico de dois médicos, sendo dispensado no caso de falência cardíaca (art. 16, Decreto 2.268/97). Já para pessoas capazes, impera a livre tomada de decisão do indivíduo a ser observada e respeitada pelo corpo clínico.

Do princípio da informação, disposto no art. 5º, XIV, da CF e no art. 44 da Res. 1.931 do Conselho Federal de Medicina, aplica-se o art. 20 do Decreto 2.268/97, que trata dos procedimentos de retirada de tecido, órgãos e partes do corpo vivo, com as ressalvas do art. 146, § 3º, do Código Penal. A falta de informações detalhadas torna o médico responsável na esfera civil por possíveis danos causados ao paciente. Segundo Gediel:

No caso específico dos transplantes de órgãos, as informações devem ser colhidas e repassadas sem contradições por toda equipe e não apenas pelo médico-chefe. A contradição ou o silêncio a respeito de informações que, necessariamente, deveriam ser prestadas, poderão, ainda, induzir o paciente a erro, caso em que poderá resultar na nulidade do ato, por vício, ou eventual responsabilidade civil do médico.<sup>13</sup>

No caso de doações *post mortem*, independente da vontade do sujeito, o texto original da Lei 9.434/97 previa a simples manifestação do doador ou, em caso de ausência de manifestação contrária dos familiares, presumia-se a doação tácita.

Contudo, a classe médica, no exercício de sua discricionariedade e consciência profissional, adotou como praxe consultar a família sobre

a retirada de órgãos e tecidos. Por sua vez, a sociedade passou a militar de forma contrária ao *consentimento presumido forte*. Após complexos debates entre juristas, médicos e sociedade, prevaleceu que a decisão final depende da vontade da família (*consentimento fraco*).

Já o princípio da não maleficência, que norteia a conduta médica no sentido de não causar mal ou dano ao doador, optando o médico pelo procedimento menos gravoso, lê-se em concomitância com o princípio da beneficência, que visa preservar ou melhorar a qualidade de vida do receptor do órgão ou tecido (art. 9º, § 3º, art. 9º-A e art. 10, Lei 9.434/97; e art. 15, § 2º, Decreto 2.268/97). Beuchamp e Childress aduzem, conforme o filósofo analítico William Frankena, que estes dois princípios seguem uma escala de quatro obrigações gerais: “não infligir males ou danos (o que é nocivo), impedir e eliminar males ou danos, e fazer ou promover o bem”<sup>14</sup>.

E o princípio da justiça trata das relações dos diversos grupos sociais, com foco na distribuição equitativa de bens e recursos. Envolve questões como filas de espera para transplantes, prioridades, compatibilidade, combatividade quanto ao tráfico de órgãos, e subornos e corruptelas para obter vantagem dos necessitários de transplantes.

Desta forma, o biodireito mescla princípios da bioética, ética profissional e legislação para que os avanços biomédicos acerca de embriões humanos, cultura de células, eutanásia, manipulação genética, clonagem, cirurgias de troca de sexo, implantes, enxertos, transplante de células-tronco, banco de sangue de cordão umbilical e placentário não se sobreponham à primazia da dignidade da pessoa, que surge com a vida intrauterina, permanece até a memória e é honrado *post mortem*.

Com os avanços da biotecnologia no tratamento de enfermidades, questões de estética ou inseminação artificial superam as limitações do próprio corpo; no entanto, a má administração clínica pode resultar em danos irreversíveis de ordem genética e estética e atinge a subjetivida-

Com os avanços da biotecnologia no tratamento de enfermidades, questões de estética ou inseminação artificial superam as limitações do próprio corpo

de do indivíduo. Contudo, no plano normativo, o problema maior das questões de biodireito ou bioética está na ausência de consenso entre a comunidade médica e jurista, tendo em vista a possibilidade de o médico atuar por sua consciência e o fato de a prova efetiva de conduta negligente ou ilícita ser de difícil produção.

## 5. Legislação aplicada

Omisso o Código Civil de 1916, a primeira *legis* sobre o tema foi a Lei 4.280/63, “sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida”, para transplante, desde que autorizada, por escrito, pelo *de cujus* em vida, sem oposição do cônjuge, familiares, corporações religiosas e civis acerca do destino dos despojos. Na lei, nada consta sobre o caráter gratuito da doação ou humanitário em dispor do material humano e a decretação da morte ocorria com o simples atestado do diretor do hospital.

A Lei 5.479/68 regulou os transplantes para fins terapêuticos e científicos, somente para órgãos duplos ou tecidos, sem implicar mutilação e prejuízo.

Para efetividade do art. 199, § 4º, da CF, foi sancionada a Lei 8.489/92, regulamentada pelo Decreto 879/93. A *legis* repetiu a disposição acerca da manifestação expressa do doador de forma mitigada, pois bastava a menção em documento de identificação pessoal ou profissional à feitura dos procedimentos clínicos, em caso de morte encefálica, sem a anuência dos familiares.

Já a Lei 8.501/92 trata do destino de “cadáver não reclamado, para estudos ou pesquisas científicas”, desde que a morte não ocorra por ação criminosa, ninguém reclame o corpo e este fique a disposição no período mínimo de trinta dias, com “destino às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico”. Neste momento, o legislador, sabedor das necessidades, em especial no âmbito acadêmico, tratou de facilitar a renovação de material humano para estudo.

Com a Lei 9.049/95, facultou-se ao cidadão constar na cédula de identidade o tipo sanguíneo e se é doador ou não, objetivando facilitar os procedimentos de primeiros socorros em caso de acidentes ou o transplante de órgãos e tecidos dentro do tempo determinado pelo

Conselho Federal de Medicina. *A posteriori*, a jurisprudência firmou entendimento da necessidade do doador adotar conduta, em vida, incontroversa e/ou ter manifestação escrita do desejo de ser doador.

Editada a Lei de Remoção de Órgãos e Tecidos, 9.434/97, firmaram-se critérios de transplantes ou enxertos em pessoas vivas ou para retirada de órgãos e tecidos em cadáveres; normas para decretação da morte encefálica (Res. 1.480/97, CFM); a doação de material genético feminino (cordão umbilical e placentário); vedações publicitárias; sanções penais e administrativas; e o dever de informar ao doador e receptor, comunicação, notificação, captação e distribuição de órgãos às demais unidades de saúde especializadas dentro da unidade da federação onde ocorreu o diagnóstico de morte encefálica.

O Decreto 2.170/97 deu nova redação à expedição da carteira de identidade, com a possibilidade de nela constarem diversas informações, entre elas a expressão “Doador de órgãos e tecidos” ou “Não doador de órgãos e tecidos”, quando requerido pelo interessado.

Com o Decreto 2.268/97, regulamentou-se a disposição sobre remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para transplante e tratamento, e o Decreto 3.990/01 regulamentou “o art. 26 da Lei 10.205/2001” acerca da “coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue” e seus derivados, bem como “a execução adequada dessas atividades”.

Acrescente-se que a inércia do Legislativo e Executivo em regulamentar determinadas situações operacionais ou organizacionais forçou o Ministério da Saúde<sup>15</sup>, no exercício de suas prerrogativas, a editar portarias.

No Código Civil de 2002, o legislador abordou o tema da disposição do corpo em vida e *post mortem*, ao tratar dos direitos da personalidade, buscando na legislação estrangeira (portuguesa, francesa e italiana) a

A regra legal consiste na indisponibilidade do material humano, sendo excepcionada aos médicos nas questões vitais ou quando a vontade do indivíduo não infrinja os bons costumes

similitude de algumas normas. Em suma, a regra legal consiste na indisponibilidade do material humano, sendo excepcionada aos médicos nas questões vitais ou quando a vontade do indivíduo não infrinja os bons costumes. Sob o auspício dos bons costumes, questões como vasectomia e laqueadura justificam-se pelo controle de natalidade e são aceitas pela sociedade. Outra questão aceita pela jurisprudência (Enunciado 276, IV Jornada de Direito Civil) e a comunidade médica, mas com vozes contrárias, diz respeito a cirurgias de mudança de sexo ou alterações em registros civis quanto ao nome e nomeação do gênero.

Enfim, as disposições do Código Civil tutelam e freiam o ímpeto do indivíduo quanto à vontade livre acerca da disposição corpórea a fim de garantir a condição humana em sua integralidade (art. 13 – enunciado n. 401, V Jornada de Direito Civil). Sobre a disposição do corpo *post mortem*, afora a vedação comercial e conglobar o altruístico, está-se diante de direito subjetivo, seja do *de cuius* ou de seus familiares (art. 14 – Enunciado 277, IV Jornada de Direito Civil). Por fim, no que respeita a submissão a tratamento e intervenção médico-cirúrgica, estão implícitos quatro princípios da bioética: autonomia da vontade, beneficência, não maleficência e informação sobre procedimentos preparatórios, anestésicos, tempo de cirurgia, tratamento, sequelas e período de convalescência (art. 15, CC; art. 5º, II, III e X, CF).

Por último, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 11.04/2007 para dispor de cadáveres não reclamados junto à autoridade pública, transcorridos vinte dias, às “escolas de medicina, odontologia, farmácia, enfermagem, fisioterapia, educação física, fonoaudiologia e nutrição”, cuja justificativa é instruir o corpo discente e “colocar profissionais mais qualificados no mercado”.

## 6. Dificuldades na obtenção de material humano

A problemática consiste na falta de informação à população, que se sente insegura a aderir ao programa de doação. Aliada à situação de miserabilidade, isso tem levado certas pessoas a praticar a venda de seus órgãos dúplices sob a promessa de melhorar sua condição financeira ou no intuito de extirpar suposto órgão necrosado:

Na Índia, o comércio de rins já existe, devido à impossibilidade financeira de os doentes pobres submeterem-se a prolongadas diálises renais, o que acarretou uma verdadeira “romaria” de pacientes do mundo ocidental, os quais, com condições econômicas suficientes para efetuar diálises em seus países, para lá vão em busca de um rim para transplante, estimulados por “corretores” indianos.<sup>16</sup>

A matéria não envolve apenas profissionais inescrupulosos que anseiam o lucro; o perpetuar do comércio de órgãos envolve o aliciador, o profissional da área médica, o “doador” e seus familiares. Pior, com o “mercado vermelho” surge cotação de preços para cada órgão, seleção de perfis, contratação de matadores especializados em extração de órgãos para transplante, além de florescerem ideias de eugenia e segregação racial.

Neste último ponto, cabe a recordação do biopoder, tratado por Michel Foucault ao abordar a descrição, controle e higiene da população através dos hospitais, manicômios e prisões (*Microfísica do Poder*), recuperando os enfermos para retorno ao mercado de trabalho e segregando os indesejáveis, como loucos ou pessoas com má formação de nascença. Seria o poder estatal decidindo sobre quem vive ou deixa morrer, ou seja, a saúde pública ditando a verdade médica<sup>17</sup>.

Não obstante o conflito ético, moral e religioso, existem intelectuais e estudiosos favoráveis ao incentivo do comércio sobre a vida humana, desde que aplicados em pesquisas da indústria farmacêutica, com o repasse de certo valor pecuniário ao paciente, após explicações das finalidades científicas, contraindicações e com a possibilidade do indivíduo desistir do programa a qualquer momento.

Outro argumento pró-doações se pauta nos altos gastos do Estado com tratamentos contínuos e custo previdenciário, de modo que o transplante exige menor dispêndio aos cofres públicos, pois incide sobre um único procedimento cirúrgico específico ao invés do tratamento delongado.

Diante desta realidade, o Estado passou a investir em propagandas de incentivo, para a população aderir à cultura da doação de órgãos e tecidos, com abordagem sobre o tema por instituições como o Conselho

Nacional de Justiça, que informa sobre o tráfico de órgãos e morte cerebral, indica literatura, filmografia e carta de intenção em ser doador de órgãos e tecidos<sup>18</sup>. Isso porque os avanços da biotecnologia e biomedicina em terapias e pesquisas necessitam de pessoal especializado e matéria-prima, objetivando a longevidade e o bem-estar da população.

## Notas

1. Erenê Oton França de Lacerda Filho. Especialista em Direito Aplicado (Escola da Magistratura do Paraná). Pós-graduado em Sociologia Política (UFPR). Assistente de juíza de Direito.
2. A obra de 1632 retrata uma aula de anatomia do médico e político Nicolaes Tulp. No afresco a imagem principal é do cadáver de um homem condenado a morte por roubo.
3. Apontam-se as passagens. No primeiro ato Shylock propõe como caução pelo empréstimo de três mil ducados: “Se for comigo ao notário e lá selar/Um compromisso simples que dirá/ (Por brincadeira) que se não pagar/ Em certo dia e local a soma ou somas/ Mencionadas na nota, a multa imposta/ Fica arbitrada numa libra justa/ De sua carne alva, a ser cortada/ E tirada da parte de seu corpo/ Que na hora da escolha me aprover.” No quarto ato, na tragédia o mercador deixa de saldar a dívida com Sylock, que por consequência, ante o tribunal, exige a multa sendo assim decidido: “Uma libra de carne desse peito/ É sua, pela côrte e pela lei (...) Espere um pouco, que há mais uma coisa./ A multa não lhe dá direito a sangue;/ ‘Uma libra de carne’ é a expressão:/ Cobre a multa, arrebanhe a sua carne. Mas se, ao cortar, pingar uma só gota/ Desse sangue cristão, seu patrimônio/ Pelas leis de Veneza é confiscado./ Revertendo ao Estado” (SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. Tradução de Barbara Heliodora, 2. ed. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999, p. 38, 121 e 122.)
4. Primeiro documento, o “Código de Nuremberg” comporta um conjunto de dez princípios deontológicos utilizados como baliza para experiências científicas que envolvam seres humanos, independentemente do consentimento do paciente. Segundo documento, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmado pela Organização das Nações Unidas, destaque ao Artigo III “Todo homem tem direito à vida, à liberdade e a segurança”. Este dispositivo aplica-se no ordenamento jurídico brasileiro: direito à vida; direitos do nascituro; crimes de aborto, infanticídio, homicídio; proibição da pena de morte; direito à liberdade; crimes contra a liberdade individual; direito à segurança pessoal e pública. Terceiro documento, a Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativa à proteção das vítimas dos conflitos armados sem caráter internacional.
5. Dentre estas questões de tipo penal aberto, a violação de cadáver foi tema no conto “Bocatorta”, da obra *Urupês*, de Monteiro Lobato, redigido no ano de 1915.



6. AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 300.
7. MALICKI, Anahi. In: BUERES, Alberto J. *Código Civil y Normas Complementarias: análisis doctrinario y jurisprudencial*. Coord: Elena I. Highton. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. V. I. p. 143-144.
8. Pode-se citar como exemplo a expressa vedação do indivíduo dispor de seus órgãos no intuito de obter lucro ou a prática de atos de canibalismo ou conduta sexual a extrapolar que causem deformação física.
9. Lacks, mulher do sul dos Estados Unidos, viveu na época da segregação racial, diagnosticada com câncer cervical, teve parte de suas células afetadas, removidas e utilizadas nos experimentos de cultura de células, sem consentimento prévio. Espantoso aos pesquisadores foi que suas células não pararam de se reproduzir, bastando “alimento e calor, as células cancerígenas de Henrietta pareciam incontroláveis”. O médico responsável, George Gey, passou a enviar as células a todos os pesquisadores do câncer. Antes de remeter informava “vai iniciar a metástase” e remetia por correio. Caso as incontroláveis células de Lacks chegassem mortas ao destino enviava de novo. O livro narra a exploração indiscriminada de material genético. Há o conflito do entendimento científico das indústrias farmacêuticas ou centros de pesquisas, de um lado, e grupos “ativistas dos direitos aos tecidos”, de outro, sobre os limites da utilização do material biológico que será descartado após procedimentos médicos ou cirúrgicos, os ganhos financeiros a partir de experiências com o material genético humano, avanços tecnológicos, em detrimento da lesão sofrida pelas pessoas cedentes da matéria-prima por não receberem parte dos lucros ou algum tipo de indenização pecuniária. O pior sentimento das pessoas cujo material biológico é extraído consiste no silêncio do corpo clínico acerca dos reais propósitos envolvidos. Criou-se o *common rules* que se baseia na bioética por investigações médicas. Sobre o assunto consultar a obra “*A vida imortal de Henrietta Lacks*”, de Rebecca Skloot, tradução de Ivo Korytowski, publicada pela Companhia das Letras.
10. A conduta da comunidade médica está pautada na Resolução 1931 de 24 de setembro de 2009 do Conselho Federal de Medicina, denominada “Código de Ética Médica”.
11. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 315-6.
12. Esses pensadores desenvolveram diversas teorias sobre a ética biomédica: “o utilitarismo, o kantismo, a ética do caráter, o individualismo liberal, o comunitarismo, as éticas do cuidar, a causuística e formulações da moralidade comum”, e esclarecem ser aceitável todas as teorias em parte, rejeitando a possibilidade de unificar quaisquer dessas teorias. Assim, os quatro conceitos principiológicos iniciais do biodireito estão relacionados ao entendimento desses dois filósofos. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 59.
13. GEDIEL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 180.
14. BEAUCHAMP, *op. cit.*, p. 210.

15. Portaria 3.407/1998, “Aprova o Regulamento Técnico sobre as atividades de transplantes e dispõe sobre a Coordenação Nacional de Transplantes.”; Portaria 1.315/2000, “Estabelece os mecanismos destinados a organizar o fluxo de informações, de tipificação e cadastro de doadores no Registro Brasileiro de Doadores Voluntários de Medula Óssea (Redome).”; Portaria 1.559/2001, “Cria, no âmbito do Sistema Nacional de Transplantes, o Programa Nacional de Implantação/Implementação de Bancos de Olhos.”; Portaria 2.381/2004, “Cria a Rede Nacional de Bancos de Sangue de Cordão Umbilical e Placentário para Transplantes de Células-tronco Hematopoéticas (Brasilcord).”; Portaria 931/2006, “Estabelece o regulamento técnico para transplante de células-tronco hematopoéticas.”; Portaria 1.160/2006, “Modifica os critérios de distribuição de fígado de doadores cadáveres para transplante, implantando o critério de gravidade de estado clínico do paciente receptor.”; Portaria 2.970/2006, “Define a coordenação da implantação da Rede Nacional de Bancos de Sangue de Cordão Umbilical e Placentário para Transplantes de Células Tronco-Hematopoéticas (Brasilcord). Câmara dos Deputados. *Legislação brasileira sobre doação de órgãos humanos e de sangue*. 2. ed. Brasília: Câmara, 2009, *op. cit.*, p. 79-81.
16. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 295.
17. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 26. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.
18. Informações dispostas no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça. *Doar é legal*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/campanhas-do-judiciario/doar-e-legal>> Acesso em: 15 jan. 2014.

## Referências

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002
- BUERES, Alberto J. *Código civil y normas complementarias: análisis doctrinario Y jurisprudencial*. Coord.: Elena I. Highton. Buenos Aires: Hammurabi, 1995. V. I.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Legislação brasileira sobre doação de órgãos humanos e de sangue*. 2. ed. Brasília: Câmara, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 26. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.
- GEDIÉL, José Antônio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.
- SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.
- SKLOOT, Rebecca. *A vida imortal de Henrietta Lacks*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

# Incidente de insanidade mental: anotações aos arts. 149 a 154 do CPP com referências à jurisprudência

**Gustavo Britta Scandelari<sup>1</sup>**

Professor de Direito Penal (UNICURITIBA)

## Introdução

NÃO HÁ FARTA PRODUÇÃO LITERÁRIA a respeito de como funciona (ou deve funcionar, com base no CPP) o incidente processual de insanidade mental. No entanto, há uma série de questões relevantes, como a curatela especial, prazos, prescrição, recorribilidade, que têm recebido conflitantes interpretações na prática e que, por isso, demandam uma tentativa de sistematização – ainda que rápida.

Com o intuito de contribuir para a ampliação da discussão a esse respeito, apresentam-se as anotações abaixo, feitas de forma individualizada para cada dispositivo pertinente (CPP, arts. 149 a 154, incluindo-se os parágrafos), logo após a transcrição de cada qual. Inicia-se com o capítulo correspondente do CPP, logo abaixo:

## I. Inadequação da expressão “insanidade mental”

### *Capítulo VIII*

#### *Da insanidade mental do acusado*

Destaca-se a inadequação da expressão “insanidade mental”, que dá nome ao capítulo VIII (“Da insanidade mental do acusado”) do título VI do CPP. A rigor, não é somente a eventual ausência de sanidade que será objeto de exame: qualquer forma conhecida de distúrbio mental

poderá ser estudada e indicada pelo *expert* – desde que tenha potencial para interferir na capacidade do autor do fato de compreendê-lo e desejá-lo (*dolo*) ou, ainda, de prever a sua ocorrência e de poder tentar evitá-la (*culpa*). Mesmo que a possível doença não pareça afetar a capacidade de inteligência do sujeito (como é de se supor que ocorreria com a pessoa “insana”), o mais prudente é que o exame seja feito para que a dúvida seja resolvida por especialistas e qualquer traço de eventual nulidade seja afastado.

## II. Adequação da expressão “integridade mental”

O próprio art. 149 do CPP utiliza uma expressão mais fiel ao conteúdo da análise médica: “integridade mental”. Por *íntegro*, nesse contexto, entende-se *são, saudável*, ou seja, absolutamente compatível com o que se espera de uma pessoa normal, que possa compreender exatamente o que fez, as razões pelas quais o fez e que tinha condições de não fazê-lo. Assim, qualquer dúvida a respeito dessa integridade deverá motivar a decisão que instaure o respectivo incidente processual.

## III. A dúvida e a presunção de inimputabilidade

*Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.*

O exame apenas pode ser realizado por ordem do juiz, nunca de autoridade policial ou administrativa. A *dúvida* pode ser originada de qualquer circunstância relacionada à conduta supostamente praticada pelo acusado ou à sua própria personalidade – desde que esteja minimamente retratada nos autos e não tenha fonte exclusiva na sua palavra.

É inadmissível que haja somente a análise pessoal do magistrado. Geralmente, indícios de inimputabilidade são apresentados na forma de prova testemunhal ou documental. Parentes ou conhecidos do réu

podem informar suspeita de que ele sofre de alguma doença mental ou relatar outros fatos que tenha praticado no passado que seriam, em tese, compatíveis com reduzida ou prejudicada capacidade de compreender o caráter ilícito do fato ou de se determinar conforme prescreve a lei.

Ainda, declarações médicas de que o acusado foi diagnosticado com doença mental, está sob tratamento clínico ou faz uso de medicação indicada para quem possui tal condição são aptos a gerar a *dúvida* (que a jurisprudência exige seja *razoável* ou *fundada*) citada no dispositivo em comento. Na análise da possibilidade de instauração do incidente, o magistrado deve considerar que a presunção pende a favor da *inimputabilidade* – especialmente porque, caso o réu efetivamente não seja plenamente imputável e venha a ser condenado como tal, o processo poderá ser anulado futuramente (*economia processual*).

#### JURISPRUDÊNCIA

##### ***Impossibilidade de determinação do exame em HC e considerações sobre a dúvida a respeito da integridade mental do acusado (em relação ao Código de Processo Penal Militar)***

Penal e processo penal militar. *Habeas corpus*. Violência contra superior hierárquico. Art. 157 do Código Penal Militar. Requerimento de incidente de insanidade mental. Incidente suscitado somente em fase recursal e com base na notícia de internação. Indeferimento. Inocorrência de dúvida razoável. Não caracterizada a ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Inadmissibilidade de reexame de prova na via estreita do *habeas corpus*. Arbitrariedade. Não configurada. Precedentes. Ordem denegada. 1. O Incidente de Insanidade Mental não pode ser objeto de determinação de instauração na via estreita do *Habeas Corpus*, salvo manifesta arbitrariedade na denegação da realização da perícia. (Precedente: RHC 80.546/DF. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 28/11/2000, DJe 16/02/2001). 2. A Insanidade Mental que legitima o deferimento da instauração do incidente reclama comprovação que induza à dúvida a respeito da imputabilidade pessoal do acusado, na forma do art. 156 do CPP, *verbis*: “Art. 156. Quando, em virtude de doença ou deficiência mental, houver dúvida a respeito da imputabilidade penal do acusa-

do, será êle submetido a perícia médica.” 3. A doutrina do tema assenta, *verbis*: “(...) o exame não deve ser deferido apenas porque foi requerido, se não há elemento algum que revele dúvida razoável quanto à sanidade mental do acusado, não constituindo motivo suficiente a aparente insuficiência de motivo, a forma brutal do crime, atestado médico genérico, simples alegações da família etc., quando despidas de qualquer comprovação (...)” (in Mirabete, Julio Fabbrini – Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 11ª Edição, p. 442). 4. A instância *a quo* com ampla cognição fática assentou que “(...) a defesa suscitou preliminar de incidência de insanidade mental com base tão-somente na notícia, em fase recursal, de que o apelante havia sido internado em uma clínica psiquiátrica por auto-agressão. A incapacidade do apelante não foi alegada em nenhuma fase do processo, não requerendo em tempo hábil o exame de sanidade mental. Portanto, não deve prosperar. (...) Ademais, apenas a informação de que o apelante se encontra em tratamento psicoterápico e o simples requerimento da Defesa não são suficientes para motivar a instauração do incidente de insanidade mental. É necessário comprovar a doença por meio de Laudo Pericial. (...) Vê-se, então, que os autos não apresentam dados substanciais que possam justificar razoável dúvida sobre a higidez do apelante no momento do crime. Ao contrário, constam do feito elementos contundentes demonstrando que o apelante tinha, à época dos fatos, potencial consciência do ilícito cometido (...)” 5. Deveras, é cediço na Corte: “Ementa: *Habeas corpus*: questão de fato: incidente de insanidade mental: salvo manifesta arbitrariedade, não é o *habeas corpus* a via adequada a aferir da existência de motivos para a dúvida do juízo da causa sobre a higidez mental do acusado e conseqüente instauração do incidente pericial para a sua apuração.” (RHC 80546/DF. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 28/11/2000, DJe 16/02/2001); “Ementa: Ação penal. Incidente de insanidade mental aduzido em sede recursal. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Inexistência. Inocorrência de dúvida razoável. Reexame de prova. Inadmissibilidade em *habeas corpus*. Precedentes. HC denegado. Não se caracteriza cerceamento de defesa no indeferimento de prova tida por desnecessária pelo juízo processante.” (HC 88177/RJ. Rel. Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em

15/12/2009, DJe 11/02/2010). 6. Consectariamente, a instauração do incidente de insanidade mental exige: a) a presença de dúvida razoável a respeito da imputabilidade penal do acusado em virtude de doença ou deficiência mental; b) faz-se mister a comprovação da doença, não sendo suficiente a mera informação de que o paciente se encontra sujeito a tratamento; c) o mero requerimento do exame não é suficiente para seu deferimento. 7. *In casu*, o paciente, ex-soldado do Exército, foi denunciado por ter desrespeitado o superior hierárquico, desferindo-lhe um chute na região do abdômen, além de ter proferido palavras de baixo calão na frente de outros militares, fatos ocorridos em 14/03/2006 (fl. 10). 8. Parecer do parquet pela denegação da ordem. Ordem denegada.

(STF, HC 102936/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 05/04/2011, Data de Publicação DJE: 28/04/2011)

### ***Dúvida sobre integridade mental deve ser razoável***

*Habeas corpus*. Processo penal. Incidente de sanidade mental. Indeferimento pelo juízo de origem, fundamentadamente. Cerceamento de defesa não caracterizado. Ordem denegada. 1. A instauração do incidente de insanidade mental requer estado de dúvida sobre a própria imputabilidade criminal do acusado, por motivo de doença ou deficiência mental. Dúvida que há de ser razoável, não bastando a mera alegação da defesa. 2. A falta de realização da perícia médica só configura a nulidade do respectivo processo-crime em casos excepcionais. Casos em que avulta a ilegalidade – ou manifesta arbitrariedade – no indeferimento do incidente de insanidade mental, mormente quando evidenciada situação capaz de colocar em xeque a capacidade de autodeterminação do acusado (imputabilidade, portanto). 3. No caso, o pedido de instauração do incidente foi indeferido ante a constatação de que o paciente, no momento da prisão, desenvolvia normalmente suas atividades laborais e de que nem sequer havia relatos de surtos paranóicos ou psicóticos, assim como nada se sabe sobre dependência química dele, paciente, ou quanto à precedência de tratamento médico do gênero. 4. Ordem denegada.

(STF, HC 101515/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 03/08/2010, Data de Publicação DJE: 27/08/2010)

### ***Necessidade de que a dúvida seja plausível***

Nos termos do artigo 149 do Código de Processo Penal, “quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal”. Da leitura do mencionado dispositivo legal, depreende-se que a implementação do exame não é automática ou obrigatória, dependendo da existência de dúvida plausível acerca da higidez mental do acusado. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. Na hipótese em apreço, tendo as instâncias de origem, a partir da análise do conjunto fático-probatório, consignado inexistirem nos autos quaisquer dúvidas acerca da sanidade do recorrente, asseverando que em nenhum momento do processo ele teria demonstrado ser portador de qualquer deficiência mental ou distúrbio que compromettesse a sua capacidade de compreensão dos fatos que lhe foram imputados, não há que se falar em necessidade de instauração de incidente de insanidade mental.

(STJ, RHC 36996/ES, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Data de Julgamento: 21/05/2013, Data de Publicação DJE: 05/06/2013)

### ***Necessidade de que a dúvida seja séria***

Somente a dúvida séria sobre a integridade mental do acusado serve de motivação para a instauração do incidente de insanidade mental, sendo certo que o simples requerimento, por si só, não obriga o juiz (Precedentes do STF e do STJ). *In casu*, o requerimento da defesa para instauração de incidente de insanidade mental se baseou, tão-somente, nas declarações prestadas pela paciente, em seu interrogatório judicial, de que teria sido vítima, na infância, de abuso sexual, sem amparo, contudo, em quaisquer outros elementos de convicção que pudessem incutir dúvida acerca de sua higidez mental.

(STJ, HC 107102/GO, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, Data de Julgamento: 21/08/2008, Data de Publicação DJE: 06/10/2008)

### ***Determinação de exame de ofício em recurso exclusivo da defesa: ilegalidade***

Ação penal. Condenação. Sentença condenatória. Pena restritiva de liberdade. Substituição por medida de segurança. Determinação de



exame de sanidade mental, determinada de ofício em recurso exclusivo do réu, que a não requereu. Inadmissibilidade. Coisa julgada sobre aplicação da pena. Decisão, ademais, viciada por disposição *ultra petita* e *reformatio in peius*. HC concedido. Aplicação da súmula 525 do Supremo. Votos vencidos. Não é lícito aplicar medida de segurança em grau de recurso, quando só o réu tenha recorrido sem requerê-la.

(STF, HC 111769/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, Data de Julgamento: 26/06/2012, Data de Publicação DJE: 26/02/2013)

#### **IV. Na fase policial**

*§ 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.*

O fato de que à autoridade policial é facultada a representação pela instauração do incidente de insanidade mental não significa que as pessoas citadas no *caput* do art. 149 também não possam fazê-lo na fase inquisitorial. Ou seja, a regra geral é: havendo dúvida sobre a integridade mental do investigado/acusado, o procedimento poderá ser realizado por decisão espontânea do juiz ou a pedido (não apenas da autoridade policial, como também do Ministério Público e do próprio investigado, por meio de seu defensor).

Quanto ao andamento do inquérito policial, a melhor interpretação é a que aplica analogicamente o § 2º do art. 149 para se possibilitar a suspensão também do trâmite da investigação quando for determinada a realização do exame, excepcionando-se eventual diligência urgente.

#### **V. A curatela: natureza e questões processuais**

*§ 2º O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.*

Trata-se da chamada *curatela especial*. Ela é mencionada, na lei processual penal, para as hipóteses de investigado, acusado ou ofendido

menores ou mentalmente enfermos – geralmente quando não tenham representante legal (CPP, arts. 15, 33, 53, 775, VI).

Aplicam-se ao processo penal as disposições relativas à curatela previstas na legislação civil (CPP, art. 3º). E, de acordo com o Código Civil, “aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela” (art. 1.774). É comum que o juiz, ao determinar a realização do exame, nomeie o próprio defensor do réu como seu curador. Mas será que essa deve ser realmente a primeira opção do magistrado? E se o advogado não desejar funcionar como curador?

O Código Civil estabelece que “o cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito” (art. 1.775). Ainda que o acusado não haja sido interdito na esfera cível, tal disposição é de ser observada pela autoridade presidente do procedimento criminal – especialmente pela proximidade afetiva. Aliás, quem não for parente do curatelado não poderá ser obrigado a aceitar o encargo quando houver parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la (CC, art. 1.737).

O mesmo diploma prossegue estabelecendo uma ordem de preferência: na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto; entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos (§§ 1º e 2º do art. 1.775). Será somente na falta de tais pessoas – o que é hipótese incomum – que competirá ao juiz a escolha do curador (§ 3º do art. 1.775).

Além da observância desse rol, devem ser respeitadas as causas de incapacidade do exercício da curatela (CC, art. 1.735 e incisos) e os motivos para a sua escusa (CC, art. 1.736 e incisos).

A escusa deverá ser apresentada nos dez dias subsequentes à designação, sob pena de se entender renunciado o direito de alegá-la; se o motivo escusatório ocorrer depois de aceita a tutela, os dez dias contar-se-ão do dia em que ele sobrevier (CC, art. 1.738). Por ser norma posterior, o art. 1.738 do Código Civil prevalece sobre o art. 1.192 do CPC, que prevê um prazo menor, de cinco dias.

## VI. Produção de provas: exceção à suspensão do processo

Quanto às diligências que talvez possam ser prejudicadas pela demora que a suspensão do processo naturalmente acarreta (embora o exame possa ser realizado em apenas um dia – a depender da pauta do perito), podem ser exemplos: exame de corpo de delito, reconstituição dos fatos, provas urgentes que devam ser antecipadas (como o depoimento de testemunha moribunda) e medidas cautelares reais e pessoais.

A produção desse tipo de prova é tratada como exceção à regra da suspensão total do processo – até porque o exame durará no máximo 45 dias (CPP, art. 150, § 1º); então, caberá ao magistrado expor às partes fundamentação específica a propósito, caso entenda por produzi-la.

## VII. Prazo prescricional

De se notar que a suspensão do curso da ação penal não se confunde com a suspensão do prazo prescricional (o Código Penal disciplina em relações taxativas as causas de impedimento e de interrupção da prescrição, em seus arts. 116 e 117), o qual continuará fluindo normalmente.

### JURISPRUDÊNCIA

#### ***Impossibilidade de suspensão do prazo prescricional***

Em que pese o incidente de insanidade mental instaurado entre 3/11/2008 e 25/2/2010 ter suspenso o processo, tenho que não suspende a prescrição, por falta de previsão legal. À exceção dos casos enumerados nos arts. 116 e 117 do Código Penal, todas as outras hipóteses em que a suspensão do processo acarreta a suspensão da prescrição devem ser previstas em lei. Na espécie, não se pode interpretar o art. 149, § 2º, do Código de Processo Penal, que prevê a suspensão do processo durante o curso do incidente de sanidade mental, de maneira desfavorável ao réu, suspendendo-se, também, a prescrição, uma vez que esta providência não consta do texto legal.

(STJ, HC 270474/RN, 5ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, Data de Julgamento: 20/08/2013, Data de Publicação DJE: 27/08/2013)

### ***Não suspensão do processo: necessidade de demonstração do prejuízo***

Nos termos do § 2º do artigo 149 do Código de Processo Penal, embora a regra seja a suspensão do processo durante o curso do incidente de insanidade mental, nada impede que as provas reputadas urgentes sejam implementadas. No caso dos autos, embora o magistrado de origem tenha determinado a instauração do incidente de insanidade mental, deixou de suspender o curso da ação penal, procedimento contra o qual não se insurgiram as partes, motivo pelo qual a instrução processual foi iniciada, com o interrogatório do réu e a inquirição de testemunhas. Apenas por ocasião das alegações finais a defesa questionou o fato de o processo não haver sido suspenso durante o incidente, tendo o togado sentenciante afastado a mácula aventada sob o fundamento de que “as diligências colhidas eram urgentes, realizadas sob o crivo do contraditório, notadamente pela prisão cautelar do réu, onde comandava urgência na instrução processual”, não tendo sido demonstrado qualquer prejuízo ao acusado, circunstância que impede o reconhecimento da mácula suscitada no *mandamus*.

(STJ, HC 250902/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Data de Julgamento: 20/06/2013, Data de Publicação DJE: 06/08/2013)

### ***Produção de provas urgentes não causa nulidade***

Alegação de nulidades na tramitação da ação penal: inexistência e prejuízo não demonstrado. Possibilidade de produção de provas urgentes e inadiáveis no curso de incidente de insanidade mental. (...) Inexistência de nulidade na produção de provas tidas por urgentes e inadiáveis no curso de incidente de insanidade mental.

(STF, RHC 120109/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 18/03/2014, Data de Publicação DJE: 28/03/2014)

## **VIII. Não cabimento de recurso**

A lei processual penal não prevê o cabimento de recurso contra a decisão que instaura o incidente de insanidade. No entanto, ela pode ser desafiada, no curso do processo, por *habeas corpus*, *mandado de*

*segurança, correição parcial ou embargos de declaração*, desde que os respectivos pressupostos legais sejam observados. Da decisão que indefere a instauração ou da que homologa a insanidade mental há entendimento minoritário de que caberia *apelação*.

De qualquer modo, a matéria sempre poderá ser levada ao segundo grau de jurisdição na forma de alegação de nulidade processual, mas após a prolação da sentença final em primeiro grau. Caso não tenha sido instaurado o procedimento durante o processo e o réu haja sido condenado com trânsito em julgado, tem cabimento a *revisão criminal*.

## JURISPRUDÊNCIA

### ***Cabimento de apelação contra decisão que indefere exame de insanidade***

Recurso em estrito sentido – Interposição contra indeferimento de incidente de insanidade mental – Decisão com força de definitiva que deve ser combatida via apelação – Recebimento e processamento do recurso, no entanto, se interposto dentro do prazo do apelo e demonstrada a inexistência de má-fé – Aplicação do princípio da fungibilidade recursal

– Tratando-se de decisão com força de definitiva, da qual não cabe recurso específico, o “decisum” que indefere incidente de insanidade mental deve ser combatido via recurso de apelação. Porém, interposto Recurso em Sentido Estrito dentro do prazo do apelo e demonstrada a inexistência de má-fé, impõe-se o seu recebimento e processamento como apelação, em observância ao princípio da fungibilidade recursal.

(TJ/RO, RSE 99.001344-8, Câmara Criminal, Rel. Des. Antônio Cândido, Data de Julgamento: 19/08/1999, Data de Publicação DJE: 26/06/2000)

### ***Irrecorribilidade da decisão que decide sobre instauração de incidente de insanidade mental***

Correição parcial – Matéria criminal – Interposição do despacho que indefere exame de sanidade mental – Conhecimento – Decisão irrecorrível – Indeferimento, porém, da postulação – Inteligência do art. 581, do CPP

O despacho que decide sobre a instauração do incidente de insanidade mental do réu é irrecorrível. Sendo assim, cabível contra tal decisão é a correção parcial, para se aferir se o magistrado incidiu ou não em *error in procedendo*.

(TJ/SP, Correição Parcial 28.105-3, 5ª Câmara, Rel. Des. Cid Vieira, Data de Julgamento: 13/06/1984)

## IX. Local de realização do exame e a dispensabilidade da internação

*Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.*

Seria realmente mais apropriado que o réu preso fosse sempre analisado em um ambiente hospitalar, isto é, sem características de penitenciária (como, no Paraná, é o Complexo Médico Penal – antigo

Seria realmente mais apropriado que o réu preso fosse sempre analisado em um ambiente hospitalar

Manicômio Judiciário, denominação defasada ainda mantida pela lei). Afinal, pode ser que ele venha a merecer uma medida de segurança mesmo, ao invés de uma pena privativa de liberdade.

No entanto, a ausência de recursos humanos suficientes para o transporte, questões de segurança pública e a sempre presente burocracia podem determinar a desnecessidade da transferência do preso para tal estabelecimento. Os casos em que a estrutura hospitalar (instrumentos, aparelhos, medicamentos etc.) se fizer necessária, é claro, deverão ter sempre respeitada a especificação legal.

Para o réu solto, o exame deverá ficar a cargo, de preferência, do Instituto Médico Legal. Porém, caso a sua agenda esteja muito ocupada, poderá ser nomeado perito particular, mediante a estipulação de honorários pelo magistrado.

Tal perito provavelmente será um (ou mais) médico psiquiatra (embora a lei não exija tal titulação) – acompanhado ou não por

assistente(s) técnico(s) – que poderá realizar o exame por consulta clínica (entrevista) nas instalações do próprio Poder Judiciário (como o setor de perícias, p. ex.). Caso o perito possa colher elementos suficientes em uma só (ou poucas) entrevista, o *internamento* citado no art. 150 deixará de ser uma condição.

## **X. Prazo máximo, ausência de limite em tese e alterações legislativas**

*§ 1º O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.*

Atendendo às alterações da lei processual penal (Lei 11.690/08), o juiz deverá facultar às partes a apresentação de quesitos e a indicação de assistentes técnicos (CPP, arts. 159 e ss.). A juntada de quaisquer documentos que sejam interessantes para a solução do exame (declarações médicas, prescrições de medicamentos, depoimentos etc.) também deverá ser admitida.

Eventualmente, algum assistente técnico também poderá apontar a necessidade de um exame mais demorado. A regra é que a duração máxima seja de 45 dias e nada impede o magistrado de fixar um prazo menor do que esse para a conclusão dos trabalhos; como exceção, não há limite de tempo. O que se exigirá, nesse caso, será uma explicação pormenorizada dos motivos que levaram a equipe técnica a concluir por distender o prazo.

### JURISPRUDÊNCIA

#### ***Demora da instrução por conta do exame e ausência de excesso de prazo para a custódia cautelar***

(...) Excesso de prazo. Inocorrência. Necessidade de expedição de cartas precatórias. Incidente de insanidade mental. Complexidade da causa. Fundamentação da custódia. Gravidade do crime. Periculosidade do agente. Ausência de ilegalidade manifesta. Não conhecimento.

(...) Na hipótese, a complexidade do feito é evidente, diante da necessidade de instauração de incidente de insanidade mental nos autos originários, além da expedição de cartas precatórias para interrogató-

rio do réu e oitiva de testemunhas, situações que tumultuam o trâmite processual e justificam o atraso ocorrido. Ademais, a Defesa anuiu com a instauração do incidente e ainda pleiteou a suspensão do feito, contribuindo para a alegada demora. Tal situação justifica o atual trâmite processual, encontrando-se compatível com as particularidades da causa, não se tributando, pois, aos órgãos estatais indevida letargia.

(STJ, HC 2324790/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 11/03/2014, Data de Publicação DJE: 24/03/2014)

### ***Demora da instrução é justificável pela realização do exame***

O retardamento para a conclusão da ação penal justifica-se devido à necessidade de realização de avaliação psicológica na vítima, bem como da instauração de incidente de insanidade mental.

(STJ, RHC 44280/SE, 5ª Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, Data de Julgamento: 24/04/2014, Data de Publicação DJE: 02/05/2014)

## **XI. Autos eletrônicos e envio de cópias ao perito**

*§ 2º Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.*

Caso os autos não sejam volumosos ou não contenham muitos documentos, informações ou outros elementos absolutamente irrelevantes ao exame, poderá o juiz determinar a notificação do perito para que compareça ao cartório e faça carga dos autos (se forem físicos) ou informar-lhe a chave (e demais dados) dos autos (se forem eletrônicos – realidade inexistente à época da elaboração deste dispositivo legal) para seu estudo – previamente ou durante a elaboração do exame e do laudo.

Na prática, a decisão que ordenar a instauração do incidente e a formação dos autos apensos provavelmente indicará à secretaria a extração de fotocópias das peças mais relevantes dos autos principais para serem encaminhadas ao perito responsável. Elas seguirão, normalmente, via ofício.



## XII. Necessidade de acompanhamento do curador

*Art. 151. Se os peritos concluírem que o acusado era, ao tempo da infração, irresponsável nos termos do art. 22 do Código Penal, o processo prosseguirá, com a presença do curador.*

O codificador da década de 1930 referia-se à parte geral original do Código Penal (também elaborada na mesma época), que trazia, em seu art. 22, a seguinte redação: “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 criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (*sic*).

Após a reforma provocada pela Lei 7.209/84, o Código Penal passou a tratar do assunto no art. 26, em redação quase idêntica: “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”. Portanto, deve-se ler, no dispositivo em comento, *art. 26 do Código Penal* ao invés de art. 22.

Caso o acusado seja considerado *inimputável*, isso gerará ao juiz o dever de determinar a intimação do *curador* para que participe de todos os futuros atos do processo. Mas, se a conclusão for pela semi-imputabilidade, deverá o curador acompanhar todos os atos processuais? Se a questão for analisada tecnicamente, a possibilidade de que o semi-imputável venha a necessitar de “especial tratamento curativo” (CP, art. 98) – o qual pode recomendar a aplicação de medida de segurança – encorajaria a conclusão de que o curador deverá, sim, ser intimado dos atos do processo. Não é, todavia, o entendimento do STF (HC 62.077, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ de 11.10.1984).

### JURISPRUDÊNCIA

#### ***Ausência de acompanhamento por curador e nulidade***

Processo penal – Furto simples – Insanidade mental – Nomeação de curador – Ausência de citação regular – Nulidade.

Na esteira do parecer ministerial, a citação do curador nomeado para representar o paciente no processo é indeclinável. Sua ausência gera nulidade dos atos processuais decorrentes. Ordem concedida para anular os atos processuais a partir da citação do paciente, determinando-se a regular citação de seu curador. (STJ, HC 20745/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Data de Julgamento: 27/08/2002, Data de Publicação DJ: 18/11/2002)

### **XIII. Suspensão por prazo indeterminado**

*Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobreveio à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.*

Em caso de doença mental superveniente no curso do processo, o juiz nomeará curador ao acusado e determinará a realização do exame. Ficará suspenso o processo, por prazo indeterminado, se já iniciada a ação penal, salvo quanto a provas eventualmente consideradas urgentes (vide item VI). O termo inicial da suspensão é a data de publicação da decisão que instaura o procedimento.

### **XIV. Internação do acusado**

*§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.*

O acusado poderá ser mantido em estabelecimento hospitalar adequado, sujeito a tratamento (CP, art. 41; CPP, art. 682), até que se restabeleça. É possível, também, que seu tratamento seja providenciado particularmente, por familiares ou responsáveis – desde que o Ministério Público ou o juiz fiscalize a sua evolução.

## **XV. Restabelecimento, risco de prescrição e produção de provas**

*§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.*

O restabelecimento do acusado não tem data certa para ocorrer, já que a sua cura depende de variáveis incontroláveis. Como, nessa hipótese, o prazo prescricional não se interrompe nem se suspende, a demora poderá acarretar a prescrição pela pena máxima cominada ao tipo que lhe é imputado.

O que poderia ser feito antes da recuperação do sujeito, no máximo, seria a realização da instrução sob o fundamento de que a prescrição é iminente. Porém, o interrogatório jamais poderia ser realizado e bastaria a solicitação da defesa para a nova inquirição das testemunhas que o juiz não teria outra alternativa senão acatá-la e, com isso, a prescrição provavelmente não seria evitada.

## **XVI. O procedimento dos autos de incidente de insanidade mental**

*Art. 153. O incidente da insanidade mental processar-se-á em auto apartado, que só depois da apresentação do laudo, será apenso ao processo principal.*

Uma vez ordenado o exame, serão formados *autos de incidente de insanidade mental*, apartados aos autos principais da ação penal. A ele serão carreadas cópias de tudo quanto for relevante para o estudo do perito, como, por exemplo: documentos e depoimentos colhidos na fase policial, denúncia, mídias e outras provas que eventualmente já tenham sido produzidas e tenham relação com os fatos imputados ao réu e com a pessoa dele, o requerimento pela instauração do incidente (se houver) e a respectiva decisão.

Tramitará, nesses autos, apenas a realização e o desenlace da perícia: caberá ao juiz indicar o órgão a cujo encargo ficará o exame ou nomear o perito, designar a data e o local para tanto, decidir e providenciar o quanto necessário para eventuais quesitos e assistentes técnicos e avaliar eventual solicitação de prorrogação do prazo máximo e aguardar o término do exame. O perito entregará o laudo (que não necessariamente terá esse nome) ao judiciário e, após, o juiz determinará a intimação das partes para que se manifestem a respeito das suas conclusões.

As partes poderão requerer o esclarecimento ou a complementação parcial do laudo (e outras providências, tais como as previstas nos parágrafos do art. 159 do CPP) ou simplesmente consignarão as razões pelas quais entendem ser o indivíduo totalmente imputável, semi-imputável ou inimputável. Somente depois é que o magistrado declarará estar configurado um desses três estados e adotará as medidas necessárias.

O laudo deverá, basicamente, expor o método adotado pelo perito, detalhando todos os passos da análise, comentando a anamnese, os dados clínicos, eventuais exames de laboratório e informações que permitem o diagnóstico, como a gravidade da doença, sua origem e possibilidade de evolução. Em específico, deverá responder de forma clara e individualizada a cada um dos quesitos que lhe foram formulados.

## **XVII. Doença mental constatada durante o cumprimento da pena**

*Art. 154. Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no art. 682.*

A doença mental superveniente durante o cumprimento da pena também deverá ser diagnosticada e declarada de acordo com o procedimento previsto para o incidente de insanidade mental. Como o condenado estará já inserido no sistema penitenciário, é de se admitir que a comunicação a respeito da dúvida sobre a integridade mental seja feita por qualquer pessoa que tenha tido contato com ele (via de regra, agentes da execução ou outro servidor e familiares), e não apenas as mencionadas no art. 149 do CPP.

O art. 682 do CPP e seus dois parágrafos dispõem que o sentenciado portador de doença mental superveniente será internado em estabelecimento hospitalar adequado, onde seja possível a sua custódia (vide, também, arts. 41 e 52 do CP). A Lei 7.210/84, art. 183, estabelece que o juiz pode, de ofício, determinar tal procedimento (vide, ainda, LEP, art. 66, V, *d*); têm legitimidade, ainda, o Ministério Público e a Defensoria.

Excepcionalmente, e em caso de urgência, o próprio diretor do estabelecimento penitenciário em que o condenado esteja cumprindo a pena poderá determinar a sua remoção, comunicando imediatamente a providência ao juiz, que, em face da posterior perícia médica, ratificará ou revogará a medida. Caso a internação se prolongue até o término do prazo restante da pena e não haja sido imposta medida de segurança detentiva, “o indivíduo terá o destino aconselhado pela sua enfermidade, feita a devida comunicação ao juiz de incapazes” (CPP, art. 682, § 2º).

Depois do trânsito em julgado da sentença absolutória, poderá ser imposta a medida de segurança enquanto não decorrido tempo equivalente ao da sua duração mínima, havendo indícios de periculosidade (CPP, art. 753). Nesse caso, o procedimento para o incidente de insanidade mental também será observado, como sugere o art. 759, CPP.

## JURISPRUDÊNCIA

### ***Impossibilidade de se requerer o exame em grau recursal se durante a instrução não houve nenhuma manifestação a respeito***

Processo penal militar. Delitos tipificados no art. 235, combinados com os arts. 237, II, 70, II, I, e 73, do CPPM. Incidente de insanidade mental. Instauração pedida em sede de apelação. Inadmissibilidade. Preclusão. Pleito não deduzido em momento processual oportuno. Ausência, ademais, de elementos justificadores da medida. Ordem denegada. I – Inadmissível a instauração de incidente de insanidade mental em sede de apelação se a defesa permaneceu inerte ao longo da instrução criminal. II – Folha de alterações do paciente que, ademais, não indicava a medida, sobretudo porque o declarou apto para o serviço militar. III – Inocorrência de lesão aos princípios do contraditório e da ampla defesa. IV – Ordem denegada.

(STF, HC 89103/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 20/03/2007, Data de Publicação DJ: 13/04/2007)

### ***Inviabilidade de conclusão em sentido oposto ao do laudo***

Mostra-se inviável acolher-se a alegação de que a paciente apresenta dissociação de ideias e não possui condições de responder por seus próprios atos, porquanto, em incidente de insanidade mental, os médicos psiquiatras concluíram que o transtorno de ansiedade e de insônia supostamente apresentado pela acusada não interferiu na sua capacidade de entendimento e de autodeterminação, tendo ainda concluído que a paciente não era, ao tempo da ação ou omissão, portadora de doença mental, de perturbação na saúde mental ou de desenvolvimento mental retardado ou incompleto.

(STJ, HC 279802/ES, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Data de Julgamento: 24/04/2014, Data de Publicação DJE: 05/05/2014)

### ***Revisão criminal e exame de sanidade mental***

A juntada de atestados médicos em sede de revisão criminal não tem o condão de demonstrar a necessidade de ter sido realizado incidente de insanidade na paciente, especialmente se se referem a comprovação que já era possível ao tempo da ação penal em curso.

(STJ, HC 81954/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 29/11/2007, Data de Publicação DJ: 17/12/2007)

## **Nota**

1. Gustavo Britta Scandelari. Professor de Direito Penal (UNICURITIBA). Mestre em Direito (UFPR). Advogado.

# A concepção do crime a partir da análise da lenda “Diante da Lei” da obra *O Processo* de Franz Kafka

**Valine Castaldelli Silva<sup>1</sup>**

Graduada em Direito e pós-graduanda em Ciências Penais *lato sensu* (UEM)

**Resumo:** O presente trabalho pretende elaborar uma breve análise da lenda “Diante da Lei” no decorrer da obra *O Processo*, do autor tcheco Franz Kafka, discutindo se a lei, sob a luz teórica de Giorgio Agamben e Immanuel Kant, é que criaria a noção genérica de infração penal. Com base na interpretação da aludida lenda, busca-se compreender o modo como o indivíduo sempre está imerso na lei penal, mesmo sendo declarado um “fora da lei”.

## 1. Introdução

A INDAGAÇÃO ACERCA DO QUE ORIGINA O CRIME é recorrente e diversas são as causas apontadas. Entre elas, encontra-se a lei, pois, ao tipificar condutas, criminalizaria o indivíduo.

Baseando-se nessa questão criminológica, com fundamento na obra de Giorgio Agamben, sem olvidar o livro *O Processo*, de Franz Kafka, em que ele respalda o seu argumento de que os indivíduos estão inseridos na lei, obedecendo-a ou infringindo-a, é feita uma análise da lei como criadora ou não do crime.

## 2. A concepção do crime a partir (ou não) da lei

É bastante conhecida no mundo literário a obra denominada *O Processo*, do autor tcheco Franz Kafka (1883-1924). Tal livro, escrito e publicado em 1925, tem como personagem principal Josef K., que teria sido acusado – calúnia? – de um crime e, após percorrer alguns episódios da saga literária, no capítulo IX, denominado “Na Catedral”, é narrada uma lenda que é tradicionalmente conhecida como “Diante da Lei”.

Nessa lenda, contada por um sacerdote ao personagem principal do livro, em síntese, a “lei” seria como uma porta aberta em que haveria um guardião impedindo a entrada de um camponês que nela desejaria entrar<sup>2</sup>. Tendo por objeto essa pequena passagem de Kafka, o autor italiano Giorgio Agamben, em sua obra *Homo Sacer II*, explora a lei analogamente à figura de uma porta<sup>3</sup> em que está o poder da lei, sendo impossível alguém entrar onde já se encontra inserido<sup>4</sup>.

Em uma sucinta analogia, a lei, simbolizada pela porta aberta, é guardada por um representante do Estado (guardião), que ali se encontra e vive a negar a entrada ao camponês, e este passa a sua vida ansiando entrar na “lei”.

Em consonância com a análise da aludida lenda, pressupõe-se que, ao respeitar o guardião da “lei”, quando este lhe diz para não adentrar a porta, o camponês estaria plenamente inserido nela, uma vez que respeita o guardião (representante do Estado). De tal maneira que, quanto mais se respeita, mais inserido na legalidade se está e, conseqüentemente, mais excluído se encontra da “lei”.

O inverso também ocorre: quando se desrespeita a ordem do guardião, de não adentrar a porta, mais se encontrará o sujeito inserido na “lei”. Narra a lenda, conforme alerta o guardião ao camponês, que uma vez ultrapassada a primeira porta, outras portas serão encontradas e nelas haverá guardiões mais fortes.

O aviso do guarda tem eco na posição adotada pelo Estado na repressão dos crimes, isso porque quanto mais se desrespeita uma ordem emanada dele (Estado, representado pelo guardião), maior a força, a reprimenda e a violência a que o sujeito será submetido, e isso já lhe é



avisado de pronto, antes mesmo de escolher infringi-la. No decorrer do capítulo, o sacerdote faz várias interpretações da lenda e, em uma delas, há menção, por parte do guardião, de que uma vez ultrapassada a primeira porta, maiores serão os obstáculos a partir dali encontrados; em portas (“leis”) mais interiores, reflete-se, então, sobre a pretensão em se criar um temor naquele cujo intuito é desrespeitar a ordem<sup>5</sup>.

Ademais, no que tange às interpretações trazidas no decorrer do texto, nota-se que o guardião, por não trazer nenhuma explicação acerca da proibição, a não ser os guardas que poderiam ser encontrados no interior, teria uma conotação de que, nem mesmo ele, aquele que guarda a “lei”, tem conhecimento daquilo que se encontra em seu interior. Logo, a partir disso, pode-se pensar que o próprio Estado desconhece a lei, apenas emanando a ordem e esperando que o indivíduo a respeite ou não, se inclua excluindo-se ou o inverso.

Destarte, a figura do “fora da lei” quanto mais se exclui da lei (ordem emanada) mais se insere na lei. Quanto mais se infringe a lei, mais ela acolhe o indivíduo, mais portas se adentra e cada vez mais se submete ao poder dela, ao poder daqueles que representam o Estado<sup>6</sup>.

Assim, os indivíduos estariam submetidos ao poder da lei porque, de um modo ou de outro (excluindo-se ou incluindo-se), se encontrariam inseridos nela, pertencendo à lei de qualquer maneira.

Não é a recusa do guardião que impede a entrada do camponês, pois a porta está sempre aberta e a “lei” não prescreve nada, quem o faz é o Estado<sup>7</sup>. E, apesar disso, o indivíduo é livre, podendo escolher entre o respeito à ordem emanada ou não.

Logo, uma vez que o guardião estaria a representar o Estado, que emana a ordem aos indivíduos (e, portanto, aplica a sanção diante do descumprimento dessa ordem), se ausente se fizesse, a “lei” continuaria a ser uma porta aberta e, assim, uma vez que independe que se entre ou não nela para estar inserido na “lei”, ela passa a ser um imperativo hipotético, diversamente do explanado por Kant<sup>8</sup>.

Nessa perspectiva, o indivíduo sempre – obrigatoriamente – está imerso na lei, só a cumpre ou a descumpre, só se insere ou se exclui e é taxado de “fora da lei” quando é submetido às consequências sancionatórias, mas, paradoxalmente, o infrator é incluído na lei para ser

declarado como seu violador: “A porta aberta, que é destinada somente a ele, o inclui excluindo-o e o exclui incluindo-o. E este é precisamente fastígio supremo e a raiz primeira de toda lei”<sup>9</sup>.

Ao teor da lenda narrada no livro de Kafka e a partir da construção teórica feita por Agamben, tomando por base as definições kantianas de imperativo categórico e hipotético, tem-se que é o Estado que, ao emanar ordens, cria a infração penal, a partir de seu representante.

Agamben retrata que, para Kant, a lei é um princípio vazio, visto que sua vigência é ausente de significado<sup>10</sup>. Logo, em sua idealização metafísica, a lei seria um imperativo categórico e seria cumprida porque é certo cumpri-la (é uma conduta ética) e, portanto, conduta cogente universalmente ao ser humano.

Dessa forma, tendo por base a lenda kafkiana, o indivíduo só deixa de entrar na “lei” porque há um guardião a ordenar que não o faça, e ainda mais porque é incitada toda uma temeridade nesse indivíduo com relação às consequências, àquilo com que poderia vir a deparar-se caso adentrasse a porta, a “lei”. Destarte, o indivíduo só cumpre a ordem porque nele é criado um temor genérico, caso desobedeça, tornando a “lei” um imperativo hipotético e não categórico, conforme a razão prática kantiana.

O guardião, representante do Estado, que emana a ordem aos indivíduos (e, como dito, aplica a sanção diante do descumprimento dessa ordem), se ausente se fizesse, a lei continuaria a ser uma porta aberta, uma vez que independe que se entre ou não nela para estar inserido na lei.

Dessa forma, sempre se faz necessário que o Estado emane a ordem e demonstre seu poder relativo à lei, e, de modo consequente, ao se tratar de direito penal, somente com a imposição do poder estatal sobre o indivíduo é que efetivamente seria criado o crime e não a partir da mera redação da lei.

Portanto, o indivíduo sempre está imerso na lei genérica estatal e a teme, independentemente de conhecer sua especificidade.

### 3. Considerações finais

A “lei”, partindo da análise de Giorgio Agamben acerca da lenda exposta na obra de Kafka, é sempre uma porta aberta; logo, o indivíduo sempre está imerso e, conseqüentemente, inserido naquilo que se denomina ordem jurídica.

Desse modo, aplicando os conceitos de Immanuel Kant sobre imperativos categóricos e hipotéticos à referida lenda, observa-se que a lei seria um imperativo hipotético – diverso do apresentado por ele em *A crítica à razão prática* –, e devido a isso, é necessário que o indivíduo tema uma consequência para atuar conforme a lei.

Em caso contrário, haveria a mera inserção do indivíduo na lei, uma vez que, incluindo-se na lei penal, ele seria denominado um “fora da lei”, como se dela tivesse sido excluído. Na qualidade de imperativo hipotético, não é a lei em si que cria o crime, mas sim o Estado quando exerce seu poder genérico de intimidação.

### Notas

1. Valine Castaldelli Silva. Graduada em Direito e pós-graduanda em Ciências Penais *lato sensu* (UEM).
2. KAFKA, Franz. *Franz Kafka: obras escolhidas*. Porto Alegre: L&PM, 2013, p. 322-3.
3. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder do soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 55.
4. CACCIARI, M. *Icone della legge*. Milano, 1985, p. 69. *Apud*: “Como podemos esperar ‘abrir’ se a porta já está aberta? Como podemos esperar entrar-o-aberto? No aberto se está, as coisas se dão, não se entra...”
5. KAFKA, Franz. *Op. cit.*, p. 326.
6. KAFKA, Franz. *Op. cit.*, p. 327.
7. AGAMBEN, Giorgio. *Op. cit.*, p. 55.
8. KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 69. Para se compreender o pensamento do idealista alemão, colaciona-se o seguinte excerto: “Mas para um ente, cuja razão não é total e exclusivamente o fundamento determinante da vontade, essa regra, constitui um imperativo, isto é, uma regra, que é caracterizada por um dever-ser, o qual expressa a necessidade objetiva da ação e significa que, se a razão determinasse totalmente a vontade, a ação ocorreria inevitavelmente segundo essa regra. Portanto os imperativos

valem objetivamente e diferem totalmente das máximas, enquanto proposições fundamentais subjetivas. Mas aqueles ou determinam as condições da causalidade do ente racional, enquanto causa operante, simplesmente com vistas ao efeito e ao que é suficiente para o mesmo, ou determinam somente a vontade, quer ela seja suficiente ou não para o efeito. *Os primeiros seriam os imperativos hipotéticos e conteriam simples preceitos de habilidade; os segundos, ao contrário, seriam imperativos categóricos e, unicamente eles, leis práticas.*” (grifo nosso)

9. AGAMBEN, Giorgio. *Op. cit.*, p. 55.
10. *Ibidem*, p. 57. Nesse sentido: “É em Kant que a forma pura da lei como “vigência sem significado” aparece na modernidade. Aquilo que na *Crítica da razão prática* ele chama de “simples forma da lei” (*die bloße Form des Gesetzes*, Kant, 1913, p. 28) é, de fato, uma lei reduzida ao ponto zero de seu significado e que, todavia, vigora como tal.

## Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder do soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- KAFKA, Franz. *Franz Kafka: obras escolhidas*. Porto Alegre: L&PM, 2013.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

# Código de Defesa do Consumidor (CDC): marco em inovação e cidadania

## **Oriana Piske de A. Barbosa<sup>1</sup>**

Juíza de Direito (TJDFT)

## **Cláudio Nunes Faria<sup>2</sup>**

Diretor de Secretaria do 4º Juizado Cível de Brasília

## **Cristiano Alves da Silva<sup>3</sup>**

Diretor de Secretaria-Substituto do 4º Juizado Especial Cível de Brasília

## **Introdução**

A LEI 8.078/90 (CDC), que entrou em vigor em 11 de março de 1991, trazendo um espectro de regulamentações sobre as relações consumeristas, nunca antes visto na história legislativa do Brasil, em sintonia com a Constituição Federal brasileira de 1988, tornou-se um extraordinário marco em termos de inovação e resgate da cidadania. O CDC apresenta-se como uma legislação atual, de grande relevo no cenário nacional, uma normatização vigorosa, que demanda um estudo profundo de seus institutos, permeados e orientados pelos valores e princípios éticos da boa-fé, da transparência e da publicidade, entre outros.

De outro lado, vivemos a realidade fática inserida numa sociedade de consumo em que a dialética fornecedor *versus* consumidor é mais complexa que a dialética capital *versus* trabalho, e os papéis vivenciados pelos agentes econômicos nem sempre se encontram definidos de forma absoluta e imutável. Ao contrário, em verdade, verifica-se que nós todos somos consumidores – os indivíduos, as empresas, o Estado, os órgãos nacionais e internacionais, sendo o Código de Defesa do Consumidor a preciosa bússola orientadora das relações entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços.

Com o escopo de compatibilizar esses interesses sociais e econômicos tão diversos, o Estado procura harmonizá-los mediante políticas econômicas públicas e privadas que visem alcançar o ponto de equilíbrio entre eles. Para tanto, o Estado busca efetivar a política econômica por meio de instrumentos que estejam em conformidade com a ideologia, com a base principiológica, com os valores e com os objetivos constitucionalmente consagrados.

A carta constitucional brasileira de 1988 revela-se com uma postura ideológica neoliberal, mormente quando se verifica no título VII – da Ordem Econômica e Financeira, o teor do seu art. 170, *caput*, que se pauta pelo desenvolvimento econômico voltado para a livre-iniciativa e ao valor justiça social. O seu inciso V estabelece como princípio básico, fundado na valorização do trabalho e na livre-iniciativa, a defesa do consumidor.

Nota-se a importância dada ao consumidor, como um fenômeno crescente, à medida que houve uma maior projeção da economia de mercado, porque as inúmeras relações jurídicas dela decorrentes demandaram o estabelecimento de regras de direito público com a finalidade de suprir com maior inteireza a regulamentação das relações de consumo, visto que o direito privado não possibilitava o alcance suficiente dessa salvaguarda.

Verifica-se uma tendência mundial no sentido da proteção ao consumidor, parte vulnerável, e, muitas vezes, economicamente mais frágil (hipossuficiente), a merecer a tutela do poder público. A ONU, ao estabelecer resoluções e recomendações nessa linha protetiva, tem inspirado diversas legislações nacionais, a exemplo, no Brasil, do Código de Defesa do Consumidor pátrio.

O CDC, como bem acentuaram Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, sofreu influência do *Projet de Code de la Consommation*; das leis gerais da Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei 26/1984); de Portugal (Lei 29/81, de 22 de agosto); do México (*Lei Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976), e de Quebec (*Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979); bem como, em matérias específicas, buscou inspiração no direito comunitário europeu:

as Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo), para o controle das cláusulas gerais de contratação; inspirou-se nas legislações de Portugal (Decreto-lei 446/85, de 25 de outubro) e Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976); e ainda a influência do direito norte-americano por meio da análise do *Federal Trade Commission Act*, do *Consumer Product Safety Act*, do *Truth in Lending Act*, do *Fair Credit Reporting Act* e do *Fair Debt Collection Practices Act* (Grinover, *et al*, 1999, p. 10).

Nesse passo, verifica-se que o CDC, desde março de 1991, tem se revelado um diploma legal avançado e moderno; no entanto, não se descurou de observar a realidade nacional, adequando suas particularidades às inovações e aos novos institutos ali trazidos.

Cabe destacar algumas das inovações desse código consumerista: a abrangência do conceito de fornecedor; o rol de direitos fundamentais do consumidor; a proteção contra os vícios de qualidade e quantidade; a ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica; o controle de práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados, cobrança de dívidas decorrentes de consumo; a previsão de convenções coletivas de consumo; a previsão de sanções administrativas e penas em matéria de consumo; o acesso à justiça para o consumidor; a disciplina do *marketing*, ou seja, da oferta e da publicidade, entre outros.

Tais inovações fazem parte da legislação do consumidor e também da rotina dos fornecedores, dos gestores e dos administradores que, tendo conhecimento para considerá-las e desenvolvendo uma filosofia de atuação consentânea com o espírito dessa codificação, certamente realizarão uma administração mais profícua e vantajosa.

Com efeito, o CDC estabelece uma política nacional das relações de consumo, tendo como base filosófica a harmonia e o equilíbrio das referidas relações, a fim de conciliar a tutela e a proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

O CDC estabelece uma política nacional das relações de consumo, tendo como base filosófica a harmonia e o equilíbrio das referidas relações

## 1. A relevância da proteção ao consumidor

É preciso observar os aspectos e os valores histórico-econômicos e políticos das relações de consumo para que se possa avaliar a sua real dimensão e influência no mundo contemporâneo. Vale recordar que, no século XX, após a segunda guerra mundial, surgiu a sociedade de consumo que apresentou uma série de mudanças nas relações comerciais, sociais e um notável aumento de produtos e serviços. Em consequência, houve a assunção de uma posição prevalente dos fornecedores em detrimento dos consumidores, não podendo o direito ficar inerte a essa situação, tornando-se instrumento da tutela do consumidor.

Assim, é que o Estado se faz presente para intervir nos seus três ramos de atividade: Legislativo (ao legislar e disciplinar as relações de consumo), Executivo (ao incrementá-las e implantá-las) e Judiciário (solucionando as contendas que decorrem das elaborações e implementações de tais matérias), com o escopo de afastar a vulnerabilidade do consumidor – parte hipossuficiente.

A tutela do consumidor justifica-se pela necessidade de coibir os abusos contra a concorrência desleal nas práticas comerciais, racionalizar e melhorar os serviços públicos, e atender à dinâmica das relações de consumo harmonizando os interesses dos participantes desta relação. A necessidade de defesa do consumidor tem gerado um crescente aumento de órgãos que possibilitam a solução das demandas e prevenção dos litígios consumeristas, a exemplo dos juizados especiais cíveis e criminais, das promotorias de proteção ao consumidor, das delegacias especializadas na investigação de crimes contra as relações de consumo, da assistência judiciária, e das associações de consumidores.

A importância do Código de Defesa do Consumidor está em ser um instrumento extraordinário na concretização da cidadania e da justiça social, sendo de utilidade ímpar para a sociedade brasileira, posto que pretende realizar uma tutela efetiva e integral do consumidor, por meio da disciplina de todas as facetas da relação de consumo, tanto as que dizem respeito à produção e circulação dos bens e serviços quanto ao crédito e ao *marketing*. A tutela protetiva do consumidor tem, antes de tudo, um viés constitucional, apresentando-se como um dos direitos e garantias fundamentais na carta constitucional de 1988.



## 2. O fundamento constitucional do Código de Defesa do Consumidor

A defesa do consumidor foi alçada a princípio geral da atividade econômica no art. 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988, objetivando assegurar uma vida digna a todos, em consonância com os ditames da justiça social. Algumas das formas de concretização dessa justiça distributiva estão previstas nos seguintes fundamentos constitucionais: art. 170, *caput* – a valorização do trabalho; art. 5º, XXXII; art. 170, IV e V – defesa do consumidor e a livre-concorrência; art. 173, parágrafo 4º – a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Resta, assim, evidenciada a inter-relação entre os direitos sociais e econômicos.

Observando-se, ainda, atentamente os princípios elencados na Constituição de 1988, no citado art. 170 incisos IV – livre-concorrência – e do referido inciso V – defesa do consumidor – constata-se uma postura ideológica neoliberal adotada pela ordem jurídica constitucional, visando conciliar valores liberais com outros valores socializantes, no esforço de assegurar a defesa e o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos.

A Constituição Federal não apenas erige a proteção ao consumidor como direito fundamental da pessoa, mas também viabiliza a concretização de tal proteção mediante a previsão de impetração de mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e ação civil pública pelo Ministério Público (art. 129, III) – como instrumentos para a defesa dos direitos dos consumidores.

O art. 5º, inciso XXXII, da carta constitucional dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Por outro lado, o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece que o “Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”. Assim, em atenção às referidas disposições constitucionais foi promulgada a Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, o legislador constitucional ao adotar uma codificação, e não apenas uma lei para disciplinar as relações de consumo, conferiu sistematização e autonomia a esse novo direito, em sintonia e coerência com os princípios presentes na Constituição Federal.

### 3. Os princípios basilares do CDC relativos aos consumidores, fornecedores, gestores e administradores

Para Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, o marco em termos de direitos fundamentais do consumidor encontra-se na Resolução 39/248, de abril de 1985, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (Grinover & Benjamin, *et al*, 1999, p. 10).

Dentre os princípios gerais, constantes no item 2 da Resolução 39/248 da ONU, está estabelecido que “cada governo deve determinar suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores, de acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país e as necessidades de sua população, verificando os custos e benefícios das medidas propostas” (Filomeno, 1999, p. 120).

Segundo José Geraldo Brito Filomeno, atualmente um dos temas primordiais é o “consumo sustentável”, tendo sido apontado pelas Organizações das Nações Unidas, por meio da Resolução 1.995-53, de julho de 1995, um dos direitos-deveres dos consumidores, o que o levaria a ser distinguido como o sexto direito universal do consumidor. Isso deve-se ao fato de que “enquanto as necessidades humanas são em princípio ilimitadas, sobretudo se se tiver em conta a ciência de *marketing* e a publicidade, além do processo tecnológico, são limitados os recursos naturais disponíveis” (Filomeno, 1999, p. 121). Donde ser imprescindível desenvolver a conscientização de todos para a necessidade de se proceder ao consumo responsável dos bens e serviços (Filomeno, 1999, p. 121).

No ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que os direitos basilares do consumidor se encontram consubstanciados no art. 6º do CDC, que estabelece:

São direitos básicos do consumidor:

- I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX – Vetado – a participação e consulta na formulação das políticas que os afetem diretamente, e a representação de seus interesses por intermédio das entidades públicas ou privadas de defesa do consumidor;

X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Examinando tais princípios, verifica-se que estão coerentes com os parâmetros estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal, quanto a uma ordem econômica voltada para a valorização do trabalho e para a livre-iniciativa, em conformidade com os ditames da justiça social, priorizando o objetivo inequívoco de garantir a todos uma vida digna. Portanto, cabe ao fornecedor de produtos ou serviços, ao gestor e ao administrador público ou privado observar tais princípios, dentre eles da defesa do consumidor (art. 170, inciso V, da CF/88), norteando-se pelas disposições do CDC, que estabelece a política nacional de rela-

ções de consumo e as diretrizes e os parâmetros para desenvolver uma atividade promissora.

Por outro lado, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, constantes na carta constitucional brasileira de 1988, no art. 37, deverão orientar a administração pública direta e indireta de quaisquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, a fim de dar fiel aplicação à nova ordem jurídica constitucional, que visa assegurar a defesa e o equilíbrio entre os interesses públicos, individuais e coletivos. Assim, percebe-se que tais princípios constitucionais da administração pública encontram-se em consonância com os princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor, posto que ambos têm como escopo desenvolver, respectivamente, atividades e relações que promovam o progresso econômico-social do Estado e da sociedade. Logo, traduzem, na sua essência, garantias aos fornecedores, aos gestores, aos administradores e aos consumidores, visto que são diretrizes para todos.

Ressalte-se que os princípios constitucionais da administração pública se apresentam, ainda, como valioso critério de atuação e desempenho, seja nos atos administrativos, judiciais ou legislativos (Moraes, 1999). A atividade administrativa pública é o exercício da função, ou seja, o cumprimento obrigatório do “dever jurídico funcional” de acertar, ante a ocorrência do caso concreto, a medida tendente a alcançar da melhor forma possível a finalidade da lei (Mello, 2000).

O administrador público deverá observar com rigor os aludidos princípios insculpidos na Constituição Federal brasileira de 1988, simultaneamente com os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e os princípios gerais de direito, bem como a finalidade da lei, como condição para a validade e legitimidade de seus atos. De outra banda, impõe-se a adoção de conduta administrativa pública em harmonia com os termos e requisitos estabelecidos na norma, a fim de resguardar os princípios democráticos.

Dessa forma, ao administrador público compete o dever de bem administrar. Não seria diferente para o gestor no setor privado, onde a exigência opera-se sobre leis do mercado econômico, teorias e estra-

tégias de gestão, que deverão se nortear por valores e princípios éticos, a fim de viabilizar o avanço seguro e proveitoso de suas atividades econômico-comerciais com o respeito ao consumidor.

No que concerne aos princípios gerais da administração na seara privada, estes permitem que o administrador possa bem exercer as suas funções. Nesse sentido, é a abalizada assertiva de Idalberto Chiavenato (1999, p. 115-116):

O administrador deve obedecer a certas normas ou regras de comportamento, isto é, a *princípios gerais* que lhe permitam bem desempenhar as suas funções de *planejar, organizar, dirigir, coordenar e controlar*. Daí surgirem os chamados *princípios gerais de Administração* ou simplesmente *princípios de Administração*, desenvolvidos por quase todos os autores clássicos, como normas ou leis capazes de resolver os problemas organizacionais. Contudo, a colocação dos *princípios* mostra algumas divergências entre os autores clássicos. Fayol chegou a coletar cerca de quatorze princípios.

O rol de princípios gerais da administração sistematizados por Henri Fayol são:

1. Divisão do trabalho: consiste na especialização das tarefas e das pessoas para aumentar a eficiência.
2. Autoridade e responsabilidade: autoridade é o direito de dar ordens e o poder de esperar obediência. A responsabilidade é uma consequência natural da autoridade e significa o dever de prestar contas. Ambas devem estar equilibradas entre si.
3. Disciplina: depende da obediência, aplicação, energia, comportamento e respeito aos acordos estabelecidos.
4. Unidade de comando: cada empregado deve receber ordens de apenas um superior. É o princípio da autoridade única.
5. Unidade de direção: uma cabeça e um plano para cada grupo de atividades que tenham o mesmo objetivo.
6. Subordinação dos interesses individuais aos interesses gerais: os interesses gerais devem sobrepor-se aos interesses particulares.

7. Remuneração do pessoal: deve haver justa e garantida satisfação para os empregados e para a organização em termos de retribuição.
8. Centralização: refere-se à concentração da autoridade no topo da hierarquia da organização.
9. Cadeia escalar: é a linha de autoridade que vai do escalão mais alto ao mais baixo. É o princípio do comando.
10. Ordem: um lugar para cada coisa e cada coisa em seu lugar. É a ordem material e humana.
11. Equidade: amabilidade e justiça para alcançar lealdade do pessoal.
12. Estabilidade do pessoal: a rotatividade tem um impacto negativo sobre a eficiência da organização. Quanto mais tempo uma pessoa permanecer num cargo, tanto melhor.
13. Iniciativa: a capacidade de visualizar um plano e assegurar pessoalmente o seu sucesso.
14. Espírito de equipe: harmonia e união entre as pessoas são grandes forças para a organização. (Apud, Chiavenato, 1999, p. 106-107).

Essa enumeração de princípios da administração realizada por Henri Fayol – fundador da teoria clássica da administração – demonstra sua visão universal e global da empresa (Fayol, 1950). Verifica-se, nesse contexto, que os referidos princípios gerais da administração se encontram em sintonia com os princípios que emolduram o Código de Defesa do Consumidor, visto que ambos têm como escopo promover, respectivamente, atividades e relações que alcancem êxito econômico da empresa e da sociedade.

Dessa forma, são parâmetros orientadores para a ação dos administradores/administrados e fornecedores/consumidores, por serem linhas de conduta a serem seguidas. Com efeito, entendemos que essa abordagem principiológica revela a compatibilidade das disposições, dos princípios e da filosofia de ação tanto do CDC quanto da administração pública e privada.

### 3. As relações de consumo no Brasil nos últimos 26 anos

As relações de consumo e as atividades econômicas de mercado são regulamentadas pelo Estado, que estabelece os limites de atuação das empresas públicas e privadas, com o objetivo de traçar uma política econômica em sintonia com as diretrizes constitucionais. Vale salientar que a intervenção estatal no domínio econômico tem caráter excepcional como se constata no art. 173, *caput* da carta constitucional brasileira de 1988, que dispõe: “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”.

O Estado normatiza e regulamenta a atividade econômica, mediante as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último determinante para a área pública e indicativo para a área privada, da forma prevista no art. 174 da Constituição Federal brasileira de 1988.

As relações de consumo no Brasil foram, devidamente, regulamentadas a partir do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que entrou em vigor em 11 de março de 1991, fruto do governo Collor. Quando Fernando Collor de Melo sancionou a Lei 8.078, de 1990, não pairava sobre sua cabeça a espada do *impeachment*, a despeito de suas medidas impopulares, especialmente no tocante ao confisco das poupanças. Apesar da Lei 8.078 ser de 11 de setembro de 1990, seu artigo 118 disciplinou que entraria em vigor dentro de 180 dias, a contar da sua publicação, ocorrida em 12 de setembro de 1990, quando o *Diário Oficial da União* publicou o inteiro teor do inédito código consumerista em suas páginas.

No início da década de 1990, ocorria a redemocratização do nosso país. Collor fora o primeiro presidente eleito pelo voto direto, depois de décadas. Ainda não havia a internet e os futuros caras pintadas só se preocupavam sobre quais seriam os roqueiros brasileiros que tocariam no segundo *Rock in Rio*. Juridicamente, tínhamos uma constituição recém-nascida que dispunha em seus Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 48 que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da constituição, elabora-

rá Código de Defesa do Consumidor”. O combustível motivador dessa determinação constitucional legislativa era, entre outras, a necessidade de regular a sociedade de consumo que florescia, além das práticas decorrentes da publicidade massificada. O CDC surge, então, para proteção do cidadão-consumidor vulnerável diante do poderio econômico capitalista, trazendo ferramentas para a sua defesa.

Naquele tempo, alguns expoentes empresariais chegaram a defender que o CDC inviabilizaria seus negócios, diante da dificuldade de implantação das práticas previstas em seu bojo. Por outro lado, a novel legislação levou os doutrinadores e os operadores de direito a se

### O CDC surge para proteção do cidadão-consumidor vulnerável diante do poderio econômico capitalista, trazendo ferramentas para a sua defesa

debruçarem sobre o referido código para dar-lhe a efetividade que a força constitucional impunha.

O tempo passou e muitos fatos ocorreram nesses 26 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor. O Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública e os advogados aprenderam a ler nas entrelinhas existentes no CDC, e pode-se dizer, sem sombra de dúvida, que tanto os chamados fornecedores como os consumidores evoluíram. Nesse período, algumas práticas foram adotadas por todos nós, que comprovam essa afirmação: a) tivemos o surgimento e evolução dos juizados especiais, permitindo acesso ao Judiciário aos consumidores prejudicados nas relações de consumo; b) a jurisprudência brasileira atacou as celeumas trazidas nas lides judiciais, firmando posições inovadoras, das quais podemos destacar o enquadramento como consumidor dos clientes de instituições financeiras; c) tivemos a implantação dos SACs (serviços de atendimento ao consumidor) e Procons em todo o país; d) a cada dia surgiram *recalls* de diversos produtos; dentre outras tantas situações.

Por outro lado, mister uma contínua atualização da legislação consumerista, o que leva ao Poder Judiciário uma avalanche de questões que já poderiam ter sido normatizadas. Nesse rumo, percebe-se também que a sociedade precisa ampliar o debate sobre os temas relaciona-



dos à matéria. Impõe-se que se aprenda a lidar com o comportamento desleal de alguns consumidores, os quais insistem em agir sem a boa-fé, nas relações comerciais, judicializando questões que refogem à alçada do CDC. Precisamos também formar os magistrados e operadores do direito para as questões que hão de vir nas próximas décadas do CDC. É evidente que se está diante de um novo modelo social que navega nos umbrais da internet com tal velocidade que, se nada for feito, o CDC correrá o risco de se tornar mera retórica.

Outras questões relacionadas ao CDC dizem respeito ao aperfeiçoamento dos mecanismos de fiscalização do Estado para evitar a concorrência desleal e o comércio de produtos e serviços impróprios para o consumo, além dos aumentos abusivos de preços. Precisa-se também encontrar meios mais eficazes para o combate das práticas empresariais de programação prévia da vida útil dos produtos. Não são poucos os que lembram, com saudade, do tempo em que as TVs, geladeiras e máquinas de lavar duravam décadas.

A prática desses 26 anos revela que o CDC é uma ferramenta eficaz e que pode trazer inestimáveis benefícios. Contudo, na realidade atual e premente de inquietantes temas como o superendividamento, o *overbooking*, o cartão de crédito e, especialmente, o comércio eletrônico, ainda se exige, para uma boa aplicação do direito, uma interpretação sistemática dos magistrados e demais operadores do direito. Somos, portanto, testemunhas das mudanças de comportamento dos consumidores, gestores, administradores e fornecedores, beneficiados, ainda, pelos grandes câmbios trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, verifica-se que nas relações de consumo é fundamental desenvolver uma postura ética e de respeito à dignidade do consumidor. Portanto, para realizar uma boa gestão administrativa, o fornecedor de produtos e serviços precisa considerar a pauta de cidadania que o CDC expressa.

## Conclusões

O Brasil é um dos precursores na sistematização e codificação do direito à proteção ao consumidor. A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor e estabelece os vetores informativos dos direitos e das obrigações para os fornecedores e consumidores – indubitavelmente uma legislação avançada no cenário nacional e internacional.

A legislação do consumidor orienta-se pela necessidade de estabelecer o equilíbrio na relação de consumo. As diretrizes da política nacional de relações de consumo encontram-se estabelecidas nos arts. 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor, visando primordialmente o atendimento das necessidades do consumidor, o respeito à sua dignidade, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a harmonia das relações de consumo. A harmonização desses interesses deve ter por base, entre outros princípios, o da boa-fé, a fim de gerar o justo equilíbrio entre os protagonistas desta relação.

De todo o exposto, verifica-se que os princípios previstos no CDC e aqueles da administração pública e privada são compatíveis entre si, e devem orientar administradores/administrados e consumidores/fornecedores para uma conduta que privilegie o desenvolvimento equilibrado e a justiça social. Por conseguinte, o administrador público terá de atuar em harmonia com os princípios e normas que regem a administração pública, enquanto o gestor privado terá de, fundamentalmente, conciliar os princípios da livre-iniciativa e da equidade.

Nessa árdua tarefa, o administrador deverá considerar que só há real crescimento e desenvolvimento de uma empresa quando esta encontra-se verdadeiramente pautada em valores éticos. Assim, o respeito ao consumidor passa a ser uma estratégia fundamental ao bom desempenho empresarial.

## Notas

1. Oriana Piske de A. Barbosa. Juíza de Direito (TJDFT). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidad del Museo Social Argentino – UMSA). Mestre em Direito (UFPE). Pós-graduação em: Teoria da Constituição; Direito do Trabalho; e Direito Civil pelo CESAP – UniCEUB.
2. Cláudio Nunes Faria. Diretor de Secretaria do 4º Juizado Cível de Brasília. Pós-graduação em Direito Processual Civil (UGF).
3. Cristiano Alves da Silva. Diretor de Secretaria-Substituto do 4º Juizado Especial Cível de Brasília. Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil (UCAM).

## Referências

- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- FAYOL, Henri. *Administração industrial e geral*, São Paulo: Atlas. Segunda parte, cap. I, 1950.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

# O agravo regimental e o princípio da dialeticidade no novo CPC

**Otávio de Abreu Portes<sup>1</sup>**

Desembargador do TJMG

**Rubens Augusto Soares Carvalho<sup>2</sup>**

Assessor Judiciário no TJMG

É CONSABIDO QUE A SISTEMÁTICA DE INTERPOSIÇÃO E JULGAMENTO do agravo interno foi totalmente remodelada pelo CPC/15, com destaque para o disposto no artigo 1.021, § 3º, que assim dispõe: “§ 3º É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.

Há de se registrar que as possibilidades de julgamento monocrático pelo relator foram tecnicamente corrigidas pelo CPC/15, considerando que atualmente existem hipóteses em que este juízo é de mera admissibilidade (como falta de algum pressuposto formal – preparo, tempestividade), ao passo que outras refletem autêntico julgamento de mérito do recurso, caso em que se nega ou se lhe dá provimento.

Explicita-se que na regência do CPC/73 eventual dissonância da tese recursal com jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de instância superior, ou mesmo na hipótese de pretensão *manifestamente improcedente*, conduzia-se à negativa de *seguimento* monocrático do recurso (artigo 557, *caput* do código revogado), termo que necessariamente nos remetia a um *juízo de negativo de admissibilidade puro*, muito embora nesses casos (de confronto com a jurisprudência ou evidente *improcedência* do recurso) referido juízo fosse genuína e evidentemente de *mérito recursal*.

Ou seja, na sistemática anterior, qualquer que fosse a hipótese de aplicação do julgamento monocrático pelo relator – irregularidade formal do recurso ou confronto com jurisprudência iterativa do próprio tribunal ou tribunal superior/manifesta *improcedência* – atribuía-lhe o CPC/73 natureza jurídica de admissibilidade negativa porquanto estatuiu que o relator negaria *seguimento* ao recurso interposto nessas condições.

Repisa-se que o termo empregado (“seguimento”) indistintamente tanto para uma quanto para outra hipótese fazia supor que ali se estava concretizando um julgamento de admissibilidade, fato que criava uma inconsistência evidente quando se tratava de recurso contrário à jurisprudência dominante ou manifesta *improcedência* do mesmo.

Em verdade, talvez por tal razão é que sob a batuta do CPC/73 era bastante comum que no agravo interno o agravante questionasse o próprio *mérito* do que havia sido decidido pela decisão monocrática (também de mérito, repise-se), forçando, destarte, o julgamento colegiado da questão controvertida.

O correto, sob o ponto de vista técnico, seria que, em sendo realizado juízo de mérito monocrático pelo relator afirmando que o recurso era contrário à jurisprudência dominante do próprio tribunal ou de tribunal superior, o agravante impugnasse a *técnica de julgamento*, e não o mérito da questão em si, vale dizer que, demonstrando com seu agravo interno, não cabia naquele caso o julgamento monocrático, hipótese em que o recurso originário deveria ser apreciado por todo o colegiado recursal, em observância ao *princípio da dialeticidade*.

Mas, talvez por uma política de instrumentalidade, o agravo interno interposto nessas condições costumava ser conhecido e, no voto do relator, caso fosse mantido seu entendimento, não lhe restava outro caminho senão reprimir os mesmíssimos fundamentos expendidos quando da prolação do decisório isolado, na maioria das vezes simplesmente reproduzindo *ipsis litteris* seus termos para efeito de contagem como voto colegiado.

Nada obstante, veio o CPC/15 e trouxe a vedação decisória acima disposta, de tal sorte que não mais se afigura possível a reprodução ou remissão aos termos da decisão monocrática de mérito para fins de fundamentação do voto de manutenção no agravo interno daí interposto.

*Ipsa facto*, concluímos que referida alteração legislativa também impôs por via reflexa importantes implicações argumentativas para

Caso o agravo regimental impugne o próprio mérito do que foi decidido, o relator não terá como admitir o recurso e fundamentar seu voto sem que faça remissão aos termos da decisão monocrática

as partes, porquanto se é defeso ao relator reproduzir a própria decisão monocrática (de mérito) como voto colegiado, também há de se observar nas razões do agravo a mais estrita dialeticidade, ou seja, o que o recorrente deve impugnar é a técnica da decisão (monocrática de mérito), e não o teor do que foi decidido em si.

Do contrário, vale dizer, caso o agravo regimental impugne o próprio *mérito* do que foi decidido, o relator não terá como admitir o recurso e fundamentar seu voto sem que faça, direta ou indiretamente, remissão aos termos sua decisão monocrática, violando destarte o dever judicial contido no artigo 1.021, § 3º, do CPC/15, exceto se evidentemente alterar por qualquer motivo seu entendimento.

A exceção fica obviamente por conta das hipóteses em que a decisão monocrática do relator não for uma decisão de mérito, e sim de admissibilidade pura. Assim, por exemplo, se o recurso não é conhecido por intempestividade, o agravo daí interposto evidentemente terá de confrontar as balizas fáticas e temporais empregadas pelo julgador para reconhecer a extemporaneidade do recurso não conhecido. Mas perceba que, nesse caso, existe uma correspondência entre o que foi decidido e o que é passível de discussão e decisão no recurso, de tal sorte há dialeticidade.

Ou seja, ao criar a restrição decisória acima disposta, por via reflexa exigiu o legislador que também o agravo interno seja adequadamente dialetizado com as razões que, de fato, impugnem objetivamente a técnica de julgamento monocrático de mérito aplicada pelo relator no recurso originário, sob pena de não conhecimento do apelo regimental.

De forma bastante sintética é afirmar que, sob tais circunstâncias, o agravo interno deverá defender *o direito ao julgamento do recurso pelo colegiado*, e não o próprio *direito controvertido no recurso originário*, a partir do qual foi interposto.

Do contrário, a permissividade de julgamento monocrático atualmente contida no artigo 932 do CPC/15 se esvaziaria de sentido, porquanto bastaria ao agravante reproduzir a tese estampada no recurso desprovido monocraticamente para forçar o julgamento colegiado da matéria no mérito, o que não é evidentemente o escopo do apelo interno/regimental.

Com efeito, assim se entendendo, restaria delegado ao puro alvitre do recorrente ter ou não julgado seu recurso por todo o colegiado, subtraindo a utilidade da norma permissiva do julgamento isolado do relator, voltada à celeridade processual. Se importaria concluir também, a reboque, a coexistência abstrata intolerável de dois recursos destinados à impugnação da *mesmíssima* matéria de mérito, violando de forma franca o princípio da *unirrecorribilidade*.

Nesse último quadrante, perceba que se hipoteticamente um determinado agravo de instrumento tiver seu provimento denegado monocraticamente pelo relator por contrariedade à jurisprudência de instância superior, e que se o agravo regimental porventura a partir daí interposto simplesmente reprisar-lhe as razões, ambos recursos estariam, no fundo, a impugnar materialmente a mesma decisão (o agravo interno de forma interposta, evidentemente).

Em linhas gerais, portanto, se não pode o relator reproduzir a decisão monocrática de mérito, também não pode o agravante reproduzir as razões do recurso desprovido para fins de argumentação, sob pena de grave inconsistência na logicidade entre o que se decide e o que se julga (ou como se julga).

À guisa de fechamento, impõe-se concluir destarte que a interpretação da norma de regência em enfoque, embora tenha como destinatário primário o julgador, tem significativo efeito reflexo secundário na atividade argumentativa do advogado, que deve estar atento ao escopo correto do agravo regimental, sob pena vê-lo não conhecido por ausência de dialeticidade, indissociável da otimização da prestação jurisdicional colimada pelo CPC de 2015.

## Notas

1. Otávio de Abreu Portes. Desembargador do TJMG. Bacharel em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – 1972. Bacharel em Administração de Empresas, pela UNA – 1974. Pós-graduado em Direito Internacional Público, pela Universidade de Soborne/França – 1979. Diplomado pela Escola Superior de Guerra – 1980. Pós-graduado em Direito de Empresa – Universidade Católica de Minas Gerais – 1973.
2. Rubens Augusto Soares Carvalho. Assessor Judiciário no TJMG.



## Audiência de apresentação/custódia (Resolução CNJ 213/2015)

**Renato Marcão<sup>1</sup>**

Jurista

NO DIA 15 DE DEZEMBRO DE 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 213, que entrou em vigor no dia 1º de fevereiro de 2016 e dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial, no prazo de 24 horas.

Sobredita resolução aponta dentre seus diversos fundamentos o disposto no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); o art. 96, I, letra “a”, da Constituição Federal, que “deferir aos tribunais a possibilidade de tratar da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos”; e também o que fora decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240<sup>2</sup>, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da disciplina pelos tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente, e a determinação imposta por ocasião da apreciação da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347<sup>3</sup>, na qual a suprema corte fixou a obrigatoriedade de apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.

Embora tardiamente, com tal proceder foi formalmente instituída entre nós, em âmbito nacional, a denominada *audiência de custódia*, que preferimos intitular *audiência de apresentação*, visto que idealmente não se destina à custódia de quem já se encontra preso, mas a outras deliberações, inclusive e especialmente com vistas ao relaxamento da prisão<sup>4</sup> ou concessão de liberdade provisória<sup>5</sup> a quem fora preso em flagrante delito.

No caso de prisão em flagrante, nas 24 horas seguintes a autoridade policial *deverá providenciar a comunicação da prisão e a apresentação da pessoa presa ao juiz competente*, nos moldes do que fora decidido na ADPF 347, onde consta expressamente que a audiência deve ser realizada no prazo de 24 horas, *contado do momento da prisão*<sup>6</sup>.

De modo diverso ao anteriormente delineado, o art. 1º, *caput*, da Resolução 213 do CNJ, indica que a partir da comunicação da prisão começa a contagem de novo prazo de 24 horas, dentro do qual o preso deverá ser levado à presença do juiz para participar da audiência em testilha.

Ante a colidência de comandos evidenciada, é indubitoso que prevalece a contagem do prazo conforme fixada na decisão proferida pela suprema corte.

Vamos avante.

Se o flagrante envolver pessoa sujeita à competência originária de tribunal – foro privilegiado por prerrogativa de função –, a apresentação do preso *poderá* ser feita ao juiz que o presidente do tribunal ou relator designar para esse fim<sup>7</sup>.

Em casos tais, portanto, a audiência poderá ser realizada no tribunal ou por juiz de primeiro grau, e é inegável que a apresentação ao juiz de primeiro grau designado atende aos ideais de celeridade e economia, na medida em que permite a realização dos rituais na comarca em que os fatos se deram, muitas vezes distante do tribunal.

Mas não é correto pensar que apenas quem fora preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judiciária em dia e hora que se realizar a audiência de apresentação, pois, a teor do disposto no art. 13, *caput*, da Resolução 213, também deverá ocorrer audiência de apresentação após o cumprimento de mandado de prisão, por força da decretação de prisão cautelar (temporária ou preventiva) ou condenação definitiva. Toda pessoa presa deverá ser apresentada à autoridade judiciária no prazo de 24 horas, a contar do cumprimento do mandado de prisão.

A propósito, diz o parágrafo único do art. 13 que “todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente

apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local”.

Se a pessoa presa em flagrante ou por força de mandado de prisão estiver acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada<sup>8</sup> ao juiz no prazo de 24 horas, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação<sup>9</sup>.

*Seja como for, para que não ocorra constrangimento ilegal, a audiência sempre deverá ser realizada, inclusive nos dias de plantão judiciário (sábados, domingos e feriados) e durante o período de recesso forense, não servindo de justificativa para sua não realização, ademais, a afirmação no sentido de que a prisão se encontra revestida de legalidade ou que a convicção do juízo fora satisfatoriamente formada com a apreciação dos documentos enviados com a comunicação da prisão.*

Nesse sentido, proclamou o Supremo Tribunal Federal que:

Nos termos do decidido liminarmente na ADPF 347/DF (Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 9-9-2015), por força do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e como decorrência da cláusula do devido processo legal, a realização de audiência de apresentação é de observância obrigatória. Descabe, nessa ótica, a dispensa de referido ato sob a justificativa de que o convencimento do julgador quanto às providências do art. 310 do CPP encontra-se previamente consolidado. A conversão da prisão em flagrante em preventiva não traduz, por si, a superação da flagrante irregularidade, na medida em que se trata de vício que alcança a formação e legitimação do ato construtivo (STF, HC 133.992/DF, 1ª T., rel. Min. Edson Fachin, j. 11-10-2016, DJe 257, de 2-12-2016).

Em sentido contrário ao que defendemos, segue firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – 5ª e 6ª Turmas –, conforme demonstram as ementas que seguem transcritas:

A ausência de audiência de custódia não constitui irregularidade suficiente para ensejar a ilegalidade da prisão cautelar, se observados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal (STJ, RHC 76.100/AC, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 8-11-2016, *DJe* de 2-12-2016).

A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de não reconhecer a nulidade da prisão apenas em razão da ausência da audiência de custódia, se não demonstrada inobservância aos direitos e garantias constitucionais do acusado, como no caso concreto (STJ, RHC 76.734/MG, 5ª T., rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 22-11-2016, *DJe* de 2-12-2016).

Conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma desta Corte, 'a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais' (AgRg no HC 353.887/SP, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19-5-2016, *DJe* 7-6-2016) (STJ, RHC 76.906/SP, 6ª T., rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10-11-2016, *DJe* de 24-11-2016).

A não realização de audiência de custódia não induz a ilegalidade do decreto preventivo, cujos fundamentos e requisitos de validade não incluem a prévia realização daquele ato, vinculados, por força de lei, ao que dispõem os artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal (Precedentes) (STJ, RHC 76.653/PR, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 22-11-2016, *DJe* de 7-12-2016).

Da imprescindibilidade da audiência de apresentação decorre que, se por qualquer motivo não houver juiz na comarca até o final do prazo em que se deva realizar a audiência, a pessoa presa deverá ser levada imediatamente ao local em que se encontrar o juiz que responder pelo expediente em substituição a seu colega ausente, conforme

dispuserem as normas do tribunal a que se encontrarem vinculados os magistrados.

Como é intuitivo, na audiência deverá estar presente o representante do Ministério Público que detiver atribuições para tanto, e a pessoa presa deverá estar assistida por defesa técnica.

“Se a pessoa presa em flagrante delito constituir advogado até o término da lavratura do auto de prisão em flagrante, o Delegado de polícia deverá notificá-lo, pelos meios mais comuns, tais como correio eletrônico, telefone ou mensagem de texto, para que compareça à audiência de custódia, consignando nos autos.”<sup>10</sup>

Se a pessoa presa não tiver advogado constituído, será assistida por defensor público, e se não for possível a atuação de defensor público o juiz deverá nomear defensor *ad hoc* (para o ato). O que não é possível admitir, qualquer que seja a hipótese, é a realização da audiência sem a presença de defensor.

Com o objetivo de assegurar a ampla defesa, “antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia”<sup>11</sup>. Para tal finalidade, é necessário que se disponibilize local apropriado, de modo a assegurar a confidencialidade do ato.

A audiência, que não poderá ser presenciada pelos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação dos fatos sob análise, deverá se desenvolver conforme o procedimento traçado na Resolução 213 do CNJ, que é autoexplicativa a esse respeito e assim dispõe:

**Art. 8º** Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

- I – esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;
- II – assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;

- III – dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;
- IV – questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;
- V – indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;
- VI – perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;
- VII – verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:
- a) não tiver sido realizado;
  - b) os registros se mostrarem insuficientes;
  - c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;
  - d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014<sup>12</sup> quanto à formulação de quesitos ao perito;
- VIII – abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;
- IX – adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;
- X – averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

Após o momento destinado às perguntas que o magistrado deverá endereçar à pessoa presa – que poderá optar pelo silêncio constitucional (CF, 5º, LXIII) –, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa

técnica, nessa ordem, a faculdade de formular reperguntas compatíveis com a natureza do ato<sup>13</sup>, devendo indeferir eventual arguição relativa ao mérito do delito pelo qual ocorreu a prisão<sup>14</sup>.

Em seguida, expondo os fundamentos de fato e de direito que entender pertinentes, deverá o representante Ministério Público requerer: (I) – o relaxamento da prisão; ou (II) – a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com medida cautelar restritiva; (III) – a decretação da prisão preventiva; ou (IV) – a decretação da prisão temporária, e, em qualquer caso; (V) – a adoção de outras medidas eventualmente necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Na sequência, será dada a palavra à defesa a fim de que se manifeste, quando então poderá requerer: (I) – o relaxamento da prisão *ou* (II) – a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com medida cautelar restritiva.

Qualquer que seja a hipótese, como é intuitivo, a defesa também poderá postular a adoção de medidas que reputar necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Se estiver diante de situação em que a pessoa se encontrar custodiada em razão de prisão preventiva ou temporária, o representante do Ministério Público poderá, e de igual modo a defesa, por evidente razão, requerer o relaxamento (quando ilegal) ou a revogação da medida imposta (quando não subsistirem os fundamentos que outrora legitimaram a decretação)<sup>15</sup>.

Apresentadas as considerações e os requerimentos do Ministério Público e da defesa, caberá ao juiz proferir decisão, quando então deverá se pronunciar sobre os termos do art. 310 do CPP<sup>16</sup>, sem prejuízo de outras medidas eventualmente cabíveis<sup>17</sup>. Nesse momento, “havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da de-

A audiência  
deverá se  
desenvolver  
conforme o  
procedimento  
traçado na  
Resolução 213  
do CNJ

núncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado<sup>18</sup>, cumprindo sejam atendidas as demais disposições do art. 11 da Resolução CNJ 213.

Com a decisão do juiz chega-se ao final da audiência de apresentação/custódia, cumprindo observar, nos precisos termos do art. 8º, §§ 3º, 4º e 5º, da resolução tantas vezes citada, que:

§ 3º A ata da audiência conterà, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos.

§ 4º Concluída a audiência de custódia, cópia da sua ata será entregue à pessoa presa em flagrante delito, ao Defensor e ao Ministério Público, tomando-se a ciência de todos, e apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata, seguirá para livre distribuição.

§ 5º Proferida a decisão que resultar no relaxamento da prisão em flagrante, na concessão da liberdade provisória sem ou com a imposição de medida cautelar alternativa à prisão, ou quando determinado o imediato arquivamento do inquérito, a pessoa presa em flagrante delito será prontamente colocada em liberdade, mediante a expedição de alvará de soltura, e será informada sobre seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar presa.

Por fim, determina o art. 12 da Resolução CNJ 2013 que o termo da audiência de custódia deverá ser pensado ao inquérito ou à ação penal.



## Notas

1. Renato Marcão. Jurista. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade de Coimbra). Professor no curso de pós-graduação em Ciências. Criminais na Estácio/CERS.
2. “1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que ‘toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz’, posto ostentar o *status* jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada ‘audiência de custódia’, cuja denominação sugere-se ‘audiência de apresentação’. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de *habeas corpus*, no qual o juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de *habeas corpus* instaurado perante o juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o *status* do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional (...)” (STF, ADI 5.240/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. 20-8-2015, *DJe* 018, de 1-2-2016).
3. “Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’. (...) Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão” (STF, ADPF 347 MC/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, *DJe* 031, de 19-2-2016).
4. Art. 5º, LXV, da CF: “A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.
5. Art. 5º, LXVI, da CF: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”.

6. “Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão” (STF, ADPF 347 MC/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 9-9-2015, *DJe* 031, de 19-2-2016).
7. Art. 13, § 3º, da Resolução CNJ 213/2015.
8. Exemplos: pessoa que estiver hospitalizada gravemente ferida ou inconsciente.
9. Art. 13, § 4º, da Resolução CNJ 213/2015.
10. Art. 5º, *caput*, da Resolução CNJ 213/2015.
11. Art. 6º, *caput*, da Resolução CNJ 213/2015.
12. Dispõe sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas – princípios e regras – do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crime de tortura e dá outras providências.
13. Conforme o art. 8º, § 2º, da Resolução CNJ 213: “A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia”.
14. Art. 8º, § 1º, da Resolução CNJ 213/2015.
15. O art. 5º, LXV, da CF, diz que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. O art. 316 do CPP fala da possibilidade de *revogação* da prisão preventiva quando se verificar a falta de motivo para que subsista. É inegável, portanto, a diferença que há entre *relaxamento* (que não se restringe à hipótese de ilegal prisão em flagrante) e *revogação*.
16. Art. 310 do CPP – Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (I) – relaxar a prisão ilegal; ou (II) – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (III) – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 23 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.
17. Dispõe o art. 9º, §§ 2º e 3º, da Resolução CNJ 2013, que: (2º) Identificadas demandas abrangidas por políticas de proteção ou de inclusão social implementadas pelo Poder Público, caberá ao juiz encaminhar a pessoa presa em flagrante delito ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, ao qual cabe a articulação com a rede de proteção social e a identificação das políticas e dos programas adequados a cada caso ou, nas Comarcas em que inexistirem serviços de acompanhamento de alternativas penais, indicar o encaminhamento direto às

políticas de proteção ou inclusão social existentes, sensibilizando a pessoa presa em flagrante delito para o comparecimento de forma não obrigatória. (§ 3º) O juiz deve buscar garantir às pessoas presas em flagrante delito o direito à atenção médica e psicossocial eventualmente necessária, resguardada a natureza voluntária desses serviços, a partir do encaminhamento ao serviço de acompanhamento de alternativas penais, não sendo cabível a aplicação de medidas cautelares para tratamento ou internação compulsória de pessoas autuadas em flagrante que apresentem quadro de transtorno mental ou de dependência química, em desconformidade com o previsto no art. 4º da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, e no art. 319, inciso VII, do CPP.

18. Art. 11, *caput*, da Resolução CNJ 213/2015.

# Fraude à execução e a inconstitucionalidade da presunção absoluta no novo CPC/2015

**Gelson Amaro de Souza<sup>1</sup>**

Advogado (Presidente Prudente – SP)

**Resumo:** O artigo 844 do CPC/2015 prevê como hipótese de presunção absoluta a existência de conhecimento de terceiros no caso de anterior averbação de arresto ou de penhora no registro competente. Resta saber se essa norma obedece ou não ao princípio da razoabilidade nas relações sociais e negociais e, ainda, se em face da Constituição da República, é ou não inconstitucional.

## Introdução

O LEGISLADOR PÁTRIO, NO AFÃ DE SE CONSEGUIR MEIO MAIS ÁGIL para solucionar litígios, partiu para a ofensiva sem medir esforços e, muitas vezes, até mesmo sem medir as consequências, insere normas altamente perigosas e desproporcionais, muitas vezes injustas, nas relações negociais correntes no dia a dia.

A preocupação com o desfecho da questão o quanto antes, e o desentupimento dos órgãos jurisdicionais que sabidamente se encontram abarrotados de processos à espera de solução, fez o legislador de forma açodada procurar resolver o problema com providências e medidas antidemocráticas, ressuscitando a antiga e superada presunção absoluta, como se estivesse a nação sob algum regime de exceção.

Com isso, invadiu a órbita constitucional, violando princípios que levaram anos para serem reconhecidos e estabelecidos na carta magna. Não se pode negar a boa intenção do legislador, que teve por finalidade assegurar o cumprimento das obrigações, com a efetivação do direito em menor tempo possível. No entanto, apesar da boa intenção, parece ter ocorrido extrapolação no trato da matéria relacionada ao cumprimento de julgado e ao processo de execução fundado em título extrajudicial, ressuscitando a presunção *jure et juris*, extirpada dos meios jurídicos pela Constituição Federal de 1988.

Institutos próprios de regimes autoritários, como a antiga “verdade sabida” que existia até meados do século passado e a chamada presunção absoluta que era aceita até a vigência da atual Constituição da República de 1988, não podem mais existir. Hoje, a população brasileira vive sob um regime que se pronuncia democrático, onde o direito de defesa (ampla defesa) é garantia constitucional (art. 5º, LV, da CF), o que o torna incompatível com institutos como a “verdade sabida” e a “presunção absoluta”, que não admitem defesa.

O artigo 844 do CPC trouxe à tona a presunção absoluta, eliminada na Constituição da República de 1988, contrariando as normas do art. 5º da CF, por desrespeitar o devido procedimento legal (LIV), não admitir prova em sentido contrário, contraditório e ampla defesa (LV), além de afastar da apreciação do Judiciário a legitimidade do ato administrativo e a eventual lesão a direito por ele causada (XXXV). Colocada como está a sua redação, o art. 844 do CPC acaba por permitir que o adquirente da coisa venha a ser privado do seu bem sem que haja o devido procedimento legal (art. 5º, LIV, CF) e sem qualquer apreciação pelo Judiciário de eventual prejuízo que possa haver em face da averbação (art. 5º, XXXV, da CF).

Não se pode admitir que em nome da segurança jurídica ou da rápida efetividade do direito, a atividade administrativa como a averbação em registro possa se sobrepôr à atividade jurisdicional. Se o próprio julgamento do juiz não fica imune à contestação, como haverá de assim ficar um mero ato administrativo? A própria atividade jurisdicional está sujeita à revisão tais como ação rescisória, ação anulatória, recursos, reclamação, permitindo prova em contrário, o devido procedimento

legal e o contraditório, como não haverá de admitir prova em contrário um simples ato administrativo extrajudicial (averbação), realizado sem contraditório, sem defesa e sem o devido procedimento legal (art. 5º LIV e LV, da CF)?

## 1. Presunção

Não se pode confundir presunção com prova, pois a primeira existe, exatamente, para dispensar a segunda. Presunção é a subjetividade encarnada no pensamento humano que toma algo como existente independentemente de ser ou não verdadeiro<sup>2</sup>. É uma forma de se conjecturar e tomar como certo fato incerto, considerar ocorrente fato que não se sabe existente, porque sobre ele não se tem prova. É presumir, sem provar.

A palavra presunção é originária do latim *praesumptio*, que significa tomada de posição antecipadamente, como uma concepção primeira e última ao mesmo tempo. Presumir segue a mesma origem, com o significado de intuição e antecipação de uma conclusão sem se preocupar com eventual acerto ou desacerto. É a exposição de imaginação fruto de intuição pessoal, sem maiores cuidados e sem se preocupar com a realidade daquilo que se presume.

Historicamente, na seara do direito, a expressão ‘presunção’ procurou representar a técnica condenável de convencimento sem prova, como se um simples pensamento (intuição) pudesse suplantar qualquer verdade. É a consideração da existência de fato ou ato provável, mas desconhecido. Apesar de provável, ainda não está provado<sup>3</sup>.

Não se pode condenar a presença da presunção no corpo legislativo, porque ela é um elemento útil para alcançar a segurança jurídica. Mas, o que não se pode dar a ela é a conotação de verdade absoluta. A presunção não pode ter a força de verdade absoluta, ela serve tão somente para inverter o ônus da prova, mas não pode substituir a prova.

É verdade que a presunção legal é fator de segurança jurídica, mas não se pode olvidar que esta segurança é tomada por fator arbitrário e artificial que faz parecer verdadeiro o que, por vezes, não é nem mesmo provável<sup>4</sup>. É certo que a presunção é o resultado de um raciocínio

lógico da mente humana, pois que, de um fato conhecido tiram-se consequências para imaginar a existência de outro desconhecido<sup>5</sup>. É o caso do art. 844 do CPC, que, da existência de registro da penhora ou do arresto, procura tirar as consequências de um conhecimento por parte de terceiros, que nem existe. Por várias razões ou até mesmo por vários motivos, o terceiro adquirente da coisa pode não conhecer a existência do arresto ou da penhora. Um erro na expedição de certidão em que se omite a existência do ônus é suficiente para impedir que o terceiro conheça da constrição existente. O analfabeto ou aquele de pouca instrução pode não entender o conteúdo da certidão. O incapaz pode não tomar conhecimento, por não estar no pleno exercício de suas faculdades mentais, entre outros casos.

### 1.1 Presunção relativa

O Código de Processo Civil procurou distribuir o ônus da prova entre as partes de forma lógica e igualitária, de maneira a não beneficiar uma e causar prejuízo à outra. Isto é, não quis favorecer uma parte nem sobrecarregar a outra com ônus probatório de difícil realização. Neste tom, é que o art. 373 do CPC afirma que cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito (I) e ao réu sobre o encargo de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (II). A norma sabiamente dispôs sobre o ônus da prova de forma lógica e igualitária, concedendo a ambas as partes o direito de produzir prova e ao mesmo tempo distribuindo o ônus da prova a cada uma delas conforme o indicativo lógico de que qual parte seria mais razoável exigir a produção da prova.

Assim é que o art. 369 do CPC dispõe: as partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa com a finalidade de influir eficazmente na convicção do juiz. Essa norma está em consonância com as garantias fundamentais traçadas na Constituição da República (art. 5º, LIV e LV), referentes ao devido procedimento legal, ao contraditório e à ampla defesa. Nada mais natural.

Sem retirar o direito à produção de prova, em alguns casos específicos, para se adequar ao princípio da igualdade e demais garantias constitucionais, vez por outra, a norma processual determina a inversão do ônus da prova, para colocar as partes em posição de igualdade, quando para uma delas seja mais fácil cumprir o encargo probatório, o que se caracteriza como distribuição dinâmica dos ônus da prova, o que é louvável.

Ao se tratar da distribuição dinâmica do ônus da prova, a sistemática em alguns casos de exceção achou por bem presumir algum fato, o que dispensa a parte interessada de fazer a sua prova. Esta dispensa que se faz recebe o nome de presunção, situação em que tal fato ou ato é tomado por existente, independentemente de prova por quem o aproveita. A parte a quem a prova aproveita fica dispensada de sua produção, mas nada impede que a parte contrária produza outra em sentido contrário para destruir tal presunção<sup>6</sup>. Trata-se de presunção relativa que permite ao adversário produzir prova em sentido contrário, havendo apenas a inversão do ônus probatório.

A presunção relativa aparece em algumas situações, tais como quando o possível credor está de posse de um título de crédito, presume-se que a dívida ainda não foi paga. De outro lado, se o título de crédito já estiver nas mãos do suposto devedor, presume-se que este já pagou a dívida. Mas, tanto em um caso ou em outro sempre haverá a possibilidade de defesa e prova em sentido contrário, havendo apenas inversão do ônus da prova, mas não a impossibilidade de produzir prova. A impossibilidade de discussão a respeito impediria a produção de prova, bem como o exercício dos direitos de defesa, do contraditório, e do devido procedimento legal, e, mais que isto, impediria a apreciação pelo Judiciário de eventual lesão a direito, o que não é admitido pela Constituição Federal (art. 5º, XXV, da CF).

## 1.2 Presunção absoluta

A presunção absoluta é coisa do passado, memória do período medieval em que prevalecia a arbitrariedade, a truculência, o inquisitorialismo, a prepotência e o desrespeito à dignidade humana, época em que se desconhecia ou não se lembrava do estado de direito<sup>7</sup>.



Como o próprio nome indica, presunção absoluta é aquela que por ser imperiosa não permite defesa nem prova em sentido contrário<sup>8</sup>. Essa modalidade de presunção foi aos poucos sendo abolida dos sistemas jurídicos mais avançados e, no Brasil, teve a sua extirpação com o advento da Constituição Federal de 1988<sup>9</sup>.

Presunção vem do latim *praesumptio* equivalendo àquilo que é tomado antecipadamente como verdadeiro, não se admitindo defesa nem prova em sentido contrário. Na esfera do direito, sob o ponto de vista técnico, é aquilo que é tomado como verdadeiro antecipadamente sem qualquer verificação. Quando se trata de presunção apenas relativa, permite-se prova em sentido contrário. Mas, em se tratando de presunção absoluta, não se permite defesa nem prova em sentido contrário<sup>10</sup>, afastando-se da tendência moderna e contrariando a Constituição da República (art. 5º, LV, da CF).

Casos existem que se toma como presunção absoluta<sup>11</sup> aquela que é apenas relativa, como acontece com a aquela estabelecida no art. 3º do Dec.-lei 4.657/42, considerado como a Lei da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que afirma ninguém poder deixar de cumprir a lei sob a alegação de que não a conhece. Pode parecer presunção absoluta – mas não o é. Trata-se apenas de presunção relativa. O art. 20 do Código Penal bem demonstra isto, pois, afirma que o erro de tipo (desconhecimento da lei) exclui o dolo. Se o desconhecimento da lei exclui o dolo quanto ao tipo, é porque a norma do art. 3º estabelece presunção apenas relativa. Também a norma do art. 376 do CPC/2015 deixa claro que o juiz não está obrigado a conhecer todas as leis, tanto que afirma que a parte deverá provar o teor e a vigência da lei quando assim for determinado pelo juiz, o que afirma ser a presunção do art. 3º da LINDB apenas relativa.

A presunção absoluta é coisa do passado, memória do período medieval em que prevalecia a arbitrariedade, a truculência e o inquisitorialismo

## 2. Devido procedimento (processo) legal

Ninguém poderá ser preso, condenado nem processado sem o devido procedimento legal, que o nosso sistema jurídico preferiu a expressão *devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CF), quando quis se referir ao procedimento judicial ou administrativo com todas as garantias processuais e constitucionais. A mesma norma assegura que ninguém poderá sofrer restrição de seus bens sem o devido procedimento legal<sup>12</sup>. Seguindo-se a disposição sobre o devido procedimento legal que é sempre obrigatório (art. 5º, LIV, da CF), a Constituição da República também instituiu como garantias fundamentais o contraditório e a ampla defesa em qualquer processo ou procedimento judicial ou administrativo (art. 5º, LV, da CF).

Desta forma, o contraditório e a ampla defesa passaram a integrar como institutos específicos de garantias fundamentais, conexos com o devido procedimento legal, como norma maior, não podendo ser suprimidos por norma infraconstitucional. Inerentes a estes três institutos, como o devido procedimento legal, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF), estão os não menos importantes direitos fundamentais, como o direito à prova, à igualdade de tratamento, à dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade e à razoabilidade, entre outros direitos que sempre devem prevalecer em qualquer processo ou procedimento, seja judicial ou administrativo.

O devido procedimento legal, conjugado com o contraditório e o direito de defesa, são as salvaguardas de outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade, não permitindo que uma parte seja privilegiada em prejuízo de outra. Os cuidados exagerados visando garantir a efetividade do direito de uma das partes poderão redundar em prejuízo da outra. A norma do art. 844 do CPC, ao atribuir força de presunção absoluta à averbação do ônus ou constrição da coisa no registro público, exagerou na proteção ao direito do credor, em detrimento do direito do terceiro adquirente<sup>13</sup>.

Não se pode como é natural, para proteger o direito de uma das partes, prejudicar os direitos da outra. No caso do art. 844 do CPC, ao instituir a presunção absoluta da averbação, visou a proteção ao direito

do credor, mas com menosprezo ao direito do terceiro adquirente de boa-fé<sup>14</sup>, retirando-lhe os direitos de defesa com a produção de prova a ela inerente, visto que é da essência da presunção absoluta não permitir a defesa nem prova em contrário<sup>15</sup>.

Se o ato de compra e venda que se pretende negar eficácia, produziu o efeito de transferir a coisa para um terceiro, este deve ser citado em ação própria, com o devido procedimento legal, contraditório e ampla defesa, com todos os direitos de prova a esta inerente, porque a decisão a ser proferida vai afetar o direito de terceiro, e este deve ter oportunidade de provar que agiu de boa-fé<sup>16</sup>. Afastar o direito à produção de prova é afastar o contraditório, o direito de defesa e o devido procedimento legal, visto que todo fato alegado no processo exige prova e não pode haver presunção absoluta de fato algum<sup>17</sup>.

Quando a Constituição da República (art. 5º, LV)<sup>18</sup> afirma que a todos é assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerente, não poderia a norma infraconstitucional instituir presunção absoluta, porque presunção não é prova, e o que a norma maior garante é a efetiva prova com a utilização de meio útil e não qualquer meio de prova, mas aquela capaz de levar ao conhecimento da verdade<sup>19</sup>.

Mesmo nos casos em que a lei a admite a presunção, esta há de ser relativa, porque está sempre sujeita ao contraditório, à ampla defesa e a prova em sentido contrário (art. 5º LIV e LV, da CF). A presunção não é prova nem representa verdade alguma, é apenas uma possibilidade, mas que não pode eliminar o direito à realização de prova em sentido contrário<sup>20</sup>. A presunção apenas representa a probabilidade, mas longe está de ser a própria prova. A presunção é subjetividade; a prova é realidade. Nem a presunção nem a prova podem ser confundidas com a verdade, mas, entre a presunção e a prova, pode-se dizer que esta se aproxima mais da verdade<sup>21</sup>. Lembrando que a fraude à execução é uma modalidade de crime (art. 179, do CPC), jamais poderá ser declarada por presunção, porque na esfera criminal esta não é admitida, sempre exigindo-se prova, não servindo a presunção.

Em um sistema constitucional como o nosso, que garante em todo processo ou procedimento os direitos ao contraditório e a ampla defesa

com todas as provas e recursos a ela inerente (art. 5º, LV, da CF), não pode haver norma infraconstitucional que institua presunção absoluta, porque esta não admite prova em contrário<sup>22</sup>. Como a presunção absoluta não admite prova em contrário<sup>23</sup>, a sua inserção no art. 844 do CPC fez com que esta norma já nascesse inconstitucional, porque conflita com a norma maior que garante o devido procedimento legal, ampla defesa e prova em qualquer processo ou procedimento (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF). Até mesmo o enunciado do STJ na Súmula 375, que representa um grande avanço em relação à necessidade de se levar em conta a boa-fé do adquirente, ainda se ressentia de imperfeição ao utilizar a disjuntiva “ou” ao se referir ao registro da penhora e a prova da má-fé, quando deveria utilizar-se da conjuntiva “e”<sup>24</sup>.

### 3. Contraditório como direito fundamental

Entre as garantias constitucionais estão as figuras do contraditório, da ampla defesa e do devido procedimento legal (art. 5º LIV e LV, da CF)<sup>25</sup>. Mais do que simples direitos fundamentais, são também garantias protegidas pelo manto da cláusula pétrea (art. 60, § 4º da CF), que não podem ser suprimidas nem mesmo por emenda constitucional. Se não podem ser afastadas ou suprimidas nem mesmo por emenda constitucional, muito menos haveria de ser por legislação infraconstitucional, como é o caso do CPC<sup>26</sup>.

A supressão das garantias dos direitos fundamentais, como direito ao contraditório, à ampla defesa, ao devido procedimento legal, proporcionalidade e à dignidade da pessoa humana, entre outros, atenta não só contra a parte no processo, mas contra a sociedade como um todo, que sempre almeja o respeito ao direito e a ordem jurídica justa<sup>27</sup>. A disputa judicial é legítima, desde que sejam utilizadas armas igualitárias, não podendo privilegiar uma parte em prejuízo da outra, como o faz o art. 844 do CPC. Com razão Camargo Viana (2000), ao dizer que luta só é legítima se travada de acordo com a ordem constitucional e se forem obedecidas as garantias por esta imposta, visto que por mais importante que seja o direito do credor, sempre haverá de sobrepô-lo o direito público<sup>28</sup>.

O instituto do contraditório pode ser visto e conceituado por variadas formas, como a possibilidade de se contrapor às afirmações da parte contrária, bem como contestação, impugnação, oposição etc. Por isso, pode ser empregado como sinônimo de contestação, impugnação, contraposição. Assim é, que a todos os litigantes, seja em processo judicial ou em procedimento administrativo, deve ser assegurada a oportunidade de se manifestar sobre fatos narrados pelo adversário, podendo impugná-los quando com eles discordarem<sup>29</sup>.

Ouvir as partes sobre todas e quaisquer alegações da parte contrária é dever do juiz, que se coloca equidistante delas, por força de seu dever de imparcialidade; sempre que ouvir uma parte, deve ouvir a outra lhes dando as mesmas oportunidades<sup>30</sup>. No princípio do contraditório está contido o direito de defesa, ambos direitos fundamentais que não podem ser suprimidos<sup>31</sup>, que por força de garantia constitucional, ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, porque a oitiva da parte integra o devido processo legal (art. 5º, XXXV, LIV, da CF)<sup>32</sup>.

Por contraditório é de se entender a possibilidade de participação no procedimento por ambas as partes para colaborar na formação de um juízo; por isso, constitui grave violação à Constituição da República e ao princípio do contraditório partir-se de uma ideia preconcebida<sup>33</sup>. O contraditório é um direito fundamental garantido constitucionalmente que não pode ser suprimido por norma infraconstitucional, eis que integrante das demais garantias, tais como o devido procedimento legal, a ampla defesa, o direito à prova, porque sem o contraditório todas estas outras garantias não podem ser garantidas<sup>34</sup>.

A norma do artigo 844 do CPC, ao se referir à presunção absoluta, indica uma ideia preconcebida, que atenta contra os princípios fundamentais básicos do direito processual, afrontando, com isso, o art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF, devendo ser declarada inconstitucional, porque ideias como esta, que desde há muito se encontram ultrapassadas, não mais podem ser abrigada em um sistema jurídico que se pretende democrático. Como já decidiu o STJ, na atual conjuntura, levando-se em conta a evolução do direito, não se pode alimentar, por injustificável, o fetichismo de normas ultrapassadas que se contrapõem à busca da verdade real, causando prejuízo à perfeita prestação jurisdicional<sup>35</sup>.

Alinhado ao princípio do contraditório encontra-se o princípio da igualdade, que é outro princípio fundamental garantido constitucionalmente<sup>36</sup>. É o contraditório que garante o equilíbrio entre as partes, sem o qual resta suprimida igualdade e, com isso, torna o procedimento nulo por violação do direito fundamental da parte<sup>37</sup>. A norma do art. 844 do CPC, ao estabelecer a presunção absoluta de conhecimento pelo terceiro adquirente da coisa onerada, sem se permitir a defesa e produção de prova em sentido contrário, viola a garantia do contraditório<sup>38</sup>.

É o contraditório que garante o equilíbrio entre as partes, sem o qual resta suprimida igualdade e, com isso, torna o procedimento nulo por violação do direito fundamental da parte

O contraditório é uma das mais importantes garantias do processo, pois serve de controle e indicativo para uma boa decisão judicial<sup>39</sup>.

O direito a contrapor aos fatos apresentados pelo adversário (contraditório), com direito a apresentar defesa e produzir prova dentro de devido procedimento legal, faz parte das garantias constitucionais (art. 5º XXXV, LIV e LV, da CF)<sup>40</sup>, não podendo ser suprimidos por norma infraconstitucional sob a vetusta qualificação de presunção absoluta<sup>41</sup>. Não sendo observado o direito de defesa, o contraditório e o devido procedimento legal, não se pode atribuir força alguma<sup>42</sup>, nem mesmo força de coisa julgada quando a matéria foi apenas apreciada e não julgada, menos ainda quando nem apreciação judicial existe, senão mera presunção de existência de um fato ainda não provado<sup>43</sup>.

A presunção não passa de mera suspeita que não pode ser confundida com a prova, porque prova não o é<sup>44</sup>, assim jamais poderá ser considerada como verdade sabida ou absoluta, a impor sujeição com prejuízo a uma das partes em benefício da outra, sem o devido procedimento legal, contraditório e ampla defesa<sup>45</sup>. Não permitindo ao adquirente da coisa onerada o exercício dos direitos ao devido procedimento legal, ao contraditório e à ampla defesa<sup>46-47</sup>, nem permitindo a demonstração de sua boa-fé, o art. 844 do CPC é da mais perceptível inconstitucionalidade<sup>48</sup>.

#### 4. Ampla defesa como direito fundamental

Ninguém pode ser processado nem condenado sem que antes lhe seja dada oportunidade de defesa. Desde os mais primórdios tempos já se reconhecia o direito de defesa aos litigantes, sendo este direito negado apenas em regimes com conotação autoritária. Mas o tempo se encarregou de aperfeiçoar a processualística e hoje o direito de defesa é reconhecido e praticado como direito e garantia fundamental, a ponto de não poder ser afastado nem mesmo por emenda constitucional em razão da cláusula pétrea estabelecida do art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República.

Não se pode negar a nenhuma das partes o direito à ampla defesa com todos os meios de prova a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF)<sup>49</sup>. Toda pessoa tem direito de ver sua pretensão ser apreciada pela via jurisdicional, após o exercício do contraditório, ampla defesa e o devido procedimento legal. Para a parte passiva, a sua pretensão está no direito de defesa com todas as provas a ela inerentes<sup>50</sup>. Tomar por verdade absoluta aquilo que se pensa existir, mas que não passa de mera presunção, é negar o direito de defesa consagrado na Constituição da República, visto que verdade no sentido de certeza absoluta não existe<sup>51</sup>.

A defesa que inicialmente era direito das partes, proporcionando oportunidade para o seu exercício por qualquer das partes, ainda guardava a conotação de direito privado e que ficaria à disposição da parte em utilizá-lo ou não. Com o passar dos tempos e com a publicização do processo, o direito de defesa e à produção de prova passaram a ser direito público, não mais ficando à simples disposição das partes<sup>52</sup>, devendo o juiz primar pela busca da verdade real, não mais podendo ficar subjugado à odiosa presunção absoluta<sup>53</sup>.

Analisando o direito fundamental de defesa na égide da CF/67, com a Emenda Constitucional de 1969, em comentário ao art. 153, § 15, Pontes de Miranda já alertava que não poderia haver condenação sem antes conceder o direito de defesa em qualquer esfera do direito, seja penal, civil ou administrativo<sup>54</sup>. Ainda de forma incisiva, esclarece que excepcionalmente o que se pode fazer é diferir a defesa para momento ulterior em razão da urgência, mas nunca suprimi-la<sup>55</sup>.

A presunção absoluta por se tratar de instituto obsoleto<sup>56</sup> e avesso aos princípios da proporcionalidade<sup>57</sup>, dignidade humana, da igualdade, do contraditório, do direito de defesa e do devido procedimento legal, foi extirpada pela Constituição da República de 1988, não se podendo, nem mesmo, falar em jurisdição quando estes princípios constitucionais não forem observados<sup>58</sup>.

## 5. A prova e a presunção

Não se pode enganar-se pelas figuras da prova e da presunção como se ambas representassem a verdade e a certeza. Nem uma nem a outra têm esse poder. Mas ambas são diferentes e não podem ser confundidas<sup>59</sup>. A prova representa o esforço que se direciona para levantar dados com a finalidade de produzir conhecimento no sentido de se aproximar da verdade. Diz-se apenas aproximar porque a verdade mesma é sempre discutível, porque o que parece verdade para um, pode não parecer para outro. A presunção diferente e contrariamente, não exige esforço algum, basta uma simples suposição e o fato já é tomado como existente, muito embora não exista<sup>60</sup>.

A prova representa ação (trabalho e esforço) em busca da verdade, enquanto a presunção representa inação e desinteresse em relação à verdade, contentando-se com mera suposição de existência de algum fato, ainda que o mesmo não exista<sup>61</sup>. A prova se constitui em direito fundamental e tem garantia constitucional (art. 5º LIV e LV, da CF), porquanto a presunção não encontra guarida no sistema constitucional brasileiro.

### 5.1 Conceito de prova

Prova é todo elemento utilizado para representar a existência ou mesmo a inexistência de algum ato ou fato. A prova é elemento de representação, mas não é o próprio ato ou o fato, que pode existir ou inexistir. A representação, através de meios probatórios, pode demonstrar a existência de algum ato ou a ocorrência de algum fato, mas



sempre relativamente. Não existe prova absoluta nem verdade absoluta. Se a prova não pode ser considerada absoluta, tanto que sempre haverá de se admitir outra prova em sentido contrário, com maior razão a presunção, que é mera suposição, jamais poderá ser considerada absoluta.

Também é preciso compreender que a prova somente pode representar atos ou fatos passados; mesmo assim, não serve como verdade absoluta. Por isso é que já foi consignado que provar é representar o passado<sup>62</sup>. A prova é essencial ao direito de defesa e, por isso, é componente do devido procedimento legal<sup>63</sup>. Nenhuma lei infraconstitucional pode impedir ou dificultar a produção de prova em processo e procedimento algum, pois, caso isso ocorra, esta norma é inconstitucional (art. XXV, LIV e LV, do CPC), por impedir o acesso à justiça, e isto implica violar o devido procedimento legal e o respeito às garantias constitucionais.

A sua finalidade é esclarecer os fatos, para se aproximar o quanto mais possível da verdade<sup>64</sup>, mas não se confunde com a própria verdade. Por ser instrumento que atua em busca da aproximação o quanto mais possível da verdade e da certeza, que é dever do juiz sempre tomar a iniciativa em busca de prova<sup>65</sup>. A prova serve como instrumento em busca da verdade, fornecendo elementos para auxiliar o julgador na formação de sua convicção<sup>66</sup>, mas não é absoluta, é instrumento de grande relevância no auxílio do juiz para julgar, a ponto da sistemática processual permitir ao juiz a livre busca da prova para melhor seu ofício jurisdicional<sup>67</sup>.

A prova existe para esclarecer atos ou fatos, com a finalidade de proporcionar a aproximação da verdade, mas longe está de ser a própria verdade. Pode indicar e se constituir em verossimilhança, mas nunca será verdade nem certeza absoluta<sup>68</sup>, sendo componente insuprimível dos princípios do devido procedimento legal, do contraditório e da ampla defesa<sup>69</sup>. Quando se fala em processo, implicitamente está a necessidade de prova, porque tudo em processo exige prova, para que se possa emitir um juízo de valor, visto que o juiz não pode julgar por presunção<sup>70</sup>. Sem prova não pode haver julgamento de mérito (art. 370 do CPC) e, por via de consequência, não haverá coisa julgada material<sup>71</sup>.

## 5.2 A prova como direito fundamental

O direito à indicação e à produção de prova, hoje considerado direito fundamental à prova<sup>72</sup>, não pode ser afastado por norma infraconstitucional, como acontece com a regra constante do art. 844 do CPC, que ao dispor sobre presunção absoluta que afasta a possibilidade de produção de prova, contrariando assim o direito constitucional à ampla defesa com as provas a ela inerentes<sup>73</sup>. Nenhuma lei infraconstitucional poderá dispensar a produção de prova, mormente quando se tratar de direito indisponível, sob pena de nulidade do processo<sup>74</sup>.

A prova é elemento básico sem o qual o juiz não pode julgar o mérito (art. 370 do CPC) e não se pode falar em julgamento de mérito nem se pode chegar a um julgamento justo<sup>75</sup>. A prova é necessária para o efetivo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), para o devido procedimento legal (art. 5º, LIV, da CF) e para o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF)<sup>76</sup>. Não se pode substituir a prova por mera presunção, porque esta não é prova, servindo tão somente para provocar a inversão do ônus da prova: mas prova não o é. Mesmo a vetusta presunção absoluta que existia no passado e que não permitia prova em contrário, apenas impedia a produção de prova, mas nunca foi considerada prova<sup>77</sup>. Exatamente por impedir a produção de prova e não poder substituir a própria prova, foi extirpada do sistema jurídico processual, porque em todo processo haverá de haver prova (art. 5º, LV, da CF).

Não se conhece o verdadeiro direito e não se faz verdadeira justiça sem uma perfeita interpretação das provas sobre o fato<sup>78</sup>. Assim é que, para a busca da verdade real<sup>79</sup>, o direito moderno exige do juiz postura ativa, para agir de ofício na busca de prova, visando a ordem jurídica justa<sup>80</sup>. Também o artigo o art. 9º do CPC diz que não será proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. De nada adiantaria a norma mandar ouvir as partes se elas não pudessem produzir prova para confirmar as suas alegações.

Quando se diz que uma ação ou pedido foi julgado improcedente por falta de prova, não se pode tomar essa palavra “improcedente”, como equivalente ao real julgamento de mérito, porque o mérito em verdade não foi julgado<sup>81</sup>. Somente se julga o mérito diante da análise

da prova (art. 370 do CPC) e, sem esta, o que pode haver é um falso julgamento de mérito, mas não de mérito propriamente dito<sup>82</sup>.

Se o juiz não encontra nos autos prova suficiente para afirmar a existência do direito afirmado pelo autor, também não pode dizer que o autor não tem direito. A agir assim está presumindo a inexistência do direito e o julgamento não pode ser feito sobre mera presunção. Não encontrando prova suficiente para julgar o pedido, deve extinguir o processo sem o julgamento de mérito (art. 485, III, do CPC) e não se arriscar a embrenhar-se por um falso julgamento de mérito, no qual se afirma a procedência ou a improcedência sem a existência de prova suficiente. A dispensa de prova somente pode acontecer em casos específicos em que a prova seria irrelevante<sup>83</sup>.

Não havendo prova produzida pela parte, deve o juiz se utilizar da faculdade de determinar a realização da prova de ofício<sup>84</sup>, pois esta determinação está contida em seu poder instrutório<sup>85</sup>, mormente quando a questão envolve direito indisponível ou questão de ordem pública, como é o caso de que envolve a discussão sobre a existência ou não de fraude à execução em que o juiz tem o dever de se utilizar do seu poder instrutório para determinar a produção de prova<sup>86</sup>. O art. 370 do CPC determina que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento de mérito. Este é o reconhecimento de que o juiz não pode julgar sem prova, na mais clara demonstração de que a prova é elemento necessário para qualquer julgamento, não bastando mera presunção.

## 6. Proteção legal e constitucional da boa-fé

O nosso Código Civil de 2002 afirma que sempre se presume a boa-fé (art. 164 do CC) e em tantas outras passagens, como o fez nos artigos 242, 686, 765, 856, par. único, 879, 1.201, 1.202, 1.214, 1.217, 1.219, 1.242, 1.257, 1.258, 1.259, 1.260, 1.261, 1.268, 1.270 e 1.561, protege a boa-fé de forma expressa e direta. Em outras passagens, preferiu a ela se referir de forma indireta (por exclusão da má-fé), como o fez nos artigos 766, 814 e 1.203, entre outros. Estes últimos dispositivos, quando

interpretados *a contrario sensu*, chegar-se-á à conclusão de que o legislador teve em conta a proteção da boa-fé.

Na legislação alienígena, também se encontram exemplos de amparo à boa-fé dos participantes do negócio jurídico. Exemplo disto encontra-se no Código Civil de Portugal, no artigo 291º/1, que determina a declaração de nulidade do negócio, desde que não prejudique os direitos adquiridos pelo terceiro de boa-fé. Ainda é este mesmo artigo que afirma que é considerado de boa-fé o terceiro adquirente que no momento da aquisição desconhecia, sem culpa, o vício do negócio. Como anota Cordeiro (1984, I, p. 487), as normas visam punir a má-fé, o que, a contrário senso, estará protegendo e amparando a boa-fé.

Já a nossa Constituição, em ideal humanitário bem mais avançado, adotou em seu sistema vários princípios, alguns expressos e outros implícitos. Entre estes últimos encontra-se a boa-fé. É impossível destacar o princípio da boa-fé, para separá-lo do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

A boa-fé está tão intimamente ligada ao princípio da dignidade humana, que nenhuma pessoa poderá ser considerada culpada senão depois de devida e regularmente condenada (art. 5º, LVII, da CF) e aos presos (em verdade a todas as pessoas) é assegurado o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF). Ainda, o mesmo artigo 5º, V, da CF, garante o direito à indenização por dano moral, sempre que a dignidade moral for atingida, e uma das formas de atingi-la é atentar contra a dignidade humana.

O princípio do respeito à dignidade humana, bem como o da boa-fé, ultrapassam os tempos e as fronteiras, sendo ele reconhecido e acolhido nas mais variadas legislações<sup>87</sup>.

Isso resulta em uma relação importante com o estudo da fraude de execução, pois aquele que presumidamente age de boa-fé somente poderá ser acimado de agir de má-fé e de praticar fraude à execução (crime tipificado no art. 179 do CP) depois de processado através de ação própria<sup>88</sup>, provado e julgado, com todas as garantias constitucionais como a do devido procedimento legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CF). Engana-se quem pensa em sentido contrário<sup>89</sup>.

Sem o devido procedimento legal e sem prova, pode tipificar o crime de calúnia ou denúncia caluniosa a afirmação de que o devedor (alienante) e o adquirente agiram em conluio para a prática do crime de fraude à execução (art. 179 do Código Penal), e ainda pode ferir a dignidade e ensejar indenização por danos morais. Ninguém poderá ser considerado fraudador da execução antes mesmo de que isto esteja devidamente apurado, comprovado e julgado. Sabendo-se que a fraude à execução é crime (art. 179 do CP), somente poderá ser tipificada diante de prova segura, tendo em vista que em matéria criminal não se admite presunção<sup>90</sup>. Acima de qualquer pretensão patrimonial deve estar o respeito à dignidade humana do alienante (demandado) e do terceiro adquirente. A boa-fé que é a regra (art. 164 do Código Civil) recebe a presunção legal de sua existência e somente depois da prova de má-fé é que aquela será afastada. Antes da prova cabal da má-fé, prevalece a presunção da boa-fé.

Essa presunção de boa-fé está presente em todo ato ou negócio jurídico e somente será destruída diante de prova segura da existência de má-fé, o que demonstra a grande importância do tema no caso da fraude de execução, pois tanto o alienante, bem como o adquirente, estão amparados por esta presunção de boa-fé e, somente depois que esta for regularmente destruída é que se pode declarar a existência de fraude à execução.

Nada obstante, a boa-fé ser tratada na maioria das vezes sob o seu aspecto objetivo, merece atenção especial o seu aspecto subjetivo. Com razão, expressou Barros (1996): “Em que pese a importância da dimensão objetiva, a perspectiva subjetiva não deixa de ter preeminência. Afinal, os direitos fundamentais estão conectados à realização da dignidade humana dos indivíduos.”<sup>91</sup> Também o princípio constitucional da igualdade deve ser respeitado em todas as relações jurídicas e assim sendo, deve ser observado quando se tratar de alegação de fraude à execução.

Theodoro Junior (1987), após enaltecer a figura do princípio constitucional, reconheceu a existência de muitos destes princípios, apesar de não ser expresso no texto, ao afirmar que tais princípios, embora implícitos, assumem relevante importância no direito constitucional<sup>92</sup>. Neste

passo, com a opinião coincidente de Romano (1977), para quem “mesmo os países de constituição rígida ou escrita não conseguem exaurir toda a matéria de direito fundamental do Estado, segundo o qual, por sua própria natureza, não se presta para ser declarado em fórmulas rígidas, e em grande parte permanece não escrito”<sup>93</sup>.

Pode-se dizer que, mesmo não havendo a nossa carta magna se utilizado da expressão “boa-fé”, ela está presente em toda relação humana. Ao se referir expressamente à dignidade da pessoa humana, estava por certo, ainda que implicitamente, atribuindo valor fundamental à boa-fé. A boa-fé é hoje reconhecida como princípio fundamental em qualquer sistema jurídico e está próxima e estreitamente relacionada ao valor maior que é a dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana e a boa-fé são figuras preservadas pela nossa sistemática constitucional, incluídas entre os direitos fundamentais, que recebem as garantias constitucionais. Em face das garantias e dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, em relação às figuras da boa-fé e da dignidade da pessoa humana, não se pode instituir presunção absoluta, porque esta é incompatível com as garantias constitucionais: do devido procedimento legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF), com maior razão quando se está diante de uma figura tipificada como crime (art. 179 do CP), sendo que em matéria criminal não se admite presunção, exigindo-se sempre prova segura para eventual condenação e, ainda, porque a decisão penal repercute na esfera civil (art. 91, I, do CP e 63 do CPP).

## **7. Boa-fé e dignidade humana como valores superiores**

Como foi visto acima, existe estreita relação entre o princípio da boa-fé e a dignidade humana. A boa-fé é sempre presumida<sup>94</sup>, não dependendo de decisão neste sentido. A má-fé é que sempre deve ser provada. Assim, considerar-se como de má-fé (ausência de boa-fé) o comportamento de alguém, antes deste vício ser devidamente comprovado, fere a dignidade humana. Toda pessoa digna age de boa-fé (art. 164 do

CC), e ao se afirmar que alguém está agindo ou tenha agido de má-fé, atinge a sua dignidade, valor maior amparado constitucionalmente<sup>95</sup>.

Os princípios devem ter prioridade na interpretação frente às leis. Entretanto, os valores fundamentais devem ter prioridade na interpretação frente aos princípios. A dignidade humana, como valor fundamental deve receber tratamento prioritário sempre que estiver frente às leis ou aos princípios. Ao distinguir a força dos valores em comparação aos princípios e afirmando a superioridade dos valores, que devem estar acima dos princípios, Revorio (1997), assim expressou: “Outro critério diferenciador entre valores y princípio seria el de la superioridade de aquellos sobre éstos.”<sup>96</sup>

A não exaustividade dos princípios e dos valores fundamentais ou superiores nos textos normativos é de reconhecimento quase unânime e de forma generalizada, diante da notória impossibilidade do constituinte ou legislador inserir todos os princípios e todos os valores de forma expressa em seus textos (art. 5º, § 2º, da CF). Referindo-se à Constituição espanhola, Revorio (1997), disse que apesar de que ela só qualifica como valores superiores os conceitos previstos em seu artigo primeiro, é possível apurar-se em outros preceitos da norma fundamental que podem conter valores superiores<sup>97</sup>.

É interessante anotar que não é fácil encontrar um conceito fechado de valor, em razão da sua implicação nos mais variados setores da vida humana. Assim é que Hessen (1980), ao cuidar da filosofia dos valores, deixou expresso: “O conceito de *valor* não pode rigorosamente definir-se. Pertence ao número daqueles conceitos supremos, como os de ser, existir, existência, vida etc. que não admitem definição.”<sup>98</sup>

Como já advertiu Revorio (1997), que tendo seu reconhecimento na ordem constitucional, a doutrina e a jurisprudência apoiam a consideração da dignidade da pessoa humana como valor superior ou fundamental<sup>99</sup>.

A dignidade da pessoa humana tem sido considerada como valor superior, fundamental e constitucional, de tão grande relevância no mundo moderno, que tanto a doutrina, bem como a jurisprudência estrangeira, assim como as mais avançadas legislações alienígenas, têm dado a ela a maior importância, colocando-a como direito fundamental.<sup>100</sup>

Em verdade, essa ideia não é tão nova, como poderia parecer à primeira vista, a Declaração Universal de Direitos Humanos já proclamava como valor superior, a dignidade e o valor da pessoa humana, afirmando em seu artigo I que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade<sup>101</sup>. Amoroso Lima (1974), analisando esta declaração assim expressou: “Este artigo, aliás, todos os seguintes, é um derivado lógico do postulado fundamental do primeiro, que parte da *condição humana* como base de toda a estrutura jurídica e política do convívio social, fundado em duas colunas: a personalidade e a comunidade.”<sup>102</sup>

### A Constituição Federal não limitou o rol dos direitos fundamentais, apresentando apenas uma exemplificação

A lei fundamental de Bonn, em seu artigo primeiro, assinala que a dignidade do homem é intangível, e parte da doutrina e da jurisprudência tem destacado seu caráter de princípio supremo da Constituição, ou valor jurídico supremo dentro da ordem constitucional. Enfim, há reconhecimento tanto da doutrina como das ordenações estrangeiras sobre o caráter de valor superior de dignidade humana<sup>103</sup>. Hoje mais do que nunca, a dignidade da pessoa humana é reconhecida contando com garantia a nível constitucional, ainda que implicitamente (arts. 3º e 5º, X, da CF). Por sua vez, reconhecendo a relevância do direito à dignidade da pessoa humana, Lippert anotou: “Deixaram os direitos fundamentais de ter uma incidência apenas nacional, tornando, ao menos parcialmente, normas internacionais, extraterritoriais. Os direitos fundamentais podem ter conseqüentemente, uma fonte supranacional”<sup>104</sup> e conclui que a dignidade da pessoa humana é inviolável, e a sua violação é violação aos direitos fundamentais<sup>105</sup>.

A Constituição Federal não limitou o rol dos direitos fundamentais, apresentando apenas uma exemplificação. O não taxatividade destes direitos e valores fundamentais, além de expressos no parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal, é ainda conseqüência lógica da interpretação que tais valores e direito merecem, em razão de suas colocações no ápice piramidal de qualquer sistema jurídico.



## 8. Fraude à execução e boa-fé do adquirente

Apesar da averbação do arresto, penhora, hipoteca e outros atos constritivos como determinam os artigos 792, II e III, 828, § 4º, e 844 do CPC, mesmo assim nem sempre haverá a fraude à execução, por inúmeras razões de fato e de direito que podem obstar a sua ocorrência no caso concreto. Daí não se poder tomar estas normas como verdade absoluta ou de presunção absoluta, exigindo-se que antes seja analisada a questão da boa-fé.

A boa-fé sempre esteve presente nos meios sociais e, por isso, sempre foi presumida. A boa-fé se presume; a má-fé exige prova<sup>106</sup>. Como a boa-fé é sempre presumida, cabe ao credor provar a má-fé do executado e do terceiro adquirente, para que o negócio jurídico seja considerado em fraude à execução. Por isso, já foi decidido que, inexistindo averbação da oneração da coisa no registro, o ônus da prova cabe ao credor<sup>107</sup>. Mas isto não autoriza concluir que, em havendo a averbação, só por isso, implica fraude à execução. Em havendo a averbação, apenas se inverte o ônus da prova, passa para o adquirente o dever de provar que não sabia da existência do ônus ou que a averbação, por qualquer motivo, é inválida ou indevida, não podendo produzir os efeitos pretendidos.

Apesar disto, no passado era corrente a ideia de que somente no caso de fraude contra credor é que se haveria de averiguar a existência da boa-fé. Afirmavam os autores do passado de que a boa-fé e a má-fé eram irrelevantes para o caso de fraude à execução. O engano era evidente, como foi anotado alhures<sup>108</sup>. Assim é que mais recentemente o Superior Tribunal de Justiça expediu o verbete 375 de sua súmula, acolhendo a tese da necessidade de se respeitar a boa-fé do terceiro adquirente<sup>109</sup>.

Nossa obra, que foi pioneira a sustentar a necessidade da análise da boa-fé e também a necessidade de averbação de qualquer constrição sobre o bem em registro público, como providências necessárias e, que, sem elas não poderia haver declaração de fraude, ganhou força com o verbete 375 da Súmula do STJ. Mas não basta só a averbação no registro, é necessária também a demonstração da insolvência do devedor na

forma exigida no art. 792, IV, do CPC, pois sem esta não haverá fraude à execução. As averbações previstas nos incisos II e III não são requisitos isolados, devem ser conjugados com o inciso IV do mesmo artigo<sup>110</sup>.

O terceiro de boa-fé tem o direito de defesa, e contra si não pode ser alegada a existência de fraude, para atingir o negócio do qual participou de boa-fé. Assim se tem decidido<sup>111</sup>. A tese por nós apresentada atualmente já é aceita e se apresenta com maior frequência tanto na doutrina, bem como no âmbito da jurisprudência<sup>112</sup>. Graças à evolução do direito, a nossa tese frutificou na nova sistemática processual, antes pela Súmula 375 do STJ e hoje pela positivação no CPC/2015, art. 792, I, II e III, que exigem para a ocorrência de fraude à execução, que antes se analise a boa-fé do adquirente, bem como se a ação ou a constrição foi antes averbada em registro público. Nesse aspecto houve um avanço com a nova sistemática. Avanço este que merece aplauso, mas ainda precisa de aperfeiçoamento para a inclusão do requisito *insolvência*, como bem afirma Araken de Assis<sup>113</sup>. Todavia, em outro ponto, parece haver este autor se equivocado ao considerar como válida a previsão do CPC sobre a presunção absoluta e a impossibilidade de prova em contrário<sup>114</sup>.

É necessário notar que as normas dos artigos 828, § 4º, e 844 do CPC tratam da mesma questão, mas, o fazem de forma diferente. Enquanto o artigo 844 para a mesma situação fala em presunção absoluta, o art. 828, § 4º, fala apenas em presunção. Nota-se que o art. 828, § 4º, diferentemente fala apenas em presunção (não absoluta), sendo superior ao art. 844 porque leva ao entendimento de que se trata de presunção apenas relativa, estando, assim, em conformidade com as normas constitucionais do art. 5º, XXV, LIV e LV, da CF, permitindo-se a produção de prova em sentido contrário. Todavia, em relação a este detalhe não se atentou Araken de Assis, para quem a norma do art. 828, § 4º, também contempla presunção absoluta, apesar de não ser esta a previsão da lei<sup>115</sup>. Esta norma faz referência à presunção, mas nada fala sobre ser absoluta, o que leva a crer que legislador quis se referir à presunção simples ou relativa.

Outro aspecto que merece análise, e que bem pensado afasta a contação de presunção absoluta de fraude à execução prevista no art.

844 do CPC, é a questão de legitimidade para alegá-la. Tudo que é absoluto, tal como a nulidade absoluta e a incompetência absoluta, pode ser alegados por qualquer pessoa, no entanto a fraude à execução não pode ser alegada por qualquer pessoa, restringindo somente a quem teve seu direito prejudicado<sup>116</sup>. Por outro lado, quando se trata de nulidade absoluta ou presunção absoluta, o juiz pode agir de ofício, e, no caso dos artigos 844 e 828, § 4º, do CPC, exige-se a provocação do interessado, o que indica tratar-se de presunção relativa<sup>117</sup>.

## 9. Natureza do ato de averbação

Indubitavelmente o ato de averbação em registro tem natureza administrativa e extrajudicial. Como ato administrativo que é, estará sempre sujeito a revisão e correção pelo Judiciário, tanto em via administrativa (correcional) ou através da via jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF). Por isso, jamais um ato administrativo poderá ser considerado como presunção absoluta de prova, pois estará sempre sujeito ao seu desfazimento. Até mesmo quando a averbação é determinada em via jurisdicional, ela poderá ser desfeita<sup>118</sup>. Isto se dá porque o ato administrativo, ainda que praticado pelo Poder Judiciário, não pode se sobrepor à atividade jurisdicional. A atividade jurisdicional sempre haverá de prevalecer sobre a administrativa (art. 5º, XXXV, LIV e LIV, da CF)<sup>119</sup>.

Não se pode admitir que, em nome da segurança jurídica ou a rápida efetividade do direito, a atividade administrativa como a averbação em registro possa se sobrepor à atividade jurisdicional. A própria atividade jurisdicional está sujeita a revisão, tal como ação rescisória, ação anulatória, recursos, reclamação etc., permitindo prova em contrário, o devido procedimento legal e o contraditório, como não haverá de se admitir prova em contrário em um simples ato administrativo extrajudicial (averbação), realizado sem contraditório, sem defesa e sem o devido procedimento legal (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF)?

O ato administrativo de registro e averbação está suscetível a erros que possam viciá-los e nulificá-los, tanto quanto a qualquer outro ato jurídico em geral. Pode até mesmo constituir crime a sua realização

quando contrariar a sistemática jurídica ou alguma norma legal. Por isso, não se pode endeusar o ato de averbação, dando a ele o caráter de presunção absoluta, porque o mesmo pode estar eivado de vício que pode gerar nulidade e, dependendo deste vício, pode até mesmo tipificar crime na esfera penal<sup>120</sup>.

Todos e quaisquer atos administrativos sempre estarão sujeitos a ser contestados na esfera jurisdicional. A lei não pode excluir da apreciação jurisdicional qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF). Desta forma, até mesmo os atos administrativos emanados do Poder

Todos e  
quaisquer atos  
administrativos  
sempre estarão  
sujeitos a ser  
contestados  
na esfera  
jurisdicional

Judiciário podem ser contestados e modificados na via jurisdicional. Ora, se assim é até mesmo com o ato administrativo emanado do Judiciário, o que dizer então de atos extrajudiciais realizados pelos notários ou registradores extrajudicialmente.

Em nosso sistema jurídico nada pode ter força de verdade absoluta, visto que até mesmo as decisões de mérito proferidas pelo Judiciário não ostentam presunção absoluta, pois podem ser modificadas pelas vias de recurso (art. 994 do CPC), de reclamação (art. 103-A, § 3º, da CF), de ação rescisória (art. 966 do CPC), de ação anulatória (art. 966, § 4º, do CPC) ou perdem a eficácia executiva como as decisões inconstitucionais (art. 525, § 12, do CPC), aquelas atingidas pela prescrição<sup>121</sup>. Se as decisões de méritos proferidas em via jurisdicional não ostentam presunção absoluta, não se pode querer que um simples ato administrativo de averbação, que nem decisão é, possa ter esta força, coisa que nem a decisão de mérito do Judiciário em atividade jurisdicional tem. Isto demonstra a aberração e a inconstitucionalidade da norma do art. 844 do CPC.

Além do mais, pode haver averbação de ação de cobrança, mas a dívida já estar paga ou ter sido atingida pela prescrição. Pode ainda, por engano o cartório expedir certidão negativa, omitindo a existência da averbação, o que leva a terceiro a acreditar no registro e efetuar a compra de boa-fé<sup>122</sup>. Em caso como este deve ser protegido o direito do terceiro que tenha adquirido a coisa de boa-fé<sup>123</sup>.

## 10. Inconstitucionalidade do art. 844 do CPC/15

Afastando-se dos avanços dos últimos tempos, em que o direito de defesa tem sido considerado o principal direito fundamental, sendo incluído em várias constituições entre as garantias e os direitos fundamentais, o legislador processual pátrio seguiu rumo oposto, tomando a contramão de direção, quando na redação do art. 844 do CPC, procurou ressuscitar a velha e obsoleta “presunção absoluta”, não mais aceita nos dias atuais nem nos sistemas jurídicos dos países que dizem democráticos. Com efeito, diz o art. 844 do CPC:

Art. 844. Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto e da penhora no registro competente, mediante a apresentação de cópia do auto ou termo, independentemente de mandado judicial.

Essa norma procurou ressuscitar a velha, antiga e ultrapassada figura da presunção absoluta, aquela que por ser assim considerada, ao seu tempo, não se admitia prova nem defesa em sentido contrário, verdadeiro entulho autoritário que a Constituição Federal de 1988, tratou de excluir do nosso sistema processual constitucional<sup>124</sup>. A Constituição da República de 1988, reconhecida por ser constituição avançada, democrática e humanista, fazendo jus a esse reconhecimento, aboliu do meio jurídico a figura deplorável da presunção absoluta, também conhecida como presunção *jure et de jure*.

Toda presunção já é, em princípio, algo que se deva evitar. Por isso, por exceção, somente se pode admitir a presunção relativa, em razão de que, nesta espécie, fica aberta ao interessado a possibilidade de produzir prova em sentido contrário para desfazê-la, o que a deplorável presunção absoluta não admite.

A chamada presunção absoluta de outrora<sup>125</sup> não permitia prova em sentido contrário e, por isso, foi retirada dos meios jurídicos pela Constituição Federal de 1988, que permite prova em todo e qualquer processo ou procedimento e, em todos os casos, sem exceção (art. 5º, LV, da CF). Hoje, o direito de defesa e o direito à produção de pro-

va são garantias constitucionais que não podem mais ser afastadas pela legislação ordinária nem mesmo por outra norma especial que seja infraconstitucional (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF). Em face a estes direitos constitucionais, a boa-fé deve se sobrepor a qualquer presunção<sup>126</sup>.

### 10.1 Impossibilidade de presunção absoluta

Na atual sistemática constitucional não mais se admite a figura da presunção absoluta, por que esta não admite prova em sentido contrário, e, posição inversa, a nossa Constituição Federal não admite a supressão da apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF), do devido procedimento legal (LIV), do contraditório e da ampla defesa (LV), e ainda protege a boa-fé e a dignidade da pessoa humana; por estas razões, o art. 844 do CPC/2015, que é norma infraconstitucional, não poderia instituir a presunção absoluta em contrariedade à sistemática adotada pela CF/1988, porque esta não admite processo ou procedimento sem contraditório e sem ampla defesa<sup>127</sup>.

Tendo em vista a exigência constitucional de que todo processo e procedimento deve seguir o devido procedimento legal com o contraditório e a ampla defesa, não se poderia voltar-se à obsoleta presunção absoluta. O próprio legislador processual, percebendo que não era mais época de se falar em presunção absoluta (art. 844 do CPC), que não permite defesa nem o contraditório, contrariamente a este posicionamento, no artigo 828, § 4º, somente fala em *presunção*, sem se utilizar da expressão *absoluta*. Também em outra passagem (art. 792, § 4º), determina que antes de se decidir sobre fraude à execução, deve o juiz mandar intimar o terceiro adquirente para se defender<sup>128</sup>, indicativo forte de que a fraude referida (art. 844, do CPC), não pode ser absoluta, senão apenas relativa, porque somente em relação a esta é cabível contraditório e defesa, com a produção de prova em sentido contrário.

A incoerência do legislador nestes pontos é perceptível, enquanto que pela disposição do art. 844 não pode haver contraditório nem

defesa, pela norma do art. 792, § 4º, deve ser instalado processo com contraditório e a ampla defesa. Não fosse com a finalidade de chamar o terceiro adquirente para se defender, não haveria razão da intimação determinada no art. 792, § 4º, do CPC. Uma vez que se entende necessária a participação do terceiro adquirente com contraditório e a ampla defesa, logo, está reconhecendo que a presunção referida no art. 844 do CPC não pode ser a absoluta se esta não comporta contraditório nem ampla defesa.

Além de não ser mais acolhida no sistema constitucional pátrio, a odiosa presunção absoluta, ainda no campo das relações jurídico-sociais, se apresenta obsoleta e inadequada, por ser incompatível com a realidade dos acontecimentos que ocorrem no dia a dia da comunidade, contrariando a ordem lógica das coisas. Certamente ao inserir a presunção absoluta de conhecimento de terceiro quando a restrição for averbada no registro oficial, o legislador imaginou que a atividade notarial ou registral fosse infalível. Aí está o engano. Esta atividade nunca foi infalível nem será nunca. Erros e equívocos nesta atividade acontecem até com certa frequência. Já houve caso do cartório certificar a inexistência de ônus em nome de alienante, tomando por base uma matrícula já cancelada em virtude de desmembramento e abertas duas novas matrículas e, em uma delas, constava ônus não certificado por engano.

Não fosse esta atividade sujeita a erros, equívocos e, até mesmo, a vícios insanáveis, não haveria razão para a legislação própria e especial reguladora dos trabalhos notariais e registrais prever a possibilidade de anulação ou declaração de nulidade conforma expressa nos artigos 212 a 216 da Lei 6.015/73. No art. 212 a lei admite na averbação ou registro, omissão, imprecisão ou não expressão da verdade. No artigo 213, prevê a retificação da averbação em várias hipóteses em razão de algum erro, o que bem demonstra a impossibilidade de a averbação ser presunção absoluta. Também o art. 214 expressamente fala em invalidade e em nulidades, o que confirma não ser a averbação imune a erros<sup>129</sup>. A nulidade também é mencionada nos arts. 215 e 216 da mesma norma. Tudo isso leva à convicção de que o ato de averbação não pode ser considerado de presunção absoluta<sup>130</sup>, porque nesta não pode haver contestação,

defesa nem prova em sentido contrário. Podendo ser alegada nulidade, pode haver prova (Lei 6.015/73, arts. 212 a 216), assim, afastada está hipótese de presunção absoluta e o manifesto equívoco e a inconstitucionalidade da norma do art. 844 do CPC.

## 10.2 Inconstitucionalidade da presunção absoluta

Acompanhando a tendência moderna do direito, a nossa Constituição Federal de 1988 espancou de vez os resquícios da velha teoria que afirmava pela existência da rancorosa presunção *jure et de jure*. Ao estabelecer em seu artigo 5º, LV, que *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*, estava, de uma vez por todas, sepultada a ideia presunção *jure et de jure*.

Sabidamente a presunção *jure et de jure* é aquela que não permite a mínima chance de defesa, eis que já se parte de uma preconcebida e absolutista ideia de que tal fato ocorreu, sem qualquer possibilidade de prova e sem qualquer defesa em sentido contrário<sup>131</sup>.

Hoje, a Constituição não mais admite tal presunção em face da garantia constitucional do direito de defesa em todo processo e procedimento (art. 5º, LIV e LV, da CF/88) e da sempre e necessária apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer e eventual lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF). Se em todo processo ou procedimento deve haver o direito de defesa, logo não se pode mais se admitir a existência de presunção absoluta, porque esta afasta qualquer oportunidade de defesa e, via de consequência, de prova em contrário.

Quando a Constituição Federal fala em ampla defesa, e com todos os recursos a ela inerentes, está a se referir à possibilidade de prova em todo processo, e, se permite prova em todo processo, não poderá haver presunção absoluta de veracidade sem a oportunidade de prova em sentido contrário<sup>132</sup>. Com isso, a nova sistemática constitucional fez desaparecer aqueles velhos conceitos ultrapassados, como os da “verdade sabida” em direito administrativo e o da presunção *jure et de jure* nos demais ramos do direito. Mesmo não sendo explícito em relação à extinção da presunção *jure et de jure*, Pedrosa (2001) ao falar



em antiguidade e esboroamento no direito de defesa, deixa claro o seu desaparecimento<sup>133</sup>.

Diante da nova normatização constitucional, sempre haverá a possibilidade de ampla defesa com todos os meios a ela inerentes (art. 5º, LIV, da CF), o que implica dizer, a possibilidade de produção de prova. A possibilidade de defesa e, por via de consequência, a possibilidade de produção de prova em contrário, afasta a ideia de presunção absoluta ou *jure et de jure*, exatamente por não permitir prova para desfazê-la, contraria a Constituição da República (art. 5º, XXXV, LIV e LV).

A antiga e ultrapassada *verdade sabida* imperava com tal absolutismo, a ponto de não se permitir ao funcionário discutir nem se defender diante de qualquer ato administrativo tomado pelo chefe ou autoridade administrativa, quando ao ato se atribuisse tal caráter, cujo ranço desapareceu com o tempo, servindo de exemplo para que a conhecida e ultrapassada presunção *jure et de jure* siga o mesmo rumo<sup>134</sup>.

O constituinte contemporâneo buscando aperfeiçoar o direito de defesa e o devido procedimento legal abriu novos caminhos com a norma instituída no artigo 5º, XXXV, LIV e LV, da CF, afastando a possibilidade de coexistência da presunção absoluta com o direito moderno<sup>135</sup>. De outro lado, não se pode perder de vistas que a norma do artigo 844 ao lado do art. 828, § 4º, do CPC, refere-se ao caso de fraude de execução, instituto que tem ligação direta com o direito de propriedade que, também é direito fundamental que conta com a ampla garantia constitucional<sup>136</sup>.

Quando a Constituição da República garante o direito de defesa em todo processo e procedimento, afastada está qualquer figura que obste ou dificulte esta garantia. Como a presunção absoluta não permite prova nem defesa contra ela, logo, desapareceu do contexto, por contrariar a Constituição Federal, que não permite qualquer restrição nos direitos por ela estabelecidos. Nenhuma norma infraconstitucional poderá impor requisitos no sentido de restringir direitos garantidos na norma maior<sup>137</sup>.

No mundo moderno, somente se admite a presunção relativa, ou seja, aquela em que se admite a prova em sentido contrário. Presunção absoluta ou qualquer outra medida que não permitem prova em con-

trário é coisa do passado, é reminiscência histórica, expurgada do mundo jurídico pela nossa carta magna em seu art. 5º, XXXV, LIV e LV.

A par do desaparecimento da presunção absoluta em face do novo sistema constitucional, circunstância que abriu a oportunidade de ampla defesa com todos os seus meios e recursos a ela inerentes, ainda resta lembrar que prevalece a presunção relativa de inocência, até prova em contrário.

Em se admitindo a sobrevivência da presunção absoluta, estar-se-á decretando o fim do devido procedimento legal, afastando a possibilidade de defesa, negando a produção de prova em sentido contrário, e o pior, impedindo a participação em contraditório, visto que sem estes direitos fundamentais, o prejuízo da parte é notório, porque de nada serviria a sua participação se a verdade já estivesse prestabelecida por ressunção absoluta na forma *jure et de jure*.

Parece ser muito difícil alguém insistir na constitucionalidade do art. 844 do CPC, diante dos termos do art. 5º, XXXV, LIV e LV da CF. Todavia, ainda que assim ocorra, existe outro lado da questão, que é o conflito entre o art. 844 do CPC e os artigos 212 a 216 da Lei 6.015/73, que é a Lei de Registro Público. Desta forma, através de interpretação sistemática será afastada a aplicação do art. 844 do CPC, por ser incompatível com as normas registrárias dos artigos 212 a 216 da Lei 6.015/73. É princípio básico de interpretação de direito que sempre que houver conflito entre duas leis, deve prevalecer a lei especial sobre a geral. Uma vez que a Lei 6.015/73 é norma especial, ela prevalece sobre a norma do art. 844 do CPC, que é norma geral.

## 11. Presunção relativa da averbação no registro

A atividade notarial está sujeita a erros ou equívocos como qualquer outra atividade realizada pelo ser humano. Em razão da possibilidade de erros e equívocos na atividade cartorária, é que, apesar de contar com fé pública, mesmo assim, seus atos sempre serão considerados dotados de presunção relativa<sup>138</sup>, pois, sempre será possível que se alegue e prove algum vício capaz de alterá-los ou nulificá-los.

O artigo 844 do CPC fala que o credor deve providenciar a averbação da penhora no registro imobiliário para efeito presunção absoluta de conhecimento por parte de terceiro. É uma providência que deve ser tomada por todo credor, para evitar ou coibir possível fraude à execução. Trata-se de expediente com um grau de eficácia muito grande, pois, por certo, evitará casos de fraude à execução. Mas, disso extrair presunção absoluta de conhecimento de terceiro é ir longe demais<sup>139</sup>. A segurança que o registro oficial oferece é de extrema importância para as relações negociais, mas não se pode chegar ao exagero de se considerar a averbação em registro como ato imune a erro e a ponto de lhe atribuir a força de presunção absoluta, como se representasse uma verdade inatacável, situação muito distante da realidade atual<sup>140</sup>.

Como a averbação no registro não pode ser considerada uma verdade absoluta sobre aquilo que está registrado, tendo em vista que está sujeita a erros e equívocos, somente pode ser considerada de presunção relativa, ficando sempre sujeita à prova em sentido contrário<sup>141</sup>. Até mesmo o registro da titularidade da propriedade não passa de presunção apenas relativa, sempre havendo espaço para a prova em sentido contrário<sup>142</sup>.

Não se discute a eficácia da averbação no registro, o que não se pode esquecer é a possibilidade de expedição de certidão negativa por engano ou erro, quando já existe penhora ou outro ônus averbado na matrícula. Tal fato já aconteceu, e não se pode pôr em dúvida de que possa novamente acontecer<sup>143</sup>. Nessa hipótese o terceiro não terá conhecimento da penhora nem a ele se poderá atribuir qualquer negligência.

Anotou Melo (2007: 63): “O sistema registrário brasileiro possui apenas o princípio da legitimação, uma vez efetuada a inscrição, surge um presunção *iuris tantum* de exatidão e veracidade, que opera enquanto não se comprove o contrário”. O mesmo autor, a seguir, de forma enfática reitera: “Como foi exposto, o Registro de Imóveis brasileiro possui presunção relativa de prova da propriedade e está vinculado umbilicalmente ao título que lhe deu causa, não protegendo futuros adquirentes ou credores desconhecidos da nulidade, o mesmo ocorrendo com relação à insolvência dos proprietários anteriores”.

Como foi observado, o sistema registrário nacional somente produz a presunção relativa, não afastando a possibilidade de discussão e prova em sentido contrário (arts. 212 a 216 da Lei 6.015/73)<sup>144</sup>. Com melhor redação se apresenta o parágrafo terceiro do artigo 828, § 4º, do CPC, ao dizer: “Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuados após a averbação”. Diz tão somente que se presume em fraude à execução, mas não fala em presunção absoluta, o que se deve entender como relativa.

A lei de hipotecas da Espanha datada de 8 de fevereiro de 1946 deixa clara a sua preocupação com a relatividade das anotações no registro imobiliário, ao ressaltar o direito do adquirente de imóvel de quem não é proprietário, mas confiando nas informações constantes do registro.

Além da presunção da averbação no registro de imóvel ser apenas relativa, essa presunção ainda favorece aquele que confiou no registro. Anotou Melo<sup>145</sup>: “O princípio da fé registral pode ser conceituado como aquele princípio conforme o qual a lei presume exato o conteúdo dos livros do Registro de Imóveis, ainda que seus assentos não correspondam com a realidade jurídica extra-registral, protegendo os terceiros adquirentes por negócio jurídico com boa-fé que, por haver confiado em referido conteúdo registral.”

A teoria da aquisição *a non domino* surgiu exatamente da relatividade da inscrição imobiliária. Tivesse o registro imobiliário a presunção absoluta, não se poderia nem mesmo falar em aquisição *a non domino*. Essa falibilidade do registro imobiliário fez aparecer a teoria da aquisição *a non domino* com a proteção do terceiro de adquirente de boa-fé que confiou nas anotações registrárias. Fosse o registro imobiliário infalível, não se poderia falar em nulidade, anulação ou retificação do registro ou averbação.

No sistema registral brasileiro é permitida a retificação do assentamento registral até mesmo de ofício pelos próprios registradores, como aconteceu em Presidente Prudente no 2º Ofício de Registro de Imóveis, que, ao perceber a falha, realizou a retificação de ofício na averbação contida na matrícula 59.286<sup>146</sup>. Neste caso houve erro em relação à data da averbação. Imagine-se se alguém tivesse adquirido o imóvel entre

as datas de 10/02 e 11/03, quando haveria de constar a averbação e não constava corretamente, não se poderia presumir fraude alguma porque foi evidente a falha da atividade registral, como foi reconhecida até mesmo de ofício.

A atividade registrária, que envolve a averbação de arresto, de penhora, de hipoteca e de qualquer outra oneração da coisa, está relacionada com o direito de propriedade, que tem garantia constitucional, de não se poder modificar a aquisição por terceiro de boa-fé, seja pela anulação, seja pela declaração de nulidade ou de ineficácia, sem que antes tais questões sejam analisadas e julgadas em ação própria<sup>147</sup>. Jamais se poderá dar valor de presunção absoluta para os atos cartorários ou notariais, porque até mesmo aqueles mais importantes, como os que formalizam o domínio em relação à propriedade imobiliária, sempre estiveram sujeitos à ação declaratória de nulidade, na mais clara demonstração que tais atos não são absolutos<sup>148</sup>.

## Conclusões

Feitas estas colocações é possível extrair as seguintes conclusões.

1. O direito é dinâmico e exige constante atualização visando o avanço para melhor proteger os direitos e a dignidade humana.

2. A atualização do direito deve ser feita com cuidado e cautela, visando sempre adaptar a realidade jurídica à realidade social.

3. Não se pode, apressadamente, buscar soluções artificiais injustas, quando a realidade exige soluções concretas e justas. Para a sociedade moderna o que interessa é a ordem jurídica justa.

4. Querer restabelecer instituto ultrapassado e que desde há muito fora extirpado dos meios jurídicos, como é caso da presunção absoluta (*jure et de jure*), é voltar ao passado e andar na contramão da direção indicada pela sociedade moderna.

5. A Constituição da República não mais aceita a figura da presunção *jure et de jure*, ranço do passado de arbítrio em que não se permitia discussão, defesa nem o devido procedimento (processo) legal, quando se atribuía tal qualidade a determinada situação.

6. Da mesma forma em que o tempo e a evolução do sistema constitucional se encarregaram de extinguir a tragicômica *verdade sabida*, também extinguiram de vez a injusta, rancorosa e obsoleta presunção absoluta, institutos ultrapassados que não têm mais lugar na sociedade democrática moderna.

7. O ato de averbação no registro oficial tem natureza administrativa e, por isso, não pode impedir nem se sobrepor à atividade jurisdicional.

8. A atividade jurisdicional sobrepõe-se à atividade administrativa, encarregando-se de seu controle, sendo que, para o exercício deste, devem observadas as garantias e os princípios constitucionais, tais como o devido procedimento (processo) legal, o contraditório, a ampla defesa, igualdade e dignidade da pessoa humana, entre outros.

9. Sempre que duas normas estiverem em conflito, deve prevalecer a norma especial e, no caso corrente, deve prevalecer as normas registrárias (arts. 212 a 216 da Lei 6.015/73), que são normas específicas, sobre a norma do art. 844 do CPC, que é norma geral.

10. Em prevalecendo, como devem prevalecer, as normas de registro público (arts. 212 a 216 da Lei 6.015/73), que são especiais, sobre o art. 844 do CPC, que é norma geral de processo, fica caracterizada a condição de presunção relativa do registro público.

11. A boa-fé sempre é presumida, mas a má-fé sempre haverá de ser provada. A averbação no registro jamais poderá ter força de presunção absoluta de má-fé do adquirente da coisa litigiosa ou sujeita à execução.

12. Fraude de execução é figura tipificada como crime no art. 179 do Código Penal e, como crime, não pode ser objeto de presunção, porque crime não se presume.

13. O processo crime sobre fraude à execução (art. 179 do Código Penal) é prejudicial em relação à fraude no cível, de forma que a sentença criminal faz coisa julgada no cível (arts. 63 e 65 do Código de Processo Penal), não se podendo falar em fraude à execução sem antes haver sentença que tenha decidido neste sentido.

14. Pelo que foi exposto é possível concluir para afirmar que a norma do art. 844 do CPC/2015 é inconstitucional por restabelecer a figura da *presunção absoluta*, instituto vetusto e obsoleto que não permite o

devido procedimento (processo) legal, direito à prova e nem defesa em sentido contrário, implantando a mais odiosa arbitrariedade e a mais cruel injustiça contra eventual adquirente de coisa litigiosa ou sujeita à execução, que esteja de boa-fé.

## Notas

1. Gelson Amaro de Souza. Advogado (Presidente Prudente/SP). Doutor em Direito Processual Civil (PUC/SP). Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal.
2. “Presunção é a conjectura ou adivinhação em assuntos duvidosos, tirada de argumentos ou indícios que frequentemente acontece”. SURGIK, Aloisio. *Presunção absoluta e relativa*, in Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 388. São Paulo: Saraiva, 1977.
3. “Diríamos, então, que o que caracteriza a presunção no direito é a existência de um fato tido por verdadeiro e, verdadeiro, neste caso, é o provável, i. é, aquilo que geralmente costuma acontecer, segundo nossa experiência”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Presunção (direito privado)*, in Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 371. São Paulo: Saraiva, 1977.
4. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Presunção (direito privado)*, in Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 369. São Paulo: Saraiva, 1977.
5. “O fato presumido é uma consequência verossímil do fato conhecido e o espírito humano aceita como provavelmente verdadeiro o fato que se deseja provar”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Presunção (direito privado)*, in Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 375. São Paulo: Saraiva, 1977.
6. “Na presunção legal relativa é dispensado o ônus da prova àquele que a tem a seu favor. Pode, porém, a parte contrária destruí-la. Caracteriza-se tal tipo de presunção pela reversão do *ônus probandi*”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Presunção (direito privado)*, in Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 380. São Paulo: Saraiva, 1977.
7. “Presunção legal absoluta é a consequência que a lei expressamente deduz de certos atos ou fatos, estabelecendo-a como verdade não admitindo prova em contrário”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Presunção (direito privado)*, in Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 375. São Paulo: Saraiva, 1977.
8. “As presunções absolutas (*juris et de jure*) não aditem prova em contrário”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Presunção (Direito Privado)*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 385.
9. “Diante dessa modalidade de presunção – dita absoluta –, a prova é inútil [...]”. “É que tal relação como dito, é fixada por lei com caráter absoluto. De modo que a decisão que, a partir de um fato incontroverso, discute sobre a existência de uma presunção absoluta, trata obviamente de questão de direito, estando

- longe de poder encontrar obstáculo na impossibilidade de reexame de prova”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário*. Revista Jurídica, v. 330, p. 31-32. Porto Alegre-RS: Notadez, abril, 2005.
10. “[...] como na presunção *juris et de juris* eliminam taxativamente a prova em contrário”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Presunção (Direito Privado)*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 369.
  11. “É exemplo de presunção legal absoluta a norma contida na Lei de Introdução ao Código Civil no art. 3º – ‘Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece’”. NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*, p. 80. Curitiba-PR. Juruá, 1998.
  12. Neste ponto ver com mais aprofundamento nosso: *Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
  13. “Acredito que seja necessário garantir os cuidados essenciais e aplicar projetos sérios de prevenção a toda a população. Mas, ao mesmo tempo acredito que é hora de refletir sobre os excessos de cuidados e os danos que eles podem causar”. BOBBIO, Marco. *Revista Veja* de 03-12-2014, p. 29 (p. “Leitor”).
  14. “[...] um eventual terceiro adquirente jamais poderá alegar boa-fé na aquisição, sendo nesse sentido, sempre configurada a fraude à execução”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – comentado*, p. 1.343. Salvador: Juspodivm, 2016.
  15. “O art. 828, § 4º, instituiu presunção absoluta (*juri et de jure*). Não admite prova em contrário do adquirente. O negócio é ineficaz, comportando o bem penhora e alienação coativa a terceiro. ARAKEN, Assis de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: RT. 2016, p. 392.
  16. “Mandado de segurança. Litisconsórcio passivo necessário. Se o ato impugnado conferiu direito subjetivo em favor de terceiro, este há de ser citado para integrar a lide, como parte passiva, pois a decisão a ser proferida diz diretamente com sua situação jurídica, e assim, não é lícito impedir que participe o terceiro do devido processo legal, omitindo seu chamamento ao juízo, a fim de se defender. Inteligência do artigo 19 da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, com a redação da Lei 6.071, de 03 de julho de 1974, e do artigo 47 do Código de Processo Civil. Precedentes do STF. Conhecimento e provimento parcial do recurso”. STF-RE 91246-BA – 2ª T. rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 3 de novembro de 1981, VU. Citado por SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 116. São Paulo: RT, 2002.
  17. “[...] no processo, tudo depende de prova. Os fatos alegados em juízo não se presumem e deles só se convence o juiz por meio de prova”. BORGES, Marcos Afonso. *Prova judicial*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 62, p. 355. São Paulo: Saraiva, 1977.
  18. “Se assim se procedeu, inquestionável que o direito à prova restou confirmado como direito fundamental assegurado em bases constitucionais, reflexo democrático do devido processo constitucional”. TAVARES, Fernando Horta e



- CUNHA, Mauricio Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. REPRO, v. 195, p. 114.
19. “A prova deve ela ser efetuada, ademais – segundo meios e métodos adequados. Se for proposto meio de prova iníqua ou condenável, claro que terá de ser negado e recusado, por ferir o devido processo legal”.
  20. “Na presunção, a verdade é sempre provável, pois ela se estriba na probabilidade e não na certeza” COVELLO, Sergio Carlos. *Presunção jurídica*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 411. São Paulo: Saraiva, 1977.
  21. “A presunção esta na esfera subjetiva – pensamento – enquanto a prova, no sentido estrito, está na esfera do real, do concreto – daquilo que realmente é”. COVELLO, Sergio Carlos. *Presunção jurídica*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 411. São Paulo: Saraiva, 1977.
  22. “Presunções legais absolutas – *juris et jure* – são os fatos ou atos que a lei estabelece expressamente como verdade, ainda que exista prova em contrário, como a coisa julgada”. BORGES, Marcos Afonso. *Prova judicial in* Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 62, p. 361. São Paulo: Saraiva, 1977.
  23. “Dizem-se presunções absolutas, ou peremptórias, ou *juri et de iure*, as que não admitem prova contrária ao fato presumido”. SURGIK, Aloisio. *Presunção absoluta e relativa*, in Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 389. São Paulo: Saraiva, 1977.
  24. STJ – Súmula 375. “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.
  25. “Implica flagrante transgressão ao devido processo legal, em face da inobservância do salutar princípio do contraditório, tomar de empréstimo no julgamento da lide indenizatória, os depoimentos tomados na fase administrativa-policia no dia do acidente, indeferindo requerimento da parte no sentido da audiência em juízo”. STF-RE. 198016-RJ – 2ª T. Marco Aurélio, j. 01-04-1997, VU. Citado por SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 116. São Paulo: RT, 2002.
  26. “O legislador, a doutrina e o intérprete devem tratar dos direitos fundamentais como princípios e direitos à proteção, verdadeiros mandamentos de otimização, conferindo ao contraditório a maior eficácia possível para proteger legitimamente os anseios dos jurisdicionados em todo e em qualquer tipo de processo, estatal ou não estatal”. MACIEL JUNIOR, João Bosco. *O contraditório no processo estatal e nas relações entre particulares*. Revista de Processo, vol. 254, ano 41, p. 302. São Paulo: RT, abril, 2016.
  27. “Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A Garantia do contraditório*. Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito da UDRGS, v. 4. p. 15. Síntese. 1998.
  28. “A luta é legítima, mas deverá ser travada dentro da ordem constitucional, compelindo-se o Estado a operar dentro dos limites queridos e impostos pela consti-

- tuição, guardada a advertência lançada pelo Supremo Tribunal Federal de que o direito individual, por mais legítimo que seja, não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas CAMARGO VIANA, Rui Geraldo. *Direito à moradia*. Revista de Direito Privado. Vol. 2. p. 16. São Paulo: RT. Abril/junho 2000. Ainda RT. 709/418.
29. “A natureza duelística do processo exige o contradizer do começo ao fim do processo, para evitar-se a unilateralidade do processo que desequilibraria a balança”. MACEDO, Silvio. *Contradizer*. In Enciclopédia de Direito, v. 19, p. 120. São Paulo: Saraiva, 1977.
  30. “Por isso tudo nós vemos, então, que o princípio do contraditório é uma garantia que deve ser encarada e aplicada como garantia real de informação e de participação no processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
  31. “É indispensável abandonarmos o contexto de prova com ato do processo para erigi-los como garantia do direito de defesa e, por isso, um abrigo do devido processo legal”. SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
  32. “Não menos certo, porém, é o fato de que nenhum provimento, sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito, pode desconsiderar, quando da sua fundamentação, os argumentos produzidos pelas partes durante todo o *iter* procedimental, relevando-se em simétrica paridade, sob pena de ser prolatado provimento totalmente desamparado de constitucionalidade”. TAVARES, Fernando Horta e CUNHA, Mauricio Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. REPRO, v. 195, p. 131. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 2011.
  33. Humberto Theodoro Junior ensina que “não se pode, então, pensar em garantia do devido processo legal sem imaginar um contraditório entre os litigantes, que tenha como escopo maior a busca da verdade real, por meio de debate amplo e irrestrita liberdade de alegações e provas. *A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil*, p. 14”. Citado por SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
  34. “A prova e os procedimentos de instrução fazem parte do direito processual. Ocorre que o direito ao processo encontra amparo constitucional, portanto, a partir da noção dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, far-se-á notar que o direito à prova repousa no ordenamento constitucional”. ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova no direito processual Constitucional civil e no direito do consumidor*, 67. Curitiba: Juruá, 2005.
  35. “I – Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. STJ – 4ª T. REsp. 43.467-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.1995. VU. Citação de SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

36. “III – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes”. STJ – 4ª T. REsp. 43.467-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.1995. VU. Citação de SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
37. “Equilíbrio do contraditório, agora sim, traz-nos a ideia de igualdade das partes. Tudo se faz para que haja uma igualdade de oportunidades das partes no processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
38. “É imperioso observar o contraditório, se o deferimento da constrição não for urgente, a fim de impedir alienação ou oneração sucessiva, assinando o prazo para manifestação do executado e do terceiro. A nosso ver, o adquirente ou beneficiário do ato reputado fraudulento há de merecer oportunidade para arrazoar acerca da existência da fraude, afastando a pretendida afetação do bem”. ARAKEN, Assis de. *Manual da execução*, p. 405. São Paulo: RT. 18. ed. 2016.
39. “Para aumentar a certeza, para aumentar, então, a austeridade da Justiça e possibilitar decisões e soluções mais perfeitas e mais adequadas ao direito material, exaltando a ideia da certeza, é que está aí o princípio do contraditório como um dos instrumentos de que se vale o legislador para evitar os riscos de sanções que não estejam de acordo com o direito material”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
40. “[...] no processo, tudo depende de prova. Os fatos alegados em juízo não se presumem e deles só se convence o juiz por meio de prova” BORGES, Marcos Afonso. *Prova judicial in Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 62, p. 355. São Paulo: Saraiva, 1977.
41. “Imperando entre nós interpretação de alcance análogo quanto ao art. 5º, LIV/1988, o adquirente ou o beneficiário do ato reputado fraudulento merecerá a oportunidade de arrazoar acerca da existência da fraude e da pretendida sujeição de seus bens ao processo. Só depois disto poderá determinar a penhora. Na doutrina já existem manifestações em tal sentido, alvitando se a legitimidade do terceiro para oferecer exceção de pré-executividade”. ARAKEN, Assis de. *Manual da execução*, p. 405. São Paulo: RT. 18. ed. 2016.
42. “O contraditório somente será efetivo e a defesa será ampla quando as partes puderem dispor de todos os meios de prova em direito admitidos e adequados para provar as afirmações que em juízo fazem, a partir da demonstração, por meios de prova, dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito declarado”. ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*, p. 71. Curitiba: Juruá, 2005.

43. “Registro civil – Assento de nascimento – Determinação para averbação do nome do pai, reconhecido como tal, incidentalmente, em ação de alimentos proposta contra ele, homem casado, antes da vigência da atual Constituição da República – Inadmissibilidade – Ausência de coisa julgada a respeito do tema – Ofensa aos princípios da ação, do devido processo legal e da ampla defesa – Recurso provido”. AI. 36.945-4, 10ª, CDPriv. Rel. Marcondes Machado, j. 11.03.1997, VU. Citado por SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 123. São Paulo: RT, 2002.
44. “Parece bastante claro que tal presunção não constitui, a rigor, meio de prova”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*. Temas de direito processual, p. 57. São Paulo: Saraiva, 1977. Também: “As presunções legais absolutas nada têm que ver com a prova”. *Idem, idem*, p. 67.
45. Neste sentido já foi decidido. “I – Impossibilidade de suspensão do benefício previdenciário por mera suspeita de fraude, sem observância ao devido processo legal”. STJ – REsp 191268-MS – 4ª T. rel. Min. Bueno de Souza, j. 02.02.1999, VU. Citado por SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 122. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
46. “O art. 828, § 4º, instituiu presunção absoluta (*juri et de jure*). Não admite prova em contrário do adquirente. O negócio é ineficaz, comportando o bem penhora e alienação coativa a terceiro. ARAKEN, Assis de. *Manual da execução*, p. 392. São Paulo: RT. 18. ed. 2016.
47. “[...] um eventual terceiro adquirente jamais poderá alegar boa-fé na aquisição, sendo nesse sentido, sempre configurada a fraude à execução”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – comentado*, p. 1.343. Salvador: Juspodivm, 2016.
48. “Para aumentar a certeza, para aumentar, então, a austeridade da Justiça e possibilitar decisões e soluções mais perfeitas e mais adequadas ao direito material, exaltando a ideia da certeza, é que está aí o princípio do contraditório como um dos instrumentos de que se vale o legislador para evitar os riscos de sanções que não estejam de acordo com o direito material”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
49. “O direito à prova se apresenta como manifestação estruturadora das garantias constitucionais da ação e da defesa”. TAVARES, Fernando Horta e CUNHA, Mauricio Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. REPRO, v. 195, p. 123.
50. “A defesa em rigorosa técnica e em terminologia científica, é o exercício da pretensão à tutela jurídica por parte do acusado”. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*, tomo V, p. 234. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
51. “Certeza não existe. O que existe é a probabilidade. Uma probabilidade boa, a critério do legislador, mas disso não passa. O mais enérgico dos títulos executivos é a sentença condenatória. No entanto, mesmo sendo fundado numa sentença condenatória, a execução comporta embargos e nesses embargos se pode

- alegar que não se é mais devedor, embora o fosse quando a sentença foi dada”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
52. “Não há nada que nos dê uma situação de alerta, de preocupação maior para o interesse das partes, porque o direito confia a cada uma delas a defesa do seu próprio direito. Mas, à medida que caminhamos para o lado das relações de direito público que vêm debatidas no processo, aumenta a participação do juiz, aumenta a sua preocupação, diminui a disponibilidade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
53. “333/60 – Preclusão do direito de promover juntada de documento X busca da verdade real. E isto porque a busca da verdade real é princípio que, no caso em tela, sobrepõe-se ao da preclusão. Dúvida não há de que apego excessivo à formalidade processual atinente aos prazos, *in casu*, geraria considerável prejuízo à formação da convicção judicial, notadamente porque, repita-se, o juízo tem amplo poder instrutório, poder esse que tem base exatamente na busca da verdade real, tudo visando à prolação da decisão mais justa. Não se olvide, ainda, do fato de que a coisa julgada pode ser conhecida e decretada pelo juízo, até mesmo de ofício (art. 267, § 3º do CPC, de aplicação subsidiária)”. TRT-3ª R. proc. 0107000.23.2009.5.03.0103.RO – 10ª. T, rel. ES. Marcio Flávio Salem Vidigal, p. 06.09.2011. JT-HS, v. 333, p. 137, setembro 2011.
54. “A defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial”. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*, tomo V, p. 235. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
55. “Cumpra, porém, observar-se que a respeito do processo civil, lato sensu, de modo nenhum se pode vedar ou omitir a defesa. O que pode ocorrer é que a lei protraia a exercitabilidade da defesa, tal como ocorre nas execuções imediatas, nas medidas cautelares urgentes e noutros processos em que é recomendável não se aguardar a contestação ou outro ato de defesa”. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*, tomo V, p. 236. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
56. “Alguma renitente doutrina ainda comunga de tão retrógradas ideias, vez que preferem deixar de lado a exigência emanada do próprio texto constitucional no sentido de haver, sempre, a participação e a fiscalização incessantes dos destinatários dos provimentos jurisdicionais”. TAVARES, Fernando Horta e CUNHA, Mauricio Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. REPRO, v. 195, p. 133.
57. “A legitimidade do provimento, no combate democrático, passa pela constatação de sua adequabilidade ao ordenamento pátrio, bem como pela sua forma de construção”. TAVARES, Fernando Horta e CUNHA, Mauricio Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. REPRO, v. 195, p. 131.

58. “Aliás, nem mesmo é possível afirmar que se tratará de um provimento jurisdicional, uma vez que não teria sido proferido de forma legitimada”. TAVARES, Fernando Horta e CUNHA, Mauricio Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. REPRO, v. 195, p. 131.
59. “Parece bastante claro que tal presunção não constitui, a rigor, meio de prova”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*. Temas de direito processual, p. 57. São Paulo: Saraiva, 1977.
60. “As presunções legais absolutas nada têm que ver com a prova”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*. Temas de direito processual, p. 67. São Paulo: Saraiva, 1977.
61. *Juris et de jure* “es de aquellas conocidas como *juris et de jure*, esto es, una presunción de derecho por quanto no admite prueba em contrario”. CASTILLO, Gerardo Barbosa e PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. *Bien jurídico y Derechos Fundamentales sobre um concepto de bien jurídico para Colômbia*, p. 104. Iniversidad Externado de Colômbia, 1996. Depois acrescenta: “El Estado Social y Democrático de derecho – artículo 1º de la Constitución – no tolera lãs presunciones *juris et de júrís*. *Idem* p. 105.
62. “Provar é representar fatos passados. Dir-se-ia que podemos representar fatos futuros. Mas, isto só é possível nos caminhos da imaginação”. SANTOS, Gildo. *A prova no processo civil*, p. 1. São Paulo: Saraiva, 1979.
63. “[...] a prova é um instrumento adequado à reconstrução dos fatos no processo, a fim de permitir que, após a discussão e a compreensão dos fatos necessários ao julgamento da causa, o juiz possa formar a sua convicção”. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova no processo civil*, p. 57. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001.
64. “A missão da prova é verificar e esclarecer para à verdade. Por sua essência, um dos fundamentos do direito ao devido processo”. SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 56. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
65. “II – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório”. STJ – 4ª T. REsp. 43.467-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.1995. VU. Citação de SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
66. “Provar é também procurar a verdade sobre o que se discute. É dar ao magistrado elementos para que forme sua convicção”. SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
67. “III – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, o julgador,



- em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes”. STJ – 4ª T. REsp.43.467-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.1995. VU. Citação de SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
68. “Certeza não existe. O que existe é a probabilidade. Uma probabilidade boa, a critério do legislador, mas disso não passa. O mais enérgico dos títulos executivos é a sentença condenatória. No entanto, mesmo sendo fundado numa sentença condenatória, a execução comporta embargos e nesses embargos se pode alegar que não se é mais devedor, embora o fosse quando a sentença foi dada”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
69. “[...] o direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória*, in: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
70. “[...] no processo, tudo depende de prova. Os fatos alegados em juízo não se presumem e deles só se convence o juiz por meio de prova”. BORGES, Marcos Afonso. *Prova judicial in* Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 62, p. 355. São Paulo: Saraiva, 1977.
71. SOUZA, Gelson Amaro de. *A falta de prova e a falsa coisa julgada*. Revista Dialética de Direito Processual, v. 93, p. 36-51. São Paulo: Dialética, dezembro de 2010.
72. “O direito à prova, erigido à condição de direito fundamental no texto constitucional brasileiro, ainda se apresenta como reflexo do referido pensamento liberal (quando muito do Estado social), pois parte da doutrina ainda se encontra atrelada às interpretações equivocadas do passado, não sendo o mencionado direito fundamental à prova reconhecido como forma da legitimação da própria atuação estatal”. TAVARES, Fernando Horta e CUNHA, Mauricio Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. REPRO, v. 195, p. 133.
73. “É possível, pois, afirmar que o direito fundamental à prova deve ser reconhecido e implementado, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, como uma compreensão de que, resultante da lei escrita “são constituídos de princípios lógicos compatíveis dentro dos quais há de se operar o raciocínio do interprete do direito, como esquema de incidência e aplicação da lei”. TAVARES, Fernando Horta e CUNHA, Mauricio Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. REPRO, v. 195, p. 113.
74. “Direito indisponível – Impossibilidade de dispensa da produção de prova – Processo anulado ‘de ofício’, a contar da audiência de instrução, para a produção de prova requerida pela parte. Em causa de direito indisponível, mesmo que as-

- sente o juiz em dispensar a produção da prova por este requerida”. TJSP – Ap. 56.686-4 – Guarulhos – 6ª CD Priv. – rel. Des. Octávio Helene, j. 30.10.1997, vu. Citado por SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 139. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
75. “A permanente construção do ordenamento jurídico tem como finalidade inenunciável a busca da verdade real, para a obtenção do justo, por meio do devido processo legal, porque a Justiça é o bem supremo sobre o qual incabível tergiversar”. SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
76. “[...] o direito à prova é corolário do princípio do contraditório à medida que ‘de nada adianta a participação sem a possibilidade do uso dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova, destarte, é resultado da necessidade de se garantir à parte adequada participação no processo”. ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*, p. 70-71. Curitiba: Juruá, 2005.
77. “A presunção legal absoluta, ou seja, aquela que não permite prova em contrário, não é meio de prova”. PONTES DE MIRANDA. *Prova judiciária no cível e comercial*, p. 357.
78. “O direito fundamental à prova, por sua vez, encontra-se assentado em bases constitucionais principiológicas do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório”. TAVARES, Fernando Horta e CUNHA, Mauricio Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. REPRO, v. 195, p. 112, maio de 2011.
79. “III – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes”. STJ – 4ª T. REsp. 43.467-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.1995. VU. Citação de SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
80. “II – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório”. STJ – 4ª T. REsp.43.467-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.1995. VU. Citação de SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
81. “Embora o juízo tenha julgado improcedente a ação, sequer adentrou ao mérito, importando a decisão em extinção do feito sem julgamento do mérito”. TRT-2ª R. RO. 0257620070610200-5 – 3ª T. Re. Des. Jonas Santana de Brito, DOE/SP 07-05-2010. *Revista Decisório Trabalhista*, v. 193, p. 300, de agosto de 2010.



82. SOUZA, Gelson Amaro de. *Falso julgamento de mérito*. Revista Jurídica, v. 400, Porto Alegre: Notadez-Síntese, fevereiro, 2011.
83. “Quanto à presunção *absoluta*, no rigor da técnica, teria de ser outra a formulação: os fatos legalmente presumidos *juris et de Iuri*, na verdade, não são apenas fatos que dispensam *prova*; são fatos irrelevantes já do ponto-de-vista *material*”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova*. Temas de direito processual, p. 67. São Paulo: Saraiva, 1977.
84. “Diante de tal situação, é possível afirmar que o direito fundamental á Prova se apresenta como item de extremada relevância”, TAVARES, Fernando Horta e CUNHA, Mauricio Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. REPRO, v. 195, p. 116.
85. “333/60 – Preclusão do direito de promover juntada de documento x busca da verdade real. E isto porque a busca da verdade real é princípio que, no caso em tela, sobrepõe-se ao da preclusão. Dúvida não há de que apego excessivo à formalidade processual atinente aos prazos, *in casu*, geraria considerável prejuízo à formação da convicção judicial, notadamente porque, repita-se, o juízo tem amplo poder instrutório, poder esse que tem base exatamente na busca da verdade real, tudo visando à prolação da decisão mais justa. Não se olvide, ainda, do fato de que a coisa julgada pode ser conhecida e decretada pelo juízo, até mesmo de ofício (art. 267, § 3º do CPC, de aplicação subsidiária)”. TRT-3ª R. proc. 0107000-23.2009.5.03.0103. RO – 10ª T. rel. Des. Marcio Flávio Salem Vidigal, publicado em. 06.09.2011. Justiça do Trabalho-HS-Editora, v. 333, p. 137, setembro 2011.
86. “III – Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes”. STJ – 4ª T. REsp. 43.467-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 12.12.1995. VU. Citação de SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
87. “A partir desse novo contexto, infere-se, com certa facilidade, que a *dignidade do homem*, objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, exige possibilidade de abertura para o reconhecimento de novos direitos e traz ínsita a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos”. BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 88-89, Brasília Jurídica, Brasília, 1996.
88. “d) no caso, a exequente deve buscar o reconhecimento da fraude à execução nas vias ordinárias”. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário, v. 63, p. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-dezembro, 2007.
89. “[...] um eventual terceiro adquirente jamais poderá alegar boa-fé na aquisição, sendo nesse sentido, sempre configurada a fraude à execução” NEVES,

- Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – comentado*, p. 1.343. Salvador: Juspodivm, 2016.
90. “Em se tratando de processo penal, apenas indícios possuem algum valor, não se trabalhando com meras presunções. Caso concreto em que, desde a fase de investigações, o réu foi apontado como autor do delito por uma frágil e infundada conclusão, sem um único indício que a autorizasse. Recurso provido”. TJRS – 2ª Câmara Criminal. RS Estrito 70065660110. Rel. Des. Luiz Mello Guimarães, j. 13-08-2015. Bol. AASP 2999, p. 12, de 11 a 17-07-2016.
  91. BARROS, Suzana de Toledo, obra citada, p.130.
  92. THEODORO JUNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*, p. 35, AIDÊ, Rio de Janeiro, 1987.
  93. ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*, p. 117.
  94. “Salienta-se que a interpretação de terceiro de boa-fé para o benefício dos efeitos do § 5º do art. 214 da Lei 6.015/73 deve ser a mesma do direito civil em geral, onde se presume a boa-fé, devendo a má-fé, ou seja, prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento do vício registrário, ser provada pelo interessado em impugnar a usucapião”. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário. V. 63, p.77, São Paulo: RT. julho-dezembro, 2007.
  95. REVORIO, Francisco Javier Díaz. Valores e interpretación constitucional, p. 85, assim expressou: “Tambien el valor dignidad puede relacionarse con el Estado de Derecho, con el Estado social, o com el Estado social y democrático de Derecho.
  96. “Outro critério diferenciador entre valores e princípio seria o da superioridade daqueles sobre estes”, (tradução livre). REVORIO, Francisco Javier Díaz, obra citada, p. 104.
  97. REVORIO, cit. “A pesar de que la Constitución sólo califica como valores superiores a los conceptos del artículo 1.1. es posible plantearse si otros preceptos de la Norma fundamental pueden tambien contener valores superiores”, obra citada, p. 115; Mais adiante conclui: “Sin embargo, respecto a la dignidad de la persona, cremos que existen una serie de importantes argumentos que justifican su consideración como valor superior o, si quiere utilizar otra denominación, valor fundamental, o esencial, pero equiparable en su eficacia y función a los del artículo 1.1.” p. 116.
  98. HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*, p. 37.
  99. REVORIO, obra citada, p. 120-121.
  100. “É sabido que os danos morais, outrora identificados apenas como remédio à dor, humilhação e tristeza, adquiriram conotação diversificada, mormente com a entrada em vigor da Constituição da República, que elegeu o *princípio da dignidade da pessoa humana* como valor-fonte e premissa maior de todo o ordenamento, o que abrange, sem sombra de dúvida, as opções legislativas e as decisões judiciais”. Trecho do Acórdão do TJRJ. Ap. 2009.001.65831 -12ª Câmara. J. 27-04-2010, mv. Rel. Des. Lúcia Maria Miguel da Silva Lima. DJRJ 13-08-2010. RT. v. 905, p. 347, março, 2011.

101. “ Art. I – Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.
102. AMOROSO LIMA, Alceu. *Os direitos do homem e o homem sem direitos*, p. 25.
103. REVORIO, obra citada, p.120.
104. LIPPERT, F. A. Gernot. *Tendências e problemas contemporâneos dos direitos fundamentais*. Rev. Fac. Dir. Da UFRGS, vol. 13-14, p. 128.
105. “Se a dignidade humana é inviolável, qualquer violação da mesma, por quem quer que seja, viola os direitos fundamentais. Foram estes direitos declarados por terem sido reconhecidos pelo Estado, na medida de seu desenvolvimento social, político e jurídico. Não constituem, de outro lado, os direitos fundamentais atualmente declarados um *numerus clausus*, conforme consta aliás, explicitamente do parágrafo segundo do art. 5º da Constituição Federal Brasileira”. RIPPERT, obra citada, p. 124.
106. “1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova”. STJ – REsp 956.943-PR (2007/0124251-8). DJe, 01/12/2014.
107. “1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC”. STJ – REsp 956.943-PR (2007/0124251-8). DJe, 01/12/2014.
108. Isto restou anotado pioneiramente em livro de nossa lavra (*Fraude à execução e direito de defesa do adquirente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002), que repercutiu até que pensadores modernos passaram a adotar o entendimento de que também é necessário o aferimento da boa-fé ou má-fé, para só depois julgar-se pela existência da fraude à execução.
109. STJ – Súmula 375. “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.
110. “Por óbvio, há que concorrer o elemento da insolvência, porque sem ele não há fraude; nem por isso, porém, a má-fé do adquirente – admitirá prova em contrário, transformando-se em relativa”. ARAKEN DE ASSIS. *Manual da execução*, p. 392. São Paulo: RT, 18. ed. 2016.
111. “Fraude à execução – Ineficácia da alienação do imóvel nos moldes do art. 593, II, do CPC – Oposição contra terceiro de boa-fé – Inadmissibilidade. A ineficácia, proclamada pelo art. 593, II, do CPC, da alienação de imóvel com fraude à execução não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé”. STJ. EDiv em REsp 144.190-SP. 2ª T. j. 14.09.205 – vu. rel. Min. Ari Pargendler – DJU 1º.02.2006. RT. v. 850, p. 211, de ago./ 2006.  
“Fraude à execução. Art. 593, II, do CPC. Não ocorrência. Terceiro adquirente de boa-fé. Súmula 375 do STJ. Má-fé não comprovada. Insolvência do devedor não caracterizada. Decisão de 1º grau mantida. Precedentes do STJ. Recurso conhecido e não provido.” TJPR. Ag. Instr. 0953216-3, 7ª C. Cív.; rel. juiz conv. Victor

- Martin Batschke. DJPR 05/12/2012, p. 287. RMD CPC, v. 51, p. 157, nov./dez., 2012.
112. 339/30 – “Fraude à execução – Requisitos configuradores – Averbação da penhora ou da existência de demanda em face do alienante para fins de conhecimento de terceiros ou comprovação da má-fé do adquirente. Para a configuração da fraude à execução faz-se necessário que a alienação ou oneração tenha ocorrido ao tempo em que corria demanda em face do alienante, capaz de causar a sua insolvência, e que seja concretizada após a averbação da execução nos registros de imóveis ou de veículos, para fins de presunção de conhecimento por terceiros, ou que tenha ocorrido a má-fé do adquirente. Inteligência dos artigos 593, 615-A, § 3º e 659, § 4º do CPC”. TRT-24ª R. 0000644-45.2011.5.24.0007-Ap – 2º T. rel. Des. Nicanor de Araújo Lima, j. 15.02.2012. JT-HS, v. 339, 112, março, 2012.
113. “Por óbvio, há que concorrer o elemento da insolvência, porque sem ele não há fraude; nem por isso, porém, a má-fé do adquirente – admitirá prova em contrário, transformando-se em relativa”. ARAKEN, Assis de. *Manual da execução*, 18. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 392.
114. “Essa é a interpretação adequada do art. 792, III, c/c art. 844 do NCPC. A averbação da penhora, e a fortiori, de outros atos constritivos (v.g. o arresto), importa presunção absoluta de fraude, ou *juris et de jure*, quer dizer o juiz não admitirá a alegação de boa-fé do adquirente, rejeitando prova em sentido contrário; na sua falta, incumbe ao exequente o ônus de provar o conhecimento da pendência de processo pelo adquirente” ARAKEN, Assis de. *Manual da execução*, 18. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 397.
115. “O art. 828, § 4º, instituiu presunção absoluta (*juri et de jure*). Não admite prova em contrário do adquirente. O negócio é ineficaz, comportando o bem penhora e alienação coativa a terceiro. ARAKEN, Assis de. *Manual da execução*, p. 392. São Paulo: RT. 18. ed. 2016.
116. “[...] o art. 828, § 4º presume a fraude dos negócios jurídicos dispositivos do executado após a averbação. O ato registral surte efeitos erga omnes, mas só o titular da averbação pode invocar a ineficácia do negócio”. ARAKEN DE ASSIS. *Manual da execução*, 18. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 392.
117. “Subordina-se a declaração da fraude à iniciativa do exequente, porque em jogo está seu interesse em realizar o crédito, e, via de regra, o órgão judicial desconhece a solvência ou a insolvência do executado. Nada obstante se encontrar documentalmente a fraude no processo – basta cotejar a data da citação com a data do negócio –, o juiz não pode pronunciá-la *ex officio*. Não cabe ao órgão judiciário interferir na esfera jurídica do terceiro, sem pedido expresso do exequente, gerando situação análoga à que decorria da procedência de ação anulatória do art. 161 do CC”. ARAKEN, Assis de. *Manual da execução*, 18. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 404.
118. Imagine-se uma averbação realizada por determinação judicial em razão de uma decisão de mérito. Por ação rescisória a decisão é desfeita e outra é tomada em seu lugar com solução diferente implicando em anulação ou desfazimento da averbação.

119. “Registro civil – Assento de nascimento – Determinação para averbação do nome do pai, reconhecido como tal, incidentalmente, em ação de alimentos proposta contra ele, homem casado, antes da vigência da atual Constituição da República – Inadmissibilidade – Ausência de coisa julgada a respeito do tema – Ofensa aos princípios da ação, do devido processo legal e da ampla defesa – Recurso provido”. AI. 36.945-4, 10ª, CDPriv. Rel. Marcondes Machado, j. 11.03.1997, VU. Citado por SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 123. São Paulo: RT, 2002.
120. Os atos notariais e de registro público estão sujeitos a falhas e não podem ser considerado como verdade ou prova absoluta. “O jornal Folha de São Paulo” na edição do dia 20 de maio de 2016, na seção “Poder”, p. A-9, da conta de que na Comarca de Salvador-BA, o Ministério Público em novembro de 2014 apresentou denúncia contra três pessoas por assinarem escritura falsa e mais outras pessoas por participação em simulação, tais como advogado, tabelião e escrevente. Diz ainda que o processo criminal foi desmembrado e os serventuários já foram condenados pela fraude em 2013. *Folha de São Paulo*, de 14-05-2016, p. A-9, Seção – “Poder”, assinado pela Editora do empreendedor social Eliane Trindade.
121. “4. Neste caso, transitada em julgado a decisão executada em 13.10.98 (fls. 54) a execução somente foi iniciada em 19-12-2008 (fl. 01) de sorte que inegável a incidência da prescrição intercorrente”. STJ. AgRg nos Embargos à execução em MS n. 4.565-DF. (2009-0048490-0), j. 28-04-2010. DJe 14-05-2010. RDDP, v. 88, p. 204, junho de 2010.
- “1. Em função da autonomia do processo de execução referente ao de conhecimento, a Súmula n. 150/STF estabelece idêntico prazo prescricional da ação de conhecimento para o processo de execução que, no caso dos autos, é de cinco anos”. STJ-AgRg-AI 1.398.386 (2011/0019821-0) 2ª T. rel. Min. Herman Benjamin, DJe, 23-08-2012. RSDCPC, v. 79, p. 212, set/out, 2012.
122. “Quem adquire o domínio ou servidão confiando na exatidão do registro, se torna proprietário ou detentor de direito real, ainda que a pessoa inscrita no registro não seja o proprietário de fato”. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário, v. 63, p. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-dezembro, 2007.
123. “Imaginamos que numa aquisição o Registro de Imóveis não se ateu a um problema de trato sucessivo (continuidade) e procedeu ao registro de escritura de compra e venda na qual o vendedor não figurava na matrícula como proprietário, ultrapassado o prazo de usucapião em nosso direito que varia entre cinco e quinze anos, o terceiro adquirente de boa-fé é mantido na propriedade”. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário. V. 63, p. 77, São Paulo: RT, julho-dezembro, 2007.
124. “O art. 828, § 4º, instituiu presunção absoluta (*juri et de jure*). Não admite prova em contrário do adquirente. O negócio é ineficaz, comportando o bem penhora e alienação coativa a terceiro. ARAKEN, Assis de. *Manual da execução*, p. 392.

- São Paulo: RT. 18. ed. 2016; “[...] um eventual terceiro adquirente jamais poderá alegar boa-fé na aquisição, sendo nesse sentido, sempre configurada a fraude à execução” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – comentado*, p. 1.343. Salvador: Juspodivm, 2016.
125. “As presunções *juris et de jure*, insculpidas no sistema processual antigo, esboravam, por completo, qualquer azo de defesa” PEDROZO, Fernando de Almeida. *Processo penal – o direito de defesa*. 3. ed. p. 23. São Paulo: RT, 2001.
126. “Salienta-se que a interpretação de terceiro de boa-fé para o benefício dos efeitos do § 5º do art. 214 da Lei 6.015/73 deve ser a mesma do direito civil em geral, onde se presume a boa-fé, devendo a má-fé, ou seja, prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento do vício registrário, ser provada pelo interessado em impugnar a usucapião”. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário. V. 63, p.77, São Paulo: RT, julho-dezembro, 2007.
127. “[...] o direito à prova é corolário do princípio do contraditório à medida que ‘de nada adianta a participação sem a possibilidade do uso dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova, destarte, é resultado da necessidade de se garantir à parte adequada participação no processo”. ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*, p. 70-71. Curitiba: Juruá, 2005.
128. “Antes de declarar a fraude à execução o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze dias)”. (art. 792, § 4º, do CPC).
129. Lei de registro público – Lei 6.015/73: “Art. 214. As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta”. “§ 5º. A nulidade não será decretada se atingir terceiro de boa-fé que já tiver preenchido as condições de usucapião do imóvel”.
130. “Portanto, versando a ação sobre *anulação de registro civil contendo a certidão inverdades* deve ela ser desconstituída face às consequências jurídicas irradiadas na esfera dos direitos e interesses econômicos e morais do autor. Verdade real que deve prevalecer acima da formal. Presunção da veracidade, *juris tantum* cede diante de prova inequívoca a justificar a procedência do pedido para retificar os assentos de nascimento do réu. Recursos não providos. Ap. 130.305-4-SP, 7ª CDpriv. Rel. Des. Julio Vidal, j. 09.02.2000, VU. Citado por SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova*, p. 135-136. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
131. “Presunção legal absoluta é a consequência que a lei expressamente deduz de certos atos ou fatos, estabelecendo-a como verdade, não admitindo prova em contrário”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Presunção (Direito Privado)*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 375; “Dizem-se absolutas, ou *iuris et de iure*, as presunções invencíveis, i.e, aquelas que não admitem prova em contrário”. COVELO, Sergio Carlos. *Presunção jurídica*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 417; “Dizem-se presunções absolutas, ou preempatórias ou iuris



- et de iure, as que não admitem prova contrária ao fato presumido”. SURGIK, Aloísio. *Presunção absoluta e relativa (Teoria da prova)*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 389.
132. “Nas presunções legais *juris et de júri*, i, e., irrefragáveis, não se admite prova em contrário. Na verdade, tal presunção não existe como prova, ao contrário, ela dispensa a prova, pois admite como verdadeiros os fatos legalmente presumidos”. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Presunção (direito privado)* in Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60, p. 380. São Paulo: Saraiva, 1977.
133. “As presunções *juris et de jure*, insculpidas no sistema processual antigo, esboravam, por completo, qualquer azo de defesa”. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal – O direito de defesa*. 3. ed. p. 23. São Paulo: RT. 2001.
134. A verdade sabida era tida como conhecimento pessoal e direto de falta funcional, autorizava a autoridade a aplicação da pena sem o devido processo legal. Exemplo disso encontrava-se no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do estado de São Paulo – Lei 10.261, de 28-10-1968. Art. 271. Essa matéria foi tratada na Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 77, p. 89-90.
135. “4. Por um lado, é bem de ver que, muito embora a presunção *iuris et de Iuri* seja inatacável – nenhuma prova em contrário é admitida –, no caso das presunções legais relativas ordinárias se admite prova em contrário”. STJ – REsp. 1.213.614/RJ (2010/0169344-0) 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01-10-2015, DJE 26-102015. Revista Magister de DCPC, v. 69, p. 96, de nov./dez., 2015.
136. “Com efeito, não se pode jamais perder de vista que na qualificação do título se está lidando com um dos direitos mais importantes de nossa sociedade que é o *direito de propriedade*, garantido pela Constituição Federal e que não deve ser mitigado por formalismo desnecessário ou legislação ordinária”. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário, v. 63, p. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-dezembro, 2007.
137. “Preenchidos os requisitos legais e constitucionais, não se pode negar o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana, com base em restrições ou condições impostas por legislação infraconstitucional. Preenchidos os requisitos do artigo 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote)”. STJ – REsp. 1360017.
138. “Trata-se de uma forma interessante de registro, sobretudo por ser robustecida pela fé-pública com que é constituída. Sua eficácia *juris tantum* tem o condão de transferir o ônus da prova à parte adversária” TARTUCE, Fernanda; SILVA, Érica Barbosa. O novo CPC e os atos extrajudiciais cartoriais: críticas, elogios e sugestões. *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*, v. 71, p. 27. Porto Alegre: Magister, março/abril, 2016.
139. “O sistema registrário brasileiro possui apenas o princípio da legitimação, uma vez efetuada a inscrição, surge uma presunção *iuris tantum*, de exatidão e ve-

- racidade, que opera enquanto não se comprove o contrário”. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário, v. 63, p. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-dezembro, 2007.
140. “Não há razão para se transformar a apregoada rigidez formal do sistema registrário em dogma que redundante em negociação do próprio direito real, punindo as deficiências anteriores com soluções inadequadas e exigindo perfeição ainda não atingida”. TJSP. Ap. Civ. 29.175-0/0-SP. DOE 13.06.1996, in Revista de Direito Imobiliário, v. 63, p. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/dezembro, 2007.
141. “O sistema registrário brasileiro possui apenas o princípio da legitimação, uma vez efetuada a inscrição, surge uma presunção *iuris tantum* de exatidão e veracidade, que opera enquanto não se comprove o contrário o contrário”. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário, v. 63, p. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/dezembro, 2007.
142. “Como foi exposto, o Registro de Imóveis brasileiro possui presunção relativa de prova de propriedade e está vinculado umbilicalmente ao título que lhe deu causa”. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário, v. 63, p. 63-64. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho/dezembro, 2007.
143. Quando era Corregedor Geral da Justiça no Estado de São Paulo, o desembargador Marcio Martins Bonilha, assim se expressou: “Não há razão para se transformar a apregoada rigidez formal do sistema registrário em dogma que redunde em negação do próprio direito real punindo as deficiências anteriores com soluções inadequadas e exigindo perfeição ainda não atingida”. Ap. 29.175-0/0-SP, DOE 13.06.1996.
144. “Tal posicionamento encontra fundamento na ampla liberdade de produção probatória do nosso sistema, na preservação da prova e no efeito *iuris tantum*” TARTUCE, Fernanda; SILVA, Érica Barbosa. *O novo CPC e os atos extrajudiciais cartorais: críticas, elogios e sugestões*. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, v. 71, p. 27. Porto Alegre: Magister, março/abril, 2016.
145. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário. V. 63, p. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-dezembro, 2007.
146. “AV-07/59.286: – ERRO EVIDENTE – A presente averbação, é feita “ex-officio” e por erro evidente, nos termos do artigo 213, I, “a”, da Lei 6.015, para constar que na realidade a averbação sob n. 05 (cinco), acima, foi realizada no dia 10 de fevereiro de 2016, e não como ficou constando por ocasião daquele ato. Presidente Prudente, 11 de março de 2016. O oficial substituto. Roberson de Oliveira Jesus \_\_\_\_\_/.....” Matrícula 59.286, folha 01-Verso, do 2º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Presidente Prudente-SP. Livro de Registro Geral. (os grifos são do original).



147. “A grande diferença entre os sistemas germânico e brasileiro funda-se na presunção que é dada à propriedade. No alemão, uma vez inscrito o título a presunção é absoluta (*juris et de jure*) da propriedade, diferentemente do que ocorre no direito brasileiro em que a presunção é relativa (*júris tantum*) nos termos do § 2º do art. 1.245, “enquanto não se promover, *por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro*, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”. MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário, v. 63, p. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-dezembro, 2007.
148. “d) a nulidade ou validade do título de domínio – trata-se de ação declaratória tendo por objeto a nulidade dos títulos dos réus; podem os autores intentar a declaratória, a fim de que seja decidida a nulidade ou a validade dos títulos dos réus;” BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2. ed. 1986.

## Referências

- AMARAL, Francisco. “A boa-fé no processo romano”. Revista de Direito Civil, vol. 78, p. 195, RT. São Paulo, out./dez., 1996.
- AMOROSO LIMA, Alceu. *Os direitos do homem e o homem sem direito*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves editora, 1974.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. “Das obrigações em geral”, vol. II. Coimbra-Portugal: Almedina, 5. ed. 1992.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*: Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- BATISTA Nilo. Estelionato judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1977.
- BETTI, Emílio, *Teoria do negócio jurídico*. Tomo II, Coimbra Editora, Tradução de Fernando de Miranda, Lisboa-Portugal, 1969.
- BORGES, Marcos Afonso. *Prova judicial*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 62, p. 355. São Paulo: Saraiva, 1977.
- BUZAID, Alfredo. *A ação declaratória no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- CAMARGO VIANA, Rui Geraldo. *Direito à moradia*. Revista de Direito Privado. Vol. 2. São Paulo: RT. Abril/junho 2000.
- CASTILLO, Gerardo Barbosa; PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. *Bien jurídico y Derechos Fundamentales sobre un concepto de bien jurídico para Colômbia*. Universidad Externado de Colômbia, 1996.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. “Da boa-fé no Direito Civil”. Coimbra-Portugal: Almedina, 1984.

- COVELO, Sergio Carlos. *Presunção jurídica*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60. São Paulo: Saraiva, 1977.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- LIMA, Alvino. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.
- LIMONGE FRANÇA, R. *Condição (direito civil)*, Enciclopédia Saraiva, vol. 17, São Paulo, 1977.
- LIPPERT, F. A. Gernot. *Tendências e problemas contemporâneos dos direitos fundamentais*. Rev. Fac. Dir. da UFRGS, vols. 13-14. Porto Alegre-RS.
- MACEDO, Silvio de. “Boa-fé II”. “In” Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 11, São Paulo: Saraiva, 1978.
- MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *Presunção (Direito Privado)*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário*. Revista Jurídica, v. 330, p. 31-32. Porto Alegre-RS: Notadez, abril, 2005.
- MARTINS COSTA, Judith H. “A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial”. Rev. Direito do Consumidor, vol. 4, São Paulo: RT, 1992.
- MELO, Marcelo Augusto Santana de. *O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral*. Revista de Direito Imobiliário. V. 63, p. 53-81, São Paulo: RT. julho-dezembro, 2007.
- MILHOMENS, Jonatas. *Da presunção da boa-fé no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1997.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*, p. 80. Curitiba-PR: Juruá, 1998.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- NOVAES HIRONAKA, Giselda M. Fernandes. “A função Social do contrato”, Revista de Direito Civil, vol. 45. São Paulo: RT. Julho/setembro de 1988.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito da UDRGS, vol. 4/15. Síntese. 1998.
- \_\_\_\_\_. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Revista de Direito Civil e Processual Civil, v. 21, p. 109-124. Porto Alegre-RS: Magister, nov./dez., 2007.
- PEDROZO, Fernando de Almeida. *Processo Penal – O direito de defesa*. 3. ed. p. 23. São Paulo: RT. 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. “Boa-fé I”, “in” Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 11. São Paulo: Saraiva, 1978.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1 de 1969*, tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

- RAO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: CEPC, 1997.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 3. São Paulo, 2008.
- SILVA, Agathe E. Schmidt da. *Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo*. Rev. Direito do Consumidor, vol. 17. RT, São Paulo, janeiro/março de 1.996.
- SOUZA, Gelson Amaro de. *Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Prisão do depositário judicial – uma prisão costumeira no terceiro milênio*. Revista Dialética de Direito processual, v. 19, p. 9-24. São Paulo: Dialética, outubro, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Efeitos da sentença que julga os embargos à execução*. São Paulo: Editora-MP, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Responsável tributário e a sujeição passiva na execução fiscal*. In Doutrinas Essenciais – Direito Tributário. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva e BRITO, Edvaldo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Fraude à execução e o consilium fraudis*. Revista Dialética de Direito Processual, v. 75, p. 41-54. São Paulo: Dialética, junho, 2009. ISSN 1678-3778.
- \_\_\_\_\_. *Fraude à execução e a natureza do direito protegido*. Revista IOB – Direito Civil e Processual Civil, v. 39, p. 80-88. Porto Alegre-RS: IOB, jan./fev., 2006.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da aparência e a fraude à execução*. REpro, v. 112, p. 268-277. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez., 2003.
- \_\_\_\_\_. *Fraude de execução e o devido processo legal*. Revista dos Tribunais, v. 766. São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 1999.
- SURGIK, Aloísio. *Presunção absoluta e relativa (Teoria da prova)*. In Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 60. São Paulo: Saraiva, 1977.
- TARTUCE, Fernanda; SILVA, Érica Barbosa. *O novo CPC e os atos extrajudiciais cartorais: críticas, elogios e sugestões*. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, v. 71. Porto Alegre: Magister, março/abril, 2016.
- TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Mauricio Ferreira. *O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático*. REPRO, v. 195. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 2011.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDÊ, 1987.

# Atuação do poder judiciário nas internações compulsórias de dependentes químicos

**Wanderlei José dos Reis<sup>1</sup>**

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

**Resumo:** Os efeitos mentais causados pela dependência química são devastadores, podendo colocar o toxicômano em situação de risco para si e para terceiros devido ao alto grau de dependência, e, diante disto, o Estado pode, por meio do Poder Judiciário, lançar mão de medida que, apesar de extrema, tem por fim preservar a saúde do usuário, bem como sua vida e dignidade humana e, por consequência, a paz social, qual seja, a internação compulsória prevista na Lei 10.216/01.

## I. Considerações iniciais

TAL QUAL O CONSUMO DE DROGAS LÍCITAS como a bebida alcoólica e o cigarro, o uso de drogas ilícitas foi considerado uma patologia psíquica, sendo inclusive catalogada na Classificação Internacional de Doenças (CID – 10/F19), tendo em vista que subtrai do adicto a capacidade de escolher entre continuar, ou não, usando a substância entorpecente, colocando-o em situação de total dependência física e psicológica.

O que se tem hoje veiculado pela mídia, infelizmente, é a proliferação das chamadas “cracolândias” (locais em que viciados em crack compram e consomem drogas). Nestes locais, assim como em outros, pessoas de todas as idades consomem drogas em plena luz do dia em

condições degradantes, deixando de lado a família, trabalho, amigos e até a própria dignidade, sendo vistos por parte da sociedade como indigentes ou irrecuperáveis.

Em muitos casos, o dependente químico, em que pese demonstrar interesse em se submeter a um tratamento para desintoxicação e reabilitação, encontra óbices de ordem física ou psicológica para abandonar o vício, haja vista o alto grau de dependência com relação às substâncias psicotrópicas, ou, em alguns casos, a falta de apoio até mesmo da própria família.

Por outro lado, a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, intitulada de “Constituição Cidadã” pelo fato de trazer em seu bojo uma série de direitos e garantias individuais do cidadão em face do Estado – o que não poderia ser diferente, ante o momento do constitucionalismo em que foi editada, bem como em razão do momento histórico nacional vivido naquela oportunidade, época em que se deixou um regime totalitário para adentrar numa democracia –, estatui, em seus arts. 196 e 227, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, situando-se referida previsão no rol de direitos sociais, segundo prevê o art. 6º, também da lei maior.

Portanto, no que diz respeito à saúde mental, o poder público – leia-se União, estados, Distrito Federal e municípios – deve dispensá-la ainda mais atenção, visto que os transtornos mentais impedem a pessoa enferma de gerir a sua vida ou, em casos mais graves, podem fazer com que o enfermo mental atente contra a própria vida ou de terceiros, obstando assim o seu convívio harmonioso junto à família e à sociedade.

Neste contexto, o uso descontrolado de drogas ilícitas, que também pode causar distúrbios psicológicos graves, tem sido combatido pelo poder público por meio de políticas públicas e medidas interdisciplinares no intuito de conscientizar os cidadãos dos efeitos nefastos provenientes do consumo de substâncias psicotrópicas, pautando-se, desta forma, pela estratégia preventiva.

No entanto, há casos em que os recursos extra-hospitalares não têm sido suficientes, ora pela resistência do toxicômano, ora pelo alto grau do transtorno mental, circunstâncias estas que limitam a sua visão sobre o que é melhor para si, exigindo do Estado, com a participação do

Poder Judiciário, a adoção de medidas incisivas, com o fito de assegurar a dignidade do paciente e a sua posterior reinserção social, bem como a segurança de todos que o rodeiam no seu convívio social.

Assim, o legislador editou a Lei 10.216, de 6 de abril de 2001, conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, prevendo, entre outras medidas, as internações compulsórias, objeto do presente estudo.

## II. Análise do tema

O problema das drogas – uma questão de segurança e saúde pública – aflige a sociedade brasileira de maneira geral, na medida em que reduz sensivelmente o discernimento dos usuários – tanto homens quanto mulheres, jovens ou adultos, pobres ou abastados –, podendo desencadear problemas graves de ordem mental e a prática de pequenos delitos ou até crimes graves, atitudes tomadas pelo adicto com o objetivo de sustentar o vício, representando assim perigo para o próprio toxicômano e para terceiros. Nesses casos, o dependente de substâncias entorpecentes não tem condições de decidir o que é melhor para si, tornando-se um ser incapaz, abjeto e estigmatizado pela sociedade, perdendo então a sua dignidade, seus valores e, por vezes, até a própria vida.

Com relação à internação compulsória para os toxicômanos, ainda insta frisar que a Lei 11.343/06, atual Lei Antidrogas, não a prevê especificamente, porém o Projeto de Lei 7.663/10, de autoria do deputado federal Osmar Terra, tem a intenção de preencher essa lacuna legislativa.

Cabe destacar que o país, antes da edição da Lei 10.216/01, carecia de uma legislação específica que versasse sobre os direitos das pessoas acometidas de transtornos mentais de qualquer espécie e sobre o tratamento aos usuários de drogas ilícitas.

Neste rumo, merece destaque a garantia legal de um tratamento isonômico aos pacientes, pois o art. 2º da Lei 10.216/01 estabelece que os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental de qualquer natureza, abrangendo os usuários de drogas ilícitas, são asse-

gurados sem qualquer forma de discriminação, homenageando, assim, o princípio constitucional da isonomia, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

Outro quesito importante é que o art. 2º, parágrafo único, incisos I a IX, da Lei 10.216/01 prevê de forma explícita os direitos dos enfermos mentais, tais como o acesso ao melhor tratamento de saúde, tratamento humanitário, proteção contra abusos e exploração, entre outros, obedecendo desta forma as diretrizes constitucionais, bem como os princípios que orientam as ações e serviços públicos do Sistema Único de Saúde (SUS), elencados nos incisos I a VIII do art. 7º da Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde ou Lei do SUS).

Com efeito, no que concerne às internações psiquiátricas, estas serão realizadas somente mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos, podendo ser classificadas em três espécies: a) *internação voluntária*, quando há a aquiescência do usuário, sendo que o término desta está condicionado à solicitação do paciente; b) *internação involuntária*, aquela que se dá sem o consentimento do adicto e a pedido de terceiros, que podem ser os familiares, o tutor, o cônjuge ou parente próximo ou o Ministério Público (art. 1.177, CPC); e c) *internação compulsória*, aquela determinada pela Justiça, mediante indicação médica, no caso de dependentes químicos, depois de observadas as condições de segurança do estabelecimento quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e dos funcionários, devendo o mesmo procedimento ser observado no caso de alta.

No caso de internação involuntária, esta deverá ser comunicada ao Ministério Público no prazo de 72 horas pelo responsável técnico do estabelecimento e, da mesma forma, em caso de alta do paciente (art. 8º, §1º, da Lei 10.216/01), sendo que o término desta se dará por solicitação escrita do familiar ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento.

Internação involuntária deverá ser comunicada ao Ministério Público no prazo de 72 horas pelo responsável técnico do estabelecimento e, da mesma forma, em caso de alta do paciente

Não obstante, a internação compulsória, por se tratar de medida de caráter extremo, deve ser sopesada por equipe profissional habilitada, de acordo com o nível de dependência do paciente, com a gravidade dos transtornos e suas peculiaridades, o nível de comprometimento familiar na busca da solução do quadro, a insuficiência de medidas anteriores menos agressivas etc.

Assim, no confronto entre os direitos constitucionais da pessoa enferma e a premente necessidade de seu tratamento, a legislação permite que o juiz, mediante análise calcada na assessoria médico-pericial, possibilite ou imponha a internação.

Todavia, a própria Lei 10.216/01, em seu art. 4º, traz uma ressalva ao asseverar que a internação, seja qual for a sua modalidade, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes, ou quando o paciente representar perigo para si ou para outrem.

Não é demais destacar também que o art. 28, § 7º, da Lei 11.343/06, conhecida como Lei Antidrogas, estabelece que o juiz determinará ao poder público que coloque à disposição do dependente químico, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado de sua dependência química.

Paralelo a isso, como medida de restrição aos atos da vida civil, o Código Civil também estatui a possibilidade de interdição dos viciados em tóxicos (art. 1.767, inciso III). Contudo, a interdição prévia do dependente químico não é *conditio sine qua non* para a sua internação compulsória pela via judicial (determinada por um magistrado), sendo suficiente a constatação em perícia médica da condição de dependência química com a respectiva indicação de tratamento.

Neste sentido, indiscutível se revela o direito de a pessoa se manifestar a respeito de qualquer fato relativo à sua vida, mas desde que tenha a lucidez ou as condições psíquicas necessárias para tal, conforme assentado na legislação civil. Logo, não atendida a condição de autogoverno e autodeterminação, como é o caso dos dependentes químicos, a sua representação há de passar para os familiares e, na ausência destes, para terceiros legitimados pela lei, como o Ministério Público. Nesses casos, se revela legítimo ao Estado-juiz intervir e ordenar medidas extremas para preservar a vida, conforme os limites impostos pela



dignidade da pessoa humana, opção feita pela carta cidadã de 1988, já que o cidadão não possui aí as condições mentais necessárias para o exercício de seus direitos e carece, então, de aplicação de medidas protetivas específicas.

Além disso, em processos desse naipe em que se busca normalmente através do Ministério Público ou da Defensoria Pública a internação compulsória do dependente químico, é de bom alvitre o magistrado que preside o processo realizar, sempre que possível, uma audiência preliminar com a presença do dependente químico e de sua família, informando as vantagens da internação, concitando-o na ocasião a aderir ao tratamento e a família a ajudá-lo neste propósito, explicando-lhes as condições e perspectivas do tratamento de dependência química, conscientizando-os da necessidade de adesão e de comprometimento.

Nesse domínio, quanto ao aspecto jurisprudencial do tema, pela análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é possível constatar que, até a presente data, não houve qualquer manifestação da corte excelsa com relação à inconstitucionalidade da internação compulsória, mas tão somente no que se refere à legalidade das circunstâncias que motivam a aludida medida extrema, em casos de enfermidade mental. É o que se depreende do julgamento do HC 31.969/SP<sup>2</sup> e HC 39.896/SP<sup>3</sup>.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça não é diferente. Do exame do julgamento do HC 135.271/SP<sup>4</sup>, HC 169.172/SP<sup>5</sup> e HC 130.155/SP<sup>6</sup> verifica-se que a discussão no tribunal cingiu-se à necessidade da medida, considerando o seu caráter excepcional, conforme preceitua o art. 6º, *caput*, da Lei 10.216/01.

Dessa forma, as internações compulsórias continuarão a ser medida excepcional, devendo ser priorizada a política do tratamento voluntário, através do convencimento do dependente químico e sua família por uma equipe multidisciplinar, formada por assistentes sociais, agentes de saúde, psicólogos, entre outros profissionais qualificados,

As internações compulsórias continuarão a ser medida excepcional, devendo ser priorizada a política do tratamento voluntário

visando assim o tratamento ambulatorial voluntário com redução dos danos causados pelas drogas, em tributo ao princípio constitucional da dignidade humana e ao direito fundamental à vida.

Portanto, afigura-se constitucional ao Estado, por meio do Poder Judiciário, intervir e ordenar medidas extremas para a preservação da vida, em conformidade com as balizas impostas pela dignidade da pessoa humana, opção feita pela Constituição da República (art. 1º, inciso III), já que, nas condições de dependência química, a pessoa não reúne as condições mentais mínimas para o exercício de seus direitos e, portanto, carece da aplicação de medidas protetivas especiais por parte do Estado-juiz, como dito alhures.

Entretanto, é preciso buscar e enfrentar as raízes desse grave problema social, não bastando apenas prever legalmente a internação, mas que este serviço seja prestado com qualidade, através da disponibilização de vagas suficientes em clínicas de tratamento, públicas ou particulares, bem como o transporte dos pacientes até esses centros de desintoxicação, atendimento por profissionais qualificados, entre outras medidas que possibilitem realmente a reabilitação do paciente e sua posterior reinserção social, pois existem bens, valores ou princípios constitucionais em jogo, como a vida, o resgate da dignidade da pessoa humana e sua integridade física a demandar a medida estatal menos gravosa possível para o dependente químico, porém que seja realmente efetiva.

### **III. Considerações finais**

Está consabido que quebrar o círculo das drogas é tarefa difícil, porque o problema é deveras complexo e não será uma medida isolada que irá resolvê-lo, mas sim um conjunto de medidas direcionadas, sincronizadas e organizadas nesse sentido.

Sem dúvida, a problemática do tratamento dos dependentes químicos por meio da internação compulsória – mais um problema social que acaba por desaguar no já sobrecarregado Poder Judiciário – ainda suscita muitos debates no campo jurídico, visto que os seus críticos sustentam que tal medida extrema afronta direitos fundamentais gizados

no texto constitucional, como por exemplo o da liberdade individual e da autonomia da vontade, previstos no art. 5º da lei maior, e que, portanto, os indivíduos não poderiam sofrer qualquer moléstia por parte do Estado ou de particulares. Contudo, acima desses direitos situa-se um princípio inerente à própria existência do ser humano, ou pelo simples fato de ser um ser humano: o princípio da dignidade da pessoa humana – corolário do direito à vida, sendo, portanto, epicentro dos demais direitos constitucionalmente assegurados.

Portanto, agiu bem o legislador em prever a internação psiquiátrica como exceção, pois é dever do Estado prestar assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas, a fim de servir bem à sociedade.

## Notas

1. Wanderlei José dos Reis. Mestre em Direito Constitucional. Doutor e pós-doutor em Direito. Juiz Titular da 1ª Vara Especializada de Família e Sucessões. (46ª Zona Eleitoral em Rondonópolis-MT).
2. STF. HC 31.969/SP. Rel. min. Orozimbo Nonato. Segunda Turma, julgado em 09.04.1952, publicado em 14.08.1952.
3. STF. HC 39.896/SP. Rel. min. Pedro Chaves. Tribunal Pleno, julgado em 15.05.1963, publicado em 17.12.1963.
4. STJ. HC 135.271/SP. Rel. min. Sidnei Beneti. Terceira Turma, julgado em 17.12.2013, publicado em 04.02.2014.
5. STJ. HC 169.172/SP. Rel. min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 10.12.2013, publicado em 05.02.2014.
6. STJ. HC 130.155/SP. Rel. min. Massami Uyeda. Terceira Turma, julgado em 04.05.2010, publicado em 14.05.2010.

## Referências

CONFESSOR JÚNIOR, Waldecy Gomes. A internação compulsória no contexto da reforma psiquiátrica brasileira. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14967/a-internacao-compulsoria-no-contexto-da-reforma-psiquiatrica-brasileira>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

- FRANÇA, Genivaldo Luiz de. *Internação compulsória do dependente químico: violação do direito de liberdade ou proteção do direito à vida?* UNITOLEDO. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3066/2828>>. Acesso em: 20 ago. 2014.
- FRANCO JÚNIOR, Raul de Melo. Internação compulsória para tratamento de alcoólatras e dependentes químicos. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI43263,71043-Internacao+compulsoria+para+tratamento+de+alcooolatras+e+dependentes>>. Acesso em: 12 mar. 2015.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. A legalidade da internação compulsória de viciados em droga. *Migalhas*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171217,91041-A+legalidade+da+internacao+compulsoria+de+viciados+em+droga>>. Acesso em: 12 mar. 2015.
- SANTOUCY, Luiza Barros Santoucy; CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo; SUDBRACK, Fátima Olivier Sudbrack. A compreensão dos operadores de direito do Distrito Federal sobre o usuário de drogas na vigência da nova lei. *Scielo*. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-79722010000100021&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-79722010000100021&script=sci_arttext)>. Acesso em: 12 mar. 2015.
- TERRA, Osmar. Maior problema das drogas são as doenças que causam. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-02/entrevista-osmar-terra-pmdb-rs-medico-deputado-federal>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

# EM DESTAQUE



## República dos injustiçados

**Albino Freire<sup>1</sup>**

Escritor e membro da Academia Paranaense de Letras, Cadeira 21

EM AVILÃ É ASSIM: RÉU NENHUM É CULPADO. Não confessa o crime, como não reconhece o óbvio, nem sob tortura. Vai negar até o fim e, sistematicamente, vai “repudiar com veemência” as acusações. É engraçado, mas parece existir um pacto entre eles. Todos, simplesmente todos, são inocentes. Eu não fiz nada errado e sei que você também não fez. Mas, se você me dedurar, vai se haver comigo! Agora, naquele reino, políticos corruptos são caçados (sic), um por um, como coelhos assustados. Virou um pandemônio. Primeiro, vem a fase da indignação, da negação pura e simples dos malfeitos. Como podem eles, cidadãos de bem, acima de qualquer suspeita, que há décadas vinham sendo eleitos pelo voto popular, agora ser presos assim, sem mais nem menos, como reles bandidos, e desgarrados das gordas tetas, digo, dos altos cargos que ocupam, alvo da sanha arbitrária de um juizeco indomável? Ora, é tudo mentira! São invencionices dos órgãos investigadores, ilações apenas, sem qualquer embasamento fático...

Quer dizer, então, que setenta delatores, os empreiteiros da mesma empresa, estão pedindo desculpas à nação por nada? E desembolsando alguns bilhões de dracmas (moeda de Avilã) como compensação pelos prejuízos causados ao reino naquele “doloroso episódio”... e denunciando os calhordas pelos incalculáveis desvios de dinheiro público... Quer dizer, então, que todas essas testemunhas estão conluídas e mentindo, fantasiando, com o objetivo único de prejudicar esses abnegados políticos?

Meu amigo Roger, embaixador de Avilã, sempre me faz recordar uma foto antiga de alto dignitário do governo avilão, a qual foi estam-

pada nos jornais do mundo inteiro, em que o sujeito aparecia no cárcere, com o braço esquerdo levantado e punho cerrado, em sinal de protesto e de arrogância. Depois de algum tempo no xilindró, depois de limpar muita privada e fazer faxina no presídio, o canalha foi baixando a bola, foi se calando, foi amansando, até cair no merecido ostracismo.

Roger me conta ainda casos incríveis da corrupção generalizada em seu reino. O fato mais curioso é o daquele ex-governante que continua dizendo que nunca percebeu nada de errado, em seu mandato; que não

O fato mais curioso é o daquele ex-governante que continua dizendo que nunca percebeu nada de errado

sabia de quadrilha nenhuma e desconhecia “supostos” esquemas fraudulentos contra o erário, mas no entanto ele próprio encheu as burras com dinheiro da propina que serviu também para enriquecer, num passe de mágica, toda sua família. Como conseguiu esse milagre de amealhar tanta grana e tantos imóveis, em tão pouco tempo, ele não sabe explicar. Ah! Parte de sua fortuna deriva de polpudos honorários (pois não tem complexo de vira-lata...) por supostas

palestras que ele nunca ministrou ou, pelo menos, jamais comprovou. Até parece aquela história de comparsas dele, que acumularam fortunas com imaginárias consultorias, que tentaram comprovar com textos esdrúxulos e desconexos, plagiados infantilmente da internet. É isso! Deve ser conspiração dos invejosos ou da oposição...

“O reino de Avilã está falido!” exclama meu amigo, com a voz embargada de compaixão. “Meu povo é vítima de uma complexa e extensa rede de suborno, lavagem de dinheiro com empresas de faixada” (seus olhos refletem um ódio infinito aos saqueadores da república). “Vejam só que desfaçatez!” prossegue ele. “Agora, depois de tudo isso, para reerguer o Estado, os políticos estão propondo a extinção de insignificantes auxílios aos miseráveis, como restaurantes populares, subsídios do transporte público, reforma atabalhoada da aposentadoria, além de outras medidas danosas à população de baixa renda. Entretanto, nesse plano de salvação nacional, não tiveram nem sequer a decência de mencionar um possível quinhão de sacrifício por parte da classe políti-



ca; da extinção – ou ao menos da redução – de suas mordomias, como apartamentos e carros oficiais, uma orgia de cargos comissionados, verbas de gabinete, passagens aéreas, auxílio-gasolina, auxílio-moradia, auxílio-banquetes. Não têm pudor de continuar sustentando, cinicamente, a inexplicável aposentadoria de deputados estaduais e federais e de senadores (é que Avilã adota um sistema político híbrido), com um tempo mínimo e ridículo de ‘trabalhos’ prestados à nação.”

– E no Brasil, perguntou Roger, aflito, como é que as coisas andam por aqui? Não é verdade tudo isso que a imprensa internacional tem noticiado... ou é?

– Olhe, meu amigo – disse eu –, você veio para o Brasil, em férias, a fim de espairecer. Então, é melhor mudarmos de assunto. E fomos tomar um cafezinho e falar sobre futebol.

Entretanto, quanto às empreiteiras e políticos corruptos da longínqua Avilã, coitados, morro de pena deles. Devem ser todos uns pobres injustiçados!

## Nota

1. Albino Freire. Escritor e membro da Academia Paranaense de Letras, Cadeira 21.



# JURISPRUDÊNCIA



# Ementário do TJPR

## ADMINISTRATIVO

### O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado

Direito constitucional e processual civil. Apelação cível e reexame necessário. Ação de obrigação de fazer. Fornecimento do medicamento Humira (Adalimumab - 40 mg) pelo ente público para o tratamento de “psoríase palmoplantar”. Desnecessidade de chamamento da união ou do município. Entendimento do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal. Solidariedade entre os entes. Direito fundamental à saúde, consagrado no artigo 196 da Constituição Federal. Dever do estado. Observância de políticas públicas que não constitui óbice à concessão do fármaco. Afastamento da reserva do possível. Recurso desprovido. Sentença mantida em sede de reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível e Reex. Necessário n. 1603148-0 - 4a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Abraham Lincoln Merheb Calixto** - Fonte: DJ, 31.03.2017).

### É indevida a atualização de tarifa deficitária em contrato de transporte prorrogado sem licitação

Ação de preceito cominatório e ação cautelar incidental de produção

antecipada de prova. Transporte coletivo de passageiros. Linhas da Região Metropolitana de Curitiba não constantes da RIT - Rede Integrada de Transporte. Reajuste de tarifas visando o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, vencidos e prorrogados sem licitação. Inadmissibilidade. Supremacia do interesse público. Apelação interposta pelo Estado do Paraná provida para julgar improcedente a pretensão, restando prejudicados o reexame necessário e apelação interposta pela coordenação da Região Metropolitana de Curitiba (COMEC). É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser “indispensável a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, ainda que os Termos de Permissão tenham sido assinados em período anterior à Constituição Federal de 1988” (STJ, 2ª Turma, AgRg. nos EDcl. no REsp. n. 799.250/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 17.12.2009).

(TJ/PR - Ap. Cível e Reex. Necessário n. 1437863-3 - 5a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Adalberto Jorge Xisto Pereira** - Fonte: DJ, 04.10.2016).

### **Ente público que não dispõe de vagas em CMEIs deve custear o acesso do menor a educação em instituição privada**

Apelação cível e reexame necessário. Ação ordinária com pedido liminar. Demanda julgada procedente para determinar a inclusão do infante na rede pública de ensino ou o custeio, pelo poder público, de sua matrícula e frequência em instituição privada dessa natureza. Insurgência. Mérito. Garantia constitucional à educação que se sobrepõe aos argumentos de isonomia e falta de infraestrutura. A inexistência de vagas em CMEI não pode servir de escusa para o ente público deixar de atender às garantias constitucionais. Honorários advocatícios devidos. Apelo conhecido e não-provido. Sentença parcialmente reformada em sede de reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível e Reex. Necessário n. 1640976-4 - 7a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ana Lúcia Lourenço** - Fonte: DJe, 30.03.2017).

### **Pagamento de horas extras ao servidor público é obrigação de trato sucessivo**

Ação de cobrança. Servidores públicos. Professoras da rede municipal de ensino de Curitiba. Profissionais do magistério. Horas extras. Ausência de prescrição do fundo de direito. Obrigação de trato sucessivo (súmula n. 85, STJ). Não cabimento de controle abs-

trato de constitucionalidade. Lei Municipal editada no ano de 1985, antes da promulgação da CF/88. Art. 22, § 2º, da Lei n. 6.761/85 não recepcionado em sua integralidade pela CF/88. Acréscimo de 50% previsto na CF sobre o serviço normal. Regime de anteposição de horas. Art. 19 do Estatuto do Magistério Público (Lei n. 6.761/1985) que estabelece carga horária de trabalho de 20 (vinte) horas por semana. Ausência de amparo legal que autorize que os servidores laborem horas a mais em uma semana para que, na semana subsequente, trabalhem horas a menos. Compensação. Medida que se impõe (art. 368, CC). Vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884, CC). Compensação que deve observar o valor da hora normal para as horas trabalhadas a menos e o valor da hora extra para as horas trabalhadas a mais em jornada extraordinária. Descontos tributários de IR e relativos ao sistema de seguridade social dos servidores municipais (IPMC e ICS). Cabimento. Adequação dos honorários advocatícios com fundamento no art. 20, § 4º, CPC/1973. Correção dos honorários sucumbenciais pelo IPCA a partir da fixação e juros aplicáveis à caderneta de poupança a contar do trânsito em julgado. Alteração da sentença em reexame necessário para readequar juros moratórios e correção monetária dos valores devidos a título de horas extras nos termos da

ADIN 4.357/DF e dos recursos repetitivos (REsp 1205946/SP e REsp 1270439/PR). Recurso parcialmente provido. Sentença parcialmente reformada em sede de reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1591788-1 - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Carlos Mansur**

**Arida** - Fonte: DJ, 03.04.2017).

### **Inexiste improbidade administrativa quando ausente a prova do elemento subjetivo do tipo**

Apelação cível. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Alegação de irregularidade no pagamento de diárias a vereadora da Câmara Municipal de Guaíra. Prestação de contas. Ausência de determinação legal. Presunção de legalidade dos pagamentos realizados. Ônus da prova quanto ao desvio de finalidade das verbas pagas que competia ao autor. Art. 333, I do CPC/1973. Ônus que não foi desconstituído. Impossibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova. Inteligência do art. 1.047 do CPC/2015. Art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Dolo não demonstrado. Inexistência de ato ímprobo. Sentença reformada. Julgamento de improcedência. Recurso provido. - A improbidade administrativa se caracteriza pela prática de irregularidade que cause danos excessivos, impassíveis de serem suportados pela Administração, bem como advenha de uma

conduta altamente reprovável, porque imbuída de consciência da sua ilicitude e de vontade direcionada a fins escusos. - Sem a prova do elemento subjetivo, a improbidade administrativa fica prejudicada, haja vista a impossibilidade de responsabilização objetiva do agente. Assim, passa a existir apenas uma irregularidade que não pode ser reprimida por meio extraordinário que é o sistema sancionador da improbidade administrativa.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1602917-1 - 5a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carlos**

**Mansur Arida** - Fonte: DJ, 03.04.2017).

### **Ente público possui responsabilidade por acidente causado pela passagem de animal na pista**

Apelação cível - Responsabilidade civil - Acidente de trânsito - Animal na pista - Ausência de culpa da vítima - Conduta administrativa e nexos causal demonstrados - Dever de fiscalização nas rodovias sob sua jurisdição - Obrigação de indenizar - Vítima sem habilitação - Impossibilidade de presunção de culpa exclusiva - Precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - recurso desprovido. Apelação cível 2 - Dano material - Ausência de comprovação - Cessantes - Dano moral - Ocorrência - Fixação adequada - Correção monetária e juros de mora - Adequação - Súmula vinculante n. 17 do Supremo Tribunal Federal - Honorários

advocatícios - Fixação - Critérios - Observância do disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil/1973 - Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1585109-3 - 1a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Guilherme Luiz Gomes** - Fonte: DJ, 23.11.2016).

### **Substituição da banca examinadora em concurso público não deve ser realizada pelo Poder Judiciário**

Mandado de Segurança - Concurso público para outorga de delegação de notas e de registro do estado do Paraná (foro extrajudicial) - Certame regulado pelo edital n. 01/2014 - Legitimidade do presidente da comissão - Preliminar rejeitada - Prova oral - Recurso administrativo não provido pelo conselho da magistratura - Pretendida majoração e retificação da nota atribuída - Vedação na via mandamental - Inexistência de ilegalidade, abuso ou teratologia - Ordem denegada. "(...) Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. (...)". (STF, Pleno, RE 632.853/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 29/06/2015).

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 1569916-

8 - O.E. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Irajá**

**Romeo Hilgenberg Prestes Mattar** -

Fonte: DJ, 14.12.2016).

### **Hospital deve indenizar família que não foi informada sobre morte de paciente**

Apelação cível. I. Indenização. Danos morais. II. Agravo retido. Reiteração em contrarrazões. Alegação do réu de ilegitimidade ativa "ad causam". Legitimidade da autora, sobrinha do "de cujus", que lhe dispensava cuidados e convivia com o mesmo. Núcleo familiar próximo. Presumível sofrimento da autora. Agravo conhecido e improvido. III. Recurso. Preliminar de cerceamento de defesa. Prova oral indeferida. Questão não suscitada imediatamente na audiência pela autora. Preclusão. Exegese do art. 523, § 3º do CPC de 1973. Não conhecimento. IV. Mérito. Falecimento do tio da autora nas dependências do hospital não informado à família. Preenchimento da ficha de admissão com os dados do paciente e da família, bem como do telefone para contato. Corpo enviado ao IML e posteriormente ao ACESF. Alegação de que não teriam encontrado a família e de que o telefone não estaria funcionando. V. Comprovação de que o terminal telefônico estava bloqueado apenas para realizar chamadas, caindo por terra a tese do réu. VI. Responsabilidade objetiva. art. 37, § 6º, CF. Danos morais configurados. Critérios para estabelecer o "quantum" indenizatório. Caráter punitivo-pedagógico. Culpa do ofensor. Consequência. Ofensa à



dignidade da vítima. Arbitramento em R\$ 5.000,00. VII. Juros de mora e correção monetária. Aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 e determinação de não incidência de juros moratórios contra a Fazenda Pública no período de graça constitucional. Súmula vinculante n. 17 do STF. VIII. Inversão dos ônus sucumbenciais. IX. Agravo retido conhecido e não provido. Proviemento da apelação.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1433179-0 - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jorge de Oliveira Vargas** - Fonte: DJ, 07.04.2017).

### **Registro vencido de arma de fogo constitui mera infração administrativa**

Apelação crime. De posse irregular de arma de fogo. Artigo 12, *caput*, da Lei n. 10.826/2003. Condenação. Recurso. Insurgência. Pleito absolutório. Atipicidade da conduta. Registro vencido da arma. Acolhimento. Nova orientação do Superior Tribunal de Justiça. Subsidiariedade do Direito Penal. Questão que pode ser resolvida satisfatoriamente na seara administrativa. Absolvição com fulcro no artigo 386, inciso III do Código de Processo Penal. Sentença reformada. Recurso da defesa provido. Recurso do Ministério Público prejudicado.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1568537-3 - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Laertes Ferreira Gomes** - Fonte: DJ, 04.04.2017).

### **É indevida a indenização por dano moral em decorrência da instauração do procedimento administrativo**

Ação de obrigação de não fazer cumulada com pedido de indenização por dano moral. Pedidos julgados improcedentes. Recurso de apelação dos autores: processo administrativo instaurado pela Unimed em face dos médicos conveniados. Apuração de produção superior à media da especialidade. Procedimento regular amparado por seu regimento interno. Questionamentos feitos aos clientes que não foram aptos a ensejar dúvida acerca do profissionalismo dos autores. Dano moral. Inexistência. Recurso desprovido. 1. A instauração de procedimento administrativo não configura ato ilícito capaz de ensejar a reparação por danos morais, quando ausente a intenção de ofender e havendo motivos determinantes suficientes para a investigação. 2. “Para que haja a obrigação de indenizar é preciso que se trate de ato injusto com a finalidade de macular a honra do associado, o que não se verificou no presente caso” (TJ/PR - AC n. 90517-7 - 3ª Câ. Cív. - Rel. Des. Jesus Sarrão - J. em 13/02/2001).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1617336-9 - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Lauri Caetano da Silva** - Fonte: DJ, 18.04.2017).

### **Juizado Especial da Fazenda Pública possui competência para processar e julgar a execução de honorários advocatícios de defensor dativo**

Conflito negativo de competência. Juizado especial estadual da fazenda e juízo da vara da fazenda. Execução de decisão que concedeu honorários a advogado que atuou como dativo em ação penal. Ação ajuizada após 23.06.2015. Interpretação conjunta dos artigos 23 e 24 da Lei n. 12.153/2009. Competência absoluta dos juizados especiais da fazenda pública. Passou a ser de competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública as ações com valor da causa menor a 60 (sessenta) salários mínimos a partir de 23.06.2015 (cinco anos após a data em que a Lei 12.153/2009 entrou em vigor, qual seja, 23.06.2010). Vê-se que o artigo 2º, § 1º da Lei 12.153/2009 traz rol taxativo das matérias que não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, não estando prevista no mesmo a execução de honorários advocatícios de defensor dativo.

(TJ/PR - Confl. Neg. de Competência n. 1658288-4 - 5a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Mateus de Lima** - Fonte: DJ, 18.04.2017).

### **Município é multado por falta de fiscalização em evento público**

Remessa necessária. Ação civil pública. Obrigação de não fazer. Abstenção da municipalidade

de realizar eventos públicos sem vistoria do corpo de bombeiros. Omissão no dever de fiscalização. Tutela da incolumidade pública. Multa aplicada em patamar razoável. Sentença mantida em sede de remessa necessária.

(TJ/PR - Rem. Necessária n. 1565906-6 - 4a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Luiz Taro Oyama** - Fonte: DJ, 28.03.2017).

### **É permitida a emissão de licença sanitária para o exercício da profissão de optometrista**

Apelação cível e reexame necessário. Mandado de segurança. Pretensão de obtenção de licença sanitária para exercício das atividades de optometrista. Sentença dissonante da jurisprudência mais recente do STJ. Os decretos n. 20.931/1932 e n. 24.492/1934, que estabelecem limitações à profissão de optometrista ainda se encontram em vigor. Vedação à prática de atos privativos de médico pelo optometrista, como a realização de exames e a prescrição de lentes ou óculos. Ausência de prova pré-constituída de ato ilegal ou cometido mediante abuso de autoridade e do direito líquido e certo à obtenção da licença sanitária nos moldes pretendidos pelo impetrante. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada em reexame necessário, para denegar a segurança.

(TJ/PR - Ap. Cível e Reex. Necessário n.

1587300-8 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.:

Desa. **Maria Aparecida Blanco de Lima** - Fonte: DJ, 11.04.2017).

### **Policial é excluído da corporação em decorrência do recebimento de vantagem indevida durante abordagem**

Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de ato administrativo. Induzimento e recebimento de valores indevidos em abordagem policial. Processo administrativo disciplinar que resultou na aplicação da pena de exclusão da corporação. Acervo testemunhal consistente e suficiente para provar os fatos imputados. Membros do conselho disciplinar que também reconhecem a ocorrência do ilícito. Observância dos princípios da ampla defesa e contraditório. Decisão motivada e proporcional. Correta. Análise pelo poder judiciário que se restringe à legalidade do ato administrativo. Conduta incompatível com a função policial. 1. Conforme ficou provado no procedimento disciplinar, trata-se de fato incontroverso a abordagem policial irregular. Ao contrário do que defende o apelante, os depoimentos coletados não deixam margem de dúvida quanto ao recebimento de vantagem indevida pelo policial. 2. Com base nos testemunhos, que foram precisos e detalhados sobre a conduta do policial, e ainda com base em prova documental que corroborou a narrativa do ofendido, vê-se que a decisão que aplicou a pena disciplinar mostra-se legal, não havendo que se falar em intervenção do Judiciário para sua re-

visão. 3. “Ao Poder Judiciário não cabe apreciar o mérito da decisão administrativa, no caso o processo administrativo que conclui pela exclusão do apelante da corporação da Polícia Militar, mas sim a análise da legalidade do ato decisório. Ao apelante foi assegurado o direito constitucional do Contraditório e da Ampla Defesa, pois, foi instaurado processo administrativo, observando o Devido Processo Legal, inclusive com a apresentação de defesa. Escorreita a decisão administrativa que excluiu o apelante da Corporação, diante da incompatibilidade da conduta com a função policial.” (TJPR - AP n. 1450834-0. Rel. Des. Luiz Mateus de Lima. 5ª Câmara Cível. J.: 19/04/2016. DJ: 1801 17/05/2016). Recurso não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1618120-5 - 5a. Câmara Cível. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Nilson Mizuta** - Fonte: DJ, 18.04.2017).

### **Dívida passiva dos municípios, estados e da União prescreve em cinco anos**

Apelação Cível - Servidores públicos - Aposentadoria em classe e nível mais elevados - Lei Complementar n. 77/96 e n. 103/04 que reestruturam os cargos de professores - Reenquadramento em classe diversa - Prescrição do fundo de direito - Ocorrência - Aplicação do disposto no Decreto Federal n. 20.910/32 - Extinção do processo - Inteligência do artigo 269, IV,

do Código de Processo Civil. 1. “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.” 2. Restando prescrita a possibilidade de enquadramento das apelantes à Classe PG-7, instituída pela Lei Complementar n. 77/96, não há que se falar em reposicionamento ao Nível II, estabelecido pela Lei Complementar n. 103/04, porquanto este dependia daquela condição. 3. Apelação desprovida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1099299-1 - 7a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Roberto Antônio Massaro** - Fonte: DJ, 08.03.2017).

### **Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar a ação que discute contribuição sindical de servidores públicos municipais estatutários**

Apelação Cível - Administrativo - Servidores públicos municipal - Contribuição sindical - Incidência sobre servidores públicos municipais estatutários - Modificação de entendimento adotado por esta corte - Incompetência material da Justiça Estadual - Inteligência do art. 114, III, da CF - Precedentes do STF - Remessa dos autos à Justiça do Trabalho - Recurso não conhecido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1608586-0 - 1a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Rubens Oliveira Fontoura** - Fonte: DJ, 06.04.2017).

### **Publicação de empréstimo realizado por servidor público em site oficial acarreta indenização por dano moral**

Administrativo. Responsabilidade do ente público. Ação de indenização por danos morais ajuizada por servidor público. Publicação de informações financeiras em diário oficial, relativas às parcelas de empréstimo pessoal contratado. Publicação indevida. Informações que não dizem respeito aos vencimentos do servidor. Danos morais. Indenização devida. Valor mantido. Honorários sucumbenciais. Verba devida. Valor mantido. Sentença mantida. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1632531-0 - 1a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Ruy Cunha Sobrinho** - Fonte: DJ, 11.04.2017).

### **Município deve indenizar família de vítima que faleceu após ser atingida por galho de árvore durante poda realizada pelo ente público**

Apelação cível. Administrativo. Ação de reparação de danos. Acidente automotivo. Queda de árvore sobre automóvel enquanto agentes municipais trabalhavam

no corte. Óbito da vítima. Responsabilidade civil subjetiva do município por omissão. Negligência e imprudência verificada. Ausência de qualquer sinalização no local. Depoimentos das testemunhas que se mostraram esclarecedores no tocante ao acontecimento. Responsabilidade do ente público caracterizada. Ausência de qualquer causa excludente. Danos materiais comprovados. Manutenção. Indenização fixada a título de danos morais em favor dos autores. Redução. Cabimento. Pensão mensal em favor da viúva. Termo final. Alteração para determinar que se dê até a data em que a vítima completaria 75 anos. Honorários advocatícios. Manutenção do percentual fixado na sentença. Recurso parcialmente provido. Reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1601774-2 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Silvio**

**Vericundo Fernandes Dias** - Fonte: DJ, 19.04.2017).

### **Contratação irregular realizada pelo ente público não gera efeitos jurídicos**

Reexame necessário. Ação de cobrança de horas extras, adicional noturno, férias não gozadas e reflexos. Ente público. Contratação irregular. Não geração de qualquer efeito jurídico válido, a não ser o direito do contratado à percepção dos salários referentes ao período trabalhado. Tema decidido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. Contraprestação do trabalho realizado. Impossibilidade de devolução da força de trabalho. Observância do princípio que veda o enriquecimento indevido. Direito de recebimento das horas efetivamente trabalhadas e não pagas, sem os acréscimos de hora extra e de adicional noturno. Correção monetária e juros de mora da condenação pelo art. 1º-F da Lei n. 9.494/97. Não incidência de juros de mora contra a fazenda pública durante o período da graça constitucional. Redistribuição da sucumbência. Fixação dos critérios de atualização da verba honorária. Sentença parcialmente reformada e complementada em reexame necessário.

(TJ/PR - Reex. Necessário n. 1479256-8 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Stewart Camargo Filho** - Fonte: DJ, 17.04.2017).

## CIVIL

### Existência de pactuação expressa em contrato permite a cobrança de capitalização de juros

Agravo Interno - Recurso Especial - Negativa de seguimento com base no artigo 1.030, inciso I, alínea “B”, do Código de Processo Civil de 2015 - Bancário - Ação revisional - Contrato de financiamento - Cobrança de capitalização de juros - Pactuação expressa - Possibilidade - Questão resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial representativo de controvérsia n. 973.827/RS - Acórdão local em harmonia com a decisão proferida pela Corte Superior - Correta aplicação do recurso paradigma - Reexame do conjunto probatório - Óbices previstos nas súmulas 5 e 7 do STJ - Agravo desprovido.

(TJ/PR - Ag. Interno n. 1046825-4/05 - Órg. Esp. - Rel.: Des. **Arquelau Araujo Ribas** - Fonte: DJ, 15/03/2017).

### Manutenção indevida de protesto gera indenização por danos morais

Apelação cível. Indenização por danos morais. Manutenção indevida de protesto. Agravo retido. Relação de consumo, evidenciada. Aplicabilidade do código de defesa do consumidor devida. Inversão

do ônus da prova. Verossimilhança das alegações além de hipossuficiência técnica e financeira. Inversão do ônus da prova, devida. Decisão mantida. Mérito. Manutenção de protesto após pagamento. Responsabilidade pela baixa do protesto do devedor desde que o credor forneça carta de anuência ou original do documento protestado, o que não é o caso dos autos. Inteligência do art. 26 da Lei 9492/97. Excepcionalidade do caso em concreto. Ato ilícito evidenciado. Dever de indenizar reconhecido. Redução do *quantum* indenizatório. Descabimento. “quantum” adequado. Observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Dúplice caráter da condenação. Punitivo/compensatório. Multa diária por descumprimento. Meio coercitivo para dar efetividade a medida. Inteligência dos artigos 287, 461 e 798 do Código de Processo Civil/73. Valor da astreinte em conformidade com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Sentença mantida. Agravo retido conhecido e não provido. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1604371-3 - 13a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Athos Pereira Jorge Junior** - Fonte: DJ, 24.03.2017).



### **Inexiste dever de indenizar em decorrência da veiculação de reportagem jornalística noticiando a prisão em flagrante do autor**

Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Veiculação de reportagem jornalística noticiando a prisão em flagrante do autor. Liberdade de imprensa e direito à imagem. Colisão de valores constitucionais. Desnecessidade de prévia autorização para uso da imagem. Matéria jornalística de cunho meramente informativo. Veracidade dos fatos noticiados. Interesse da coletividade quanto à prática de condutas delituosas. Ato que ultrapassa a esfera individual do investigado. Ofensa à honra não caracterizada. Inexistência de abuso de direito. Ausência do dever indenizatório. Sentença mantida. Arbitramento de honorários recursais. Recurso não provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1591438-6 - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Clayton de Albuquerque Maranhão** - Fonte: DJ, 22.03.2017).

### **Ausente o interesse de agir em ação que versa sobre tema alvo de transação extrajudicial firmada com a assistência de advogados**

Apelação Cível - Ação de indenização por erro médico - Agravo retido - Transação extrajudicial formalizada entre autor e hospital réu - Requerente que se compro-

meteu a nada mais reclamar em relação aos serviços prestados pelo requerido - Expressa quitação, ampla, rasa, geral e irrestrita, concedida pelo autor - Partes auxiliadas por advogados - Pretensão da parte autora de receber indenização material e moral em decorrência de suposta falha na prestação de serviços pelo réu, à qual renunciou quando da transação - Carência de ação - Ausência de interesse de agir - Extinção do feito, sem resolução de mérito - Agravo retido acolhido - Apelação cível prejudicada. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1398105-6 - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Domingos José Perfetto** - Fonte: DJ, 03.04.2017).

### **Pleito de indenização securitária independe do esgotamento da via administrativa**

Apelação cível. Ação de responsabilidade securitária. Seguro habitacional. Preliminares de inépcia da inicial e ilegitimidade passiva e ativa rejeitadas. Pretensão de formação de litisconsórcio passivo afastada. Prescrição. Não ocorrência. Cobertura securitária. Perícia que atesta a ausência de risco de desmoronamento parcial. Vício de construção que, por si só, não está coberto pela apólice securitária. Dever de indenizar inexistente. Sentença reformada. Recurso provido em parte. 1. Somente a seguradora tem legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, desde quando a pretensão dos autores, fundada em cláusulas do

contrato de seguro, respeita exclusivamente à indenização securitária. 2. Não se exige o prévio esgotamento da via administrativa para pleitear indenização securitária, consoante o disposto no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal. 3. Titulares dos chamados contratos de gaveta possuem legitimidade para pleitear indenização securitária, já que se sub-rogam nos direitos e obrigações do contrato primitivo. 4. É cediço no e. STJ que "... no tocante à alegação de prescrição da pretensão autoral, é importante esclarecer que, na linha dos julgados desta Corte, os danos decorrentes de vício da construção se protraem no tempo e, por isso, não permitem a fixação de marco temporal certo, a partir do qual se possa contar, com segurança, o termo inicial do prazo prescricional para a ação indenizatória correspondente a ser intentada contra a seguradora. Logo, deve ser afastada a prejudicial de prescrição." (AgInt no AREsp 102.475/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 04/11/2016). 5. De acordo com as conclusões do Laudo Pericial, apesar dos vícios de construção existentes nos imóveis de todos os Autores, não há qualquer risco de desmoronamento, ainda que parcial, afastando-se, ipso facto, o dever de indenizar.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1597748-1 - Ac. unânime - 10a. Câmara Cív. - Rel.: Des.

**Domingos Ribeiro da Fonseca** - Fonte: DJ, 03.04.2017).

### **Devida indenização por danos morais face ao envio de correspondência eletrônica com conteúdo ofensivo**

Apelação Cível - Indenização por danos morais - Ofensa à honra - Envio de correspondência eletrônica com conteúdo ofensivo - Palavras negativas a respeito do autor proferidas em assembleia geral dos sócios de pessoa jurídica - Abuso do direito de livre manifestação do pensamento - Dano moral presumido - Retratação - Não cabimento - Recursos conhecidos e não providos. 1. Restando evidenciado que o réu proferiu palavras desabonadoras, excedendo aos limites do direito à liberdade de expressão e ofendendo a honra e o bom nome do autor, é devida a indenização por danos morais. 2. A retratação só é cabível quando houver prova de que a qualificação atribuída ao ofendido era indevida e inverídica, circunstância que não foi objeto de investigação nestes autos.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1569398-0 - 9a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Luiz Macedo Junior** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **Empresa possui responsabilidade objetiva em decorrência do extravio de bagagem**

Apelações cíveis - Ação de indenização por danos materiais e morais - Transporte aéreo - Extravio definitivo de bagagem - Pre-



valência do Código de Defesa do Consumidor em relação às regras restritivas da Convenção de Montreal, da ANAC e do Código Brasileiro da Aeronáutica - Aplicação somente quando não contrariarem as normas de ordem pública - Responsabilidade objetiva da transportadora - Descumprimento da obrigação contratual de transporte - Dever de indenizar configurado - Danos materiais - Inaplicabilidade do limite indenizatório estabelecido no Código Brasileiro de Aeronáutica - Princípio da reparação integral do dano - Impossibilidade de comprovação exata dos itens extraviciados - Declaração de bagagem - Exigência cabível ao transportador para limitar indenização - Análise do caso concreto - Verossimilhança das alegações iniciais - valor devido - Dano moral - Discussão acerca do *quantum* - Redução - Cabimento - Circunstâncias do caso concreto que devem ser consideradas - Precedentes desta corte - Juros de mora fixados, de ofício, a partir da citação - Relação contratual - Art. 405 do CC - Honorários advocatícios majorados. Recurso de apelação da ré (01) parcialmente provido para reduzir o valor fixado a título de dano moral. Recurso de apelação da autora (02) parcialmente provido para majorar o valor dos honorários advocatícios, ficando estabelecido, de ofício, que os juros de mora passam a incidir a partir da data da citação.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1587225-0 - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Gilberto Ferreira** - Fonte: DJ, 05.04.2017).

### **Segurado deve receber o prêmio em decorrência de invalidez total quando o contrato é omissivo quanto ao valor relativo à invalidez parcial**

Ação de cobrança. Seguro de vida. Sentença de parcial procedência. Apelação cível interposta pelo autor. Ausência de diferenciação na apólice do valor indenizatório para cobertura de invalidez permanente total ou parcial. Não demonstração de que o segurado teve acesso às cláusulas gerais do seguro. Impossibilidade de limitação. Seguradora que deve arcar com o pagamento integral do valor indenizatório, mesmo que a invalidez seja parcial. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1625173-7 - 10a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Guilherme Freire de Barros Teixeira** - Fonte: DJ, 10.04.2017).

### **Cliente deve ser indenizada por mancha no rosto oriunda de má-aplicação de ácido em peeling**

Apelação cível. Ação de indenização. Tratamento estético. *Peeling tca*. Mancha extensa na face direita da autora. Queimadura química atestada por seu médico e comprovada por perícia e prova testemunhal. Utilização de ácido em porcentagem superior à espe-

cificada. Resultado e riscos não esperados. Serviço defeituoso. Dano moral configurado. *Quantum*. Danos graves. Autora que passou por tratamento com as rés e com dermatologista, com redução da evidência da mancha em seu rosto, mas sem conseguir reverter o quadro. Necessidade de utilização de cremes e maquiagem de cores diferentes. Princípio da uniformidade das decisões judiciais e da vedação do enriquecimento sem causa. Consideração do caso concreto e da situação financeira das partes, observando as funções compensatória e pedagógica. Valor alterado. Dano estético. Possibilidade de reparação do dano decorrente de deformidades permanentes causadas pelas lesões do acidente. Inexistência de confusão com o dano moral. Autonomia das indenizações. Valor alterado. Danos materiais devidamente comprovados. Apelação cível conhecida e desprovida. Recurso adesivo conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1622665-8 - 10a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Guilherme Freire de Barros Teixeira** - Fonte: DJ, 10.04.2017).

### **Pactuação expressa de taxas e tarifas em contrato é válida**

Ação de prestação de contas. Segunda fase. 1. Agravo retido. Art. 523, § 1º, do CPC. Não conhecimento. 2. Apelação cível. Capitalização mensal de juros. Ausência

de interesse recursal. Tópico não conhecido. Taxas e tarifas. Pactuação. Juros remuneratórios. Ausência de abusividade. 1. Não é de se conhecer do agravo retido quando inexistente oportuno requerimento de sua apreciação (art. 523, § 1º, CPC). 2. Existindo pactuação expressa, é de se manter a cobrança relativa à taxas e tarifas. 3. Somente se pode cogitar de alteração dos juros remuneratórios se houver prova cabal de que estes excederam ao limite da taxa média de mercado, hipótese esta contrária à conclusão do laudo pericial. Agravo retido não conhecido. Apelação não provida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1640099-2 - 15a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Hayton Lee Swain Filho** - Fonte: DJ, 17.04.2017).

### **É admitida a capitalização de juros expressamente prevista em instrumento contratual**

Apelação cível. Ação de revisão de contrato c/c repetição de indébito. Contrato de cheque especial. Capitalização de juros. Contratação expressa não demonstrada. Contrato não juntado aos autos. Afastamento. Juros remuneratórios. Limitação à taxa média de mercado. Repetição de indébito. Apuração em liquidação de sentença. Repetição em dobro. Não condenação. Ausente o interesse recursal. Ofensa aos princípios da

boa-fé, lealdade e probidade. Não configuração. Redistribuição do ônus de sucumbência. Recurso de apelação n. 1 provido. Recurso de apelação n. 2 conhecido em parte e desprovido. 1. A jurisprudência tem se posicionado no sentido de que é possível a capitalização de juros nos contratos posteriores a 31 de março de 2000, desde que expressamente pactuada. Ausente a demonstração de sua contratação, há que se afastar a capitalização dos juros. 2. Constatou-se que é livre a contratação de juros remuneratórios, sendo possível a intervenção do Judiciário apenas em caso de abusividade demonstrada, quando ausente a pactuação ou inexistindo o contrato nos autos. 3. Os juros remuneratórios devem ser vinculados à média de mercado calculada pelo Banco Central, tendo em vista a não demonstração das taxas efetivamente cobradas, ante a não juntada do contrato aos autos. 4. A existência de valores a serem restituídos/compensados deverá ser apurada em sede de liquidação de sentença. 5. A alegação de impossibilidade de repetição em dobro não merece conhecimento, uma vez que não houve condenação em repetição dobrada de valores. 6. Plenamente possível o requerimento de revisão de cláusulas contratuais quando houver ilegalidade a ser reconhecida, não havendo que se falar em ofensa aos princípios da lealdade, probidade e boa-fé.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1594939-0 - 16a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hélio**

**Henrique Lopes Fernandes Lima** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **É indevida a indenização por participação em pirâmide financeira**

Civil e processual civil. Apelação cível. Ação rescisão contratual cumulada com restituição de valores, lucros cessantes e indenização por danos morais. Sentença de parcial procedência para declarar nulo o contrato por ilicitude de objeto. Pirâmide financeira 1. Danos morais. Inocorrência. Apelante que sabia da ilicitude do objeto do contrato. 2. Ressarcimento do aporte inicial. Ausência de comprovação de seu pagamento. Não cumprimento do ônus probatório. Art. 373, I do CPC. - Incabível reparação por danos morais decorrentes de contrato de pirâmide financeira, pois do seu conteúdo facilmente se constata que a contratada subsiste do ingresso de novos participantes e não pela venda efetiva dos produtos ou serviços, bem como pela evidente exorbitância dos lucros prometidos. - Não comprovando a autora o pagamento do valor que pretende ressarcimento, como era seu ônus a teor do artigo 373, I do CPC, indevida a condenação neste sentido. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1589832-3 - 12a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Ivanise Maria Tratz Martins** - Fonte: DJ, 18.04.2017).

### **Construtor possui responsabilidade objetiva por vício construtivo**

Apelação cível - Ação indenizatória por danos materiais e morais em decorrência de defeitos construtivos - Má execução da obra - Vícios construtivos comprovados por laudo pericial - Responsabilidade objetiva do construtor - Inteligência do art. 12 do CDC - Obrigação de indenizar - Incidência do BID - Rubrica necessária à reparação integral - Dano moral caracterizado - legítima expectativa frustrada - Imóvel deteriorado - Sentença mantida - Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1634291-9 - 7a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Joeci Machado Camargo** - Fonte: DJ, 11.04.2017).

### **Trânsito em julgado da sentença penal condenatória torna definitiva a obrigação de indenizar no âmbito cível**

Apelação Cível e Recurso Adesivo - Ação indenizatória por danos morais - Condenação por crime de lesão corporal - Trânsito em julgado na esfera criminal torna certa a obrigação de indenizar - Art. 935 do CC e art. 91, I do CP - Indenização devida - Sequelas físicas e psíquicas demonstradas - Impugnação do réu ao laudo médico - Ausência de contraprova - Ônus da parte comprovar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor - *Quan-*

*tum* mantido - Sentença inalterada recurso de apelação desprovido recurso adesivo desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1621426-7 - 9a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José**

**Augusto Gomes Aniceto** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **Apontamento do título fraudado para protesto não gera responsabilidade civil**

Apelação Cível - Ação declaratória de nulidade de título c/c indenizatória por danos morais e materiais - Sentença de procedência - Emissão de notas fiscais mediante fraude - Fato incontroverso nos autos - Todavia, o simples apontamento do título para protesto, ainda que lastreado em dívida inexistente, não gera indenização por danos morais. Não verificação de abalo à honra - ausência de publicidade e conhecimento de terceiros do ato notarial - parte autora foi intimada pessoalmente pelo cartório de protestos - precedentes do STJ e desta corte - Dano moral não verificado - Inversão da sucumbência - sentença reformada. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1570233-1 - 13a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Josély**

**Dittrich Ribas** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **Reconhecimento da dívida não resulta em novação**

Processual civil. Ação de busca e apreensão. Sentença que, ao reconhecer novação da obrigação,

extinguiu o feito, sem resolução do mérito por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Pertinência da notificação extrajudicial como pressuposto do ajuizamento da ação de busca e apreensão (Decreto-Lei n. 911/1969, Artigo 2º, § 2º). Ausência de comprovação do ânimo de novar a obrigação anterior. Ônus que incumbia à requerida por se tratar de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, artigo 373, inciso II). desnecessidade de expedição de nova notificação extrajudicial para ajuizar a ação de busca e apreensão. Precedentes desse tribunal de justiça. Sentença cassada. Recurso provido. “(...) Não há falar em novação objetiva quando o devedor repactua dívida vencida e não paga por meio de confissão de dívida. O reconhecimento da dívida não configura novação, pois ausente o *animus novandi* (...)” (José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo. Código Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 355-356).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1595758-9 - 16a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Lauro Laertes de Oliveira** - Fonte: DJ, 13.03.2017).

### **Suspensão de serviço de TV a cabo não gera danos morais**

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Prestação de serviço de TV a cabo. Síntese fá-

tica. Parte autora que busca indenização por danos morais, haja vista a suspensão do serviço de TV a cabo de forma indevida. Sentença de improcedência. Recurso dano moral. Inocorrência. Suspensão do serviço de TV a cabo. Ausência de comprovação de situação excepcional a justificar a indenização por danos morais. Mero dissabor. Descumprimento contratual que não enseja reparação moral. Ônus sucumbencial. Manutenção. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1601393-7 - 11a. Câm.

Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lenice**

**Bodstein** - Fonte: DJ, 27.03.2017).

### **Aluno pode rescindir contrato com instituição de ensino que arregimentou estudantes por meio de propaganda enganosa**

Apelação cível. Ação de indenização. Contrato de prestação de serviços educacionais. Curso de graduação em administração autorizado, mas não reconhecido pelo MEC. Panfleto publicitário da requerida que transmite a ideia de que todos os cursos ofertados são reconhecidos pelo MEC. Publicidade enganosa. Art. 37, § 1º, do CDC. Suposto reconhecimento pelo MEC informado também por prepostos da requerida, de acordo com a prova oral. Contrato que, embora informasse a pendência de reconhecimento pelo MEC, não foi entregue à autora, mas apenas disponibilizado em site da instituição. Dever

de informar prestado de forma deficiente. Direito ao cancelamento da matrícula independentemente do pagamento de valores. Danos morais. Falha sobre informação essencial ao serviço contratado. Ingresso em curso superior que exige tempo e planejamento. Expectativa de formação profissional frustrada. Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório arbitrado proporcionalmente às circunstâncias do caso. Ônus sucumbenciais redistribuídos. Sentença parcialmente reformada. (1) Recurso da requerida não provido. (2) Recurso da autora provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1599125-6 - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lilian Romero** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **Não cabe indenização por acidente ocorrido por culpa exclusiva da vítima**

Apelação cível. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais. 1. Novo código de processo civil. Aplicabilidade. 2. Atropelamento com vítima fatal (marido da autora). Pedestre atingido pela parte dianteira direita de veículo de transporte coletivo. Afirmação da apelante/ autora de que o condutor do ônibus não agiu com a cautela devida. Ausência de provas do alegado. Boletim de ocorrência. Informação de que o sinistro ocorreu em

rotatória. Área de acesso dos ônibus às estações- tubo de embarque e desembarque. Local inapropriado à circulação de pedestres. Existência de faixa de travessia a menos de 50 (cinquenta) metros do local do acidente. Inobservância do disposto no artigo 69, do código de trânsito brasileiro. Testemunhas que não apontaram para qualquer conduta imprudente, negligente ou imperita do motorista. Culpa exclusiva da vítima. Sentença de improcedência mantida. 3. Honorários advocatícios recursais. Fixação. Possibilidade. Artigo 85, § 11, NCPC. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1585124-0 - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luis Sérgio Swiech** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **Clientes são indenizadas por revista vexatória em loja**

Ação de reparação de dano moral. Acusação de furto em estabelecimento comercial. Pedido improcedente. Insurgência das autoras. Acusação que se revelou infundada após realização de revista pessoal por autoridade policial. Inequivoca exposição vexatória das autoras perante a clientela da ré. Pretensão que merece acolhimento. O ordenamento jurídico adotou o critério aberto, não tarifado, para a fixação do valor da indenização por dano moral, devendo o magistrado analisar as circunstâncias e peculiaridades existentes para assim proceder,



de modo que a quantia não seja nem ínfima e nem excessivamente elevada, e sim proporcional e razoável à ofensa praticada. Caso concreto que impõe o abitramento da quantia a ser indenizada em dez mil reais para cada autora. Condenação da ré ao pagamento da verba da sucumbência. Recurso provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1602020-3 - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Cezar Nicolau** - Fonte: DJ, 18.04.2017).

### **Dano moral decorrente de inscrição errônea em cadastro de proteção ao crédito é presumido**

Apelação Cível - Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais - Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes - Contrato de cessão de crédito - Inexistência de relação contratual e da origem do débito - Cessionária que tem o dever de se certificar quanto à existência do crédito cedido. Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça - Inaplicabilidade no caso concreto - Dano moral *in re ipsa* - *Quantum* indenizatório - Majoração juros de mora e correção monetária - termo inicial. Recurso de apelação '01', da ré, desprovido. Recurso de apelação '02', do autor, provido. 1 - Revela-se indevido o cadastramento do nome do autor no rol de inadimplentes, promovido pela cessionária de créditos, que não comprovou a existência e regularidade da dívida que

originou a inscrição. 2 - Inaplicável, ao caso, o enunciado da Súmula 385, do Superior Tribunal de Justiça, face à não existência, ao tempo da negativação em liça, de qualquer registro anterior em nome do autor. 3 - O dano moral decorrente da inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito é presumido e, portanto, prescinde de comprovação. 4 - A fixação do dano moral fica ao prudente arbítrio do Juiz, devendo pesar nestas circunstâncias, a gravidade da culpa, a extensão do dano, a possibilidade de quem deve repará-lo e as condições do ofendido, cumprindo levar em conta, que a indenização não deve gerar o enriquecimento ilícito, constituindo, ainda, sanção apta a coibir atos da mesma espécie. 5 - Em se tratando de dano moral decorrente da negativação do nome do autor em cadastro de inadimplentes, quando inexistente relação contratual, os juros de mora devem incidir desde a data da inscrição indevida e, a correção monetária, desde o arbitramento da indenização, *ex vi* da Súmula 362, do STJ.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1605773-1 - 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Lopes** - Fonte: DJ, 03.03.2017).

### **Considera-se abusiva a cláusula que prevê a possibilidade de rescisão unilateral do contrato apenas ao arrendante**

Apelação cível - Ação de rescisão de contrato - Arrendamento

mercantil. Restituição do veículo e resilição do contrato - Possibilidade - Direito do arrendatário de, estando impossibilitado de continuar adimplindo com o contrato, devolver o veículo a fim de não ser o mesmo objeto de ação de reintegração de posse por inadimplemento - Descabida a recusa do arrendante em receber o veículo e resilir o contrato - Restituição do valor do VRG - Possibilidade, compensado com eventual débito - Forma de devolução estabelecida no REsp n. 1.099.212-RJ - Precedentes. Inversão do ônus de sucumbência - Não cabimento. Recurso conhecido e improvido. 1. O contrato estabelece a possibilidade de rescisão unilateral, por parte da arrendante, sem que tal direito seja concedido também a arrendatária, caracterizando, deste modo, a abusividade da cláusula, de forma que tal direito deve ser estendido ao arrendatário, uma vez que o contrato bilateral pressupõe a possibilidade de rescisão unilateral. 2. Imperiosa a restituição do VRG “quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação”, questão a ser analisada em sede de liquidação de sentença, após a venda do veículo pela instituição financeira.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1533572-3 - 18a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Marcelo Gobbo Dalla Dea** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **Maioridade civil não extingue a obrigação alimentar**

Direito de família. Encargo alimentar. Agravo de instrumento. Decisão judicial que determinou o pagamento de encargo alimentar. Maioridade civil. Natureza complementar e subsidiária. Cabimento. Trinômio possibilidade, necessidade e proporcionalidade. 1. O art. 1.695 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil) prevê que os alimentos são devidos quando “quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento. 2. Recurso de agravo conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1583871-6 - 12a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Mario Luiz Ramidoff** - Fonte: DJ, 31.03.2017).

### **A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento da ação contra o fiador**

Apelação cível. Execução de título extrajudicial. Recuperação judicial. Fiadores. Suspensão da execução. Impossibilidade. A princípio, o fiador é responsável por obrigação autônoma e independente. Dessa forma, conclui-se que a norma excepcional do artigo 6º da Lei n. 11.101/05 não se estende para suspender a execução contra ele já iniciada ou a que vier



a ser proposta. Apelação cível desprovida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1600501-5 - 16a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Cezar Bellio** - Fonte: DJ, 19.04.2017).

### É possível a cobrança de comissão de corretagem anteriormente fixada em contrato

Apelação cível. Ação ordinária de ressarcimento por perdas e danos. Atraso na entrega do imóvel. Sentença de parcial procedência. Irresignação da construtora. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Solidariedade quanto ao pagamento da comissão de corretagem. Inteligência dos arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, ambos do CDC. Pessoa jurídica que integra a cadeia de consumo. Inversão da cláusula contratual que previa multa moratória exclusivamente em benefício do fornecedor, para a hipótese de mora ou inadimplemento do consumidor. Possibilidade. Equilíbrio contratual. Lucros cessantes. Presunção dos danos negativos. Validade da cláusula contratual que prevê a comissão de corretagem. Matéria pacificada através do julgamento do recurso repetitivo REsp. n. 1.551.951/SP. Possibilidade da cobrança desde que previamente estabelecida contratualmente. Inocorrência. Violação ao dever de informação. Danos emergentes. Cabimento. Diminuição do *quantum*, consoante prova dos autos. Danos morais devidos. Honorários con-

tratuais como verba indenizatória. Cumulação com verba de sucumbência. Impossibilidade. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1557313-6 - 7a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ramon de Medeiros Nogueira** - Fonte: DJ, 22.03.2017).

### Proposta de contrato educacional obriga o proponente

Apelação cível. Ação de consignação em pagamento c/c obrigação de fazer e repetição de indébito. Contrato de prestação de serviços educacionais. Sentença de improcedência. Pleito de manutenção do desconto recebido nas mensalidades. Desconto condicionado a representação do colégio decisivo pelos apelantes nos campeonatos de futsal. Ausência de organização de campeonatos que não podem prejudicar os apelantes, já que estavam totalmente disponíveis a qualquer convocação. A proposta de contrato obriga o proponente. Inversão dos ônus sucumbenciais. Recurso provido. A proposta encaminhada por instituição de ensino, oferecendo descontos no valor das mensalidades, integra o contrato que vier a ser celebrado com quem a recebeu, nos termos do art. 427 do Código Civil.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1540073-6 - 6a.

Câm. Crim. Ac. unânime - Rel.: Des.

**Roberto Portugal Bacellar** - Fonte: DJ, 17.04.2017).

### **Lei consumerista jamais pode ser utilizada em desfavor do consumidor**

Conflito negativo de competência. Medida cautelar de exibição de documentos. Considerada a competência absoluta em razão da relação de consumo, impossível a utilização da lei protcionista de forma desfavorável ao consumidor, a fim de afastar o fórum de sua escolha, salvo em hipóteses excepcionais, em que haja escolha de foro aleatório e sem nenhuma relação com a parte. Parte autora que escolhe foro aleatório, em desrespeito à lei processual. Impossibilidade. Precedentes. Competência do juízo suscitante. Conflito de competência rejeitado.

(TJ/PR - Confl. de Competência n. 1491897-3 - 13a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Rosana Andriguetto de Carvalho** - Fonte: DJ, 31.03.2017).

### **Existência de alienação parental autoriza a guarda provisória do menor a cargo do genitor**

Direito da criança e do adolescente. Agravo de instrumento. Ação de guarda. Pretensão de reversão da guarda liminar - Impossibilidade - Ausência de verossimilhança nas alegações - Índícios da prática de alienação parental pela agravante - Estudos sociais que indicam a aptidão do genitor para o exercício da guarda provisória. Recurso conhecido em parte e não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1596837-9 - 11a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Muggiati** - Fonte: DJ, 19.04.2017).

### **Imóveis adquiridos em sub-rogação de bens particulares não fazem parte da partilha realizada quando do fim da união estável**

Apelação cível. Ação ordinária. Sentença de procedência. Benefício da assistência judiciária gratuita já concedido. Inexistência de direito do ora apelante aos imóveis adquiridos na constância da união estável por sua companheira. União regulada pelo regime da comunhão parcial de bens. Imóveis que foram adquiridos em sub-rogação de bens particulares. Impossibilidade de comunicação. Exegese do artigo 1.659, inciso II, do Código Civil. Parte interessada que não fez prova do alegado. Constitucionalidade do artigo 1.790, inciso II, do Código Civil. Questão já analisada pelo órgão especial deste tribunal. Decisão da que deve ser respeitada. Exegese do artigo 272-A do Regimento Interno e artigo 927, V, do NCPC. Decisão escorreita. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1506644-7 - 11a. Câ. Civ. Ac. unânime - Rel.: Des.

**Sigurd Roberto Bengtsson** - Fonte: DJ, 11.04.2017).

### **Fiança não é oponível ao cônjuge que não assentiu**

Apelação Cível - Embargos de Terceiro. Fiança prestada em ins-

trumento de confissão de dívida - Penhora de imóvel - Sentença de acolhimento com reconhecimento de impenhorabilidade de 50% do imóvel - Insurgência - Pretensão a declaração de nulidade da fiança prestada - Ausência de outorga uxória - Impossibilidade - Omissão do estado civil do fiador na realização do contrato - Inaplicabilidade da súmula n. 332 do STJ - Princípio da boa-fé objetiva - Fiança válida - Não oponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu. Preservação da meação - Impenhorabilidade do imóvel constrito - Bem de família - Reconhecimento - Embargante que reside no imóvel - Comprovação - Observância ao direito à moradia - Inteligência do artigo 1º da Lei n. 8.009/90 - Sentença parcialmente reformada - Honorários recursais - Majoração - Incidência do art. 85, § 11, do CPC/15. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1620777-5 - 14a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Themis de Almeida Furquim Cortes** -

Fonte: DJ, 05.04.2017).

### **É indevida a indenização decorrente de tetraplegia quando ausente culpa do condutor**

Apelação cível. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Tetraplegia do carona. Transporte desinteressado. Responsabilidade do condutor do veículo somente quando este incorrer em dolo ou culpa grave. Súmula 145 do STJ. Não comprovação de excesso de velocidade ou eventual embriaguez do condutor. Autora que não estava usando o cinto de segurança. Ato que contribuiu para a gravidade das lesões sofridas. Conjunto probatório que afasta a intenção do réu condutor em provocar o acidente, bem como possível imprudência. Responsabilidade afastada. Reforma da sentença. Readequação dos ônus de sucumbência. Recurso-1 provido recurso- 2 prejudicado.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1608439-6 - 9a. Câm.

Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Vilma**

**Régia Ramos de Rezende** - Fonte: DJ,

12.04.2017).

## CRIMINAL

### Existência de *animus necandi* impossibilita a desclassificação para o delito de homicídio culposo

Recurso em sentido estrito. Homicídio simples. Desclassificação para o delito de homicídio culposo. Impossibilidade. Conjunto probatório sinaliza a existência de *animus necandi*. Recurso desprovido. Se a prova acostada aos autos não afasta de maneira incontestada o *animus necandi*, deve a tese defensiva ser examinada pelo Egrégio Tribunal do Júri, que possui competência constitucional para processar e julgar crimes dolosos contra a vida, consoante estabelece o artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal.

(TJ/PR - Recurso em Sent. Estrito n. 1562183.1 - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Antonio Loyola Vieira** - Fonte: DJ, 31.03.2017).

### Contagem de tempo para fins de progressão é reiniciada com o cometimento de falta grave

Recurso de Agravo. Cometimento de falta grave consistente em fuga do estabelecimento prisional. Homologação e regressão ao regime fechado. Matéria preclusa. Início da nova contagem para fins de progressão. Recaptura do apenado, considerando. Se a pena rema-

nescente. Precedentes STJ e desta Corte de Justiça. Honorários advocatícios. Fixação devida. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, parcialmente provido.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1566052.7 - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Carvilio da Silveira Filho** - Fonte: DJ, 03.04.2017).

### Possível reiteração delitiva permite a manutenção da prisão preventiva

*Habeas corpus* crime. Furto qualificado. Decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva. Fundamentação hígida do decreto cautelar ante a presença dos requisitos autorizadores da medida excepcional. Garantia da ordem pública. Real possibilidade de reiteração delitiva. Negativa de autoria. Questão de mérito a ser resolvida na instrução processual. Ordem conhecida e denegada. I. A prisão preventiva do paciente foi decretada com base em seus pressupostos legais, consistentes na prova da materialidade e nos indícios suficientes da autoria da prática do crime de furto qualificado. II. A manutenção da medida restritiva encontra fundamento na necessidade de se acautelar a ordem pública, em razão não apenas da gravidade própria dos tipos penais,

mas em razão da real possibilidade de reiteração delitiva. III. A alegação de que o paciente não cometeu o crime em tela é questão de mérito, incabível de análise na via estreita do *habeas corpus*.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1635230.0

- 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Celso Jair Mainardi** - Fonte: DJ, 03.04.2017).

### **Estado não deve desconsiderar a carga horária de estudo excedente ao limite legal de quatro horas diárias do apenado**

Agravo em Execução Penal. Remição pelo estudo. Frequência em curso. Carga horária excedente ao limite legal de quatro horas diárias desconsideradas. Impossibilidade. Distribuição da carga horária que deve ser atribuída ao estado. Circunstância não imputável ao apenado. Direito subjetivo à remição da totalidade de dias. Recurso provido.

(TJ/PR - Agravo em Exec. Penal n.

1602699.8 - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime

- Rel.: Des. **Clayton Coutinho de**

**Camargo** - Fonte: DJ, 05.04.2017).

### **Sustento de filhos menores de doze anos não constitui motivo suficiente para revogação da prisão preventiva**

*Habeas corpus* crime. Tráfico de drogas dentro do estabelecimento prisional. Alegação de ausência dos requisitos ensejadores do decreto prisional. Inocorrência. Índícios

suficientes da autoria e prova da materialidade dos crimes. Resguardo da ordem pública. Impossibilidade de análise probatória aprofundada na via estreita do *habeas corpus*. Condição pessoal favorável. Sustento de filhos menores não constitui motivo suficiente para revogação da prisão. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem conhecida e denegada.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1628665.2 -

3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Eugênio Achille Grandinetti** - Fonte: DJ, 22.03.2017).

### **Medida de segurança deve ser aplicada nos casos de inimputabilidade do autor**

Penal. Crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06). Absolvição imprópria, com a aplicação de medida de segurança de internação hospitalar. Inimputabilidade do réu demonstrada. Pleito de substituição por tratamento ambulatorial. Impossibilidade. Delito punido com pena de reclusão. Inteligência do art. 97, do Código Penal. Medida adequada às circunstâncias do caso concreto. Inviabilidade da redução do prazo mínimo de 3 (três) anos de internação. Escolha do lapso temporal justificada diante de elementos concretos. Recurso desprovido. a) “(...) 1. Nos casos de inimputabilidade do autor do fato típico apenado com reclusão deve ser aplicada a medida de segurança de internação.

2. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg no REsp 1413334/MG, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), quinta turma, julgado em 16/06/2015, DJe 24/06/2015).b) Inadmissível a redução do período de duração mínimo da medida de segurança imposta porquanto a imposição do prazo de 3 (três) anos se deu mediante fundamentação idônea.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1541338.6 - 3a.

Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Eugenio Achille Grandinetti** - Fonte: DJ, 29.03.2017).

### É possível a determinação de prisão preventiva a portador de HIV

*Habeas corpus* crime. Furto qualificado. Uso de documento falso. Prisão preventiva calcada na garantia da ordem pública e na aplicação da lei penal. Pleito de substituição da prisão cautelar pela prisão domiciliar ou outra medida cautelar. Descabimento na via estreita do *writ*. Condições de saúde da paciente, portadora do vírus HIV, que por si só, não obstam a decretação da custódia cautelar. Não demonstra a impossibilidade de tratamento médico dentro do estabelecimento carcerário. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1641783.3 -

4a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Fernando Wolff Bodziak** - Fonte: DJ, 27.09.2017).

### Preservação da ordem pública autoriza a manutenção da prisão preventiva por longo prazo

*Habeas corpus*. Roubo majorado. Prisão preventiva. *Fumus commissi delicti e periculum libertatis* demonstrados. Recolhimento ao ergástulo necessário para a manutenção da ordem pública. Ausência de constrangimento ilegal. I. A “... questão do excesso de prazo na formação da culpa não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto.” II. Na presente hipótese, considerando a existência dos indícios de *fumus commissi delicti*, bem como, o *periculum libertatis*, a manutenção do recolhimento preventivo ao ergástulo público é de rigor para que seja a ordem pública preservada. Ordem denegada. (TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1645972.6 - 3a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Gamaliel Seme Scaff** - Fonte: DJ, 05.04.2017).

### Apenado deve regredir de regime prisional quando comete falta grave

Recurso de Agravo. Regressão de regime. Prática de fato definido como crime doloso. Falta grave. Configuração. Data-base para progressão de regime. Decisão superveniente. Recurso parcialmente

prejudicado e, no restante, não provido. O cometimento de falta grave durante o cumprimento da pena privativa de liberdade determina a regressão do apenado a regime mais rigoroso, consoante previsão do art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal. Resta prejudicado o pleito de alteração da data-base em face de superveniente decisão que concedeu a progressão para o regime semiaberto. Recurso parcialmente prejudicado e, no restante, não provido.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1628640.5 - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime. Rel.: Des. **Jorge Wagih Massad** - Fonte: DJ, 11.04.2017).

### **Acusado que comprova a ausência de regular intimação obtém a anulação de todo o processo**

Apelação crime. Roubo. Art. 157, § 2º, I e II do Código Penal. Ausência de regular intimação para comparecimento à audiência de instrução e julgamento. Certidão do oficial de justiça dando conta de que o endereço do réu não existia e portanto o mesmo não fora encontrado. Decreto de revelia. Audiência que se deu sem a presença do acusado, com posterior sentença condenatória e decreto de prisão preventiva. Réu que comparece em juízo em sede de apelo e comprova que continua residindo no mesmo endereço declinado nos autos, tendo a prefeitura, sem aviso prévio, renumerado as residências daquele

logradouro. Não esgotamento das tentativas para intimação. Nulidade do feito desde o decreto de revelia. Necessidade de renovação dos atos processuais, inclusive audiência de instrução e julgamento, com anterior e regular intimação do réu. Art. 564, III, 'O' do CPP. Recurso provido. Análise do mérito prejudicado.

(TJ/PR. Ap. Criminal n. 1588941.3 - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Cichocki Neto** - Fonte: DJ, 18.04.2017).

### **Porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato**

Apelação crime. Porte ilegal de arma de uso permitido dentro do veículo. Artigo 14 *caput* da Lei 10.826/2003. Prática delituosa confessada pelo réu. Autoria e materialidade comprovadas. Alegada ausência de lesão ao bem jurídico. Crime de perigo abstrato e de mera conduta. Porte para defesa pessoal. Meio ilegal de proteção. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1605471.2 - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Carlos Dalacqua** - Fonte: DJ, 28.03.2017).

### **Relacionamento amoroso entre a vítima e o autor do estupro de vulnerável não afasta a punibilidade**

Apelação criminal. Recurso ministerial. Sentença absolutória. Estupro de vulnerável. Irresignação do *parquet*. Vítima com treze anos de idade. Dúvida não verifi-



cada. Impossibilidade de aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Palavra da vítima de que o réu tinha ciência acerca de sua idade. Convivência marital entre vítima e agressor que torna evidente a ciência do acusado acerca da idade da vítima. Consentimento da menor. Irrelevância para a tipificação penal. Violação do bem jurídico tutelado pela norma penal. Materialidade e autoria delitivas devidamente comprovadas. Condenação pelo delito descrito no art. 217.a do CP que se impõe. Recurso conhecido e provido. Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217.A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (REsp 1480881/PI, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, terceira seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015) Apelação criminal 02. Recurso da defesa. Tráfico de entorpecentes, porte ilegal de arma de fogo e munição e receptação. Artigo 33, *caput* da Lei de Drogas, art. 14 da Lei 10.826/2003 e art. 180 do Código Penal. Droga e arma encontradas no veículo do réu, que estava em companhia de menor de idade. Mais drogas na residên-

cia. Existência de prévia denúncia anônima. Condenação fundamentada no depoimento de policiais, da menor que auxiliava o réu e na apreensão de drogas e armas fragilidade do conjunto probatório não demonstrada. Autoria e materialidade comprovadas. Alegação de que não sabia da existência da arma e drogas. Ausência de plausibilidade da tese. Circunstâncias que demonstram que tinha plena ciência da origem ilícita do bem. Existência de prévio B.O. dando conta do roubo da arma. Manutenção da condenação que se impõe. Dosimetria da pena escorreita. Inaplicabilidade do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas para reincidentes. Manutenção da causa de aumento do inciso VI do art. 40 da Lei de Drogas. Menor que confirmou o auxílio ao réu na prática delituosa. Perdimento de bens que deve ser mantido. Pleito pela majoração de honorários advocatícios fixados em 1º grau. Impossibilidade. Valor arbitrado em R\$ 1.000,00 de acordo com o art. 20, § 3º do CPC. Magistrado que não está atrelado à tabela da OAB. Honorários pela atuação em 2º grau. Acolhimento. Valor fixado em R\$ 800,00 recurso conhecido e parcelamento provido, apenas no tocante aos honorários advocatícios.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1412859-3 - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Laurindo de Souza Netto** - Fonte: DJ, 21.09.2016).



### **Comprovação de risco ou dano é dispensável para caracterização do crime de embriaguez ao volante**

Apelação crime. Delito de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB). Alegada atipicidade de conduta, por ausência de comprovação de risco ou dano, bem assim, da alteração da capacidade psicomotora. Descabimento. Autoria e materialidade evidenciadas. Exame do etilômetro que atesta a quantidade de álcool superior à permitida em lei, além dos demais sintomas de consumo de álcool, aferidos pela prova testemunhal e pela confissão do réu. Crime de perigo abstrato e de dano presumido. Conduta típica caracterizada. Pleito de redução da pena aquém do mínimo legal ante a ocorrência da confissão. Impossibilidade. Inteligência da súmula 231 do C. STJ. Pena estabelecida em 6 (seis) meses. Exclusão, de ofício, da restritiva de direito de prestação de serviços à comunidade. Inteligência dos artigos 44, § 2º e 46, ambos do CP. Condenação mantida. Recurso desprovido, e, de ofício, exclusão da restritiva de direito de prestação de serviços à comunidade em substituição à pena corporal. 1. O delito descrito no art. 306 do CTB é considerado crime de perigo abstrato, ou seja, independe de perigo concreto para sua consumação; basta apenas a realização da conduta descrita no verbo núcleo do tipo penal, para sua caracterização. 2. Comprova-

do que o acusado conduzia veículo automotor sob influência de álcool em quantidade superior à permitida em lei, impõe-se a sua condenação. 3. Não se pode estabelecer a pena aquém do mínimo legal, pela confissão espontânea, a teor da Súmula n. 231 do C. STJ.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1523576-8 - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Maurício Pinto de Almeida** - Fonte: DJ, 04.04.2017).

### **É desnecessária a representação da vítima quando da ocorrência de vias de fato em âmbito doméstico**

Recurso em sentido estrito. Contravenção de vias de fato cometida em âmbito doméstico ou familiar. Rejeição da denúncia com fundamento na necessidade de representação da vítima. Desnecessidade. Ação penal pública incondicionada. Inaplicabilidade da lei dos juizados especiais no âmbito de relação doméstica e familiar. Recurso provido. (TJ/PR - Recurso em Sent. Estrito n. 1582508-4 - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **João Domingos Küster Puppi** - Fonte: DJ, 18.04.2017).

### **É dispensável a autorização judicial para a verificação de dados gravados em celular apreendido**

*Habeas corpus* crime. Tráfico de drogas e associação para o tráfico (artigos 33, *caput*, e 35, ambos da Lei 11.343/2006). Alegação de

nulidade. Prova ilícita. Não verificação. Prisão em flagrante. Aparelho de telefonia celular apreendido durante a prisão em flagrante, mesma ocasião em que se constatou, de pronto, a existência de mensagens indicativas da prática do crime de tráfico de drogas. Intercepção de comunicação telefônica que não se confunde com o acesso ao conteúdo documentado eletronicamente no objeto apreendido. Desnecessidade de autorização judicial para acesso aos dados constantes no aparelho de telefone celular apreendido. Precedentes. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem conhecida e denegada.

(TJ/PR - Habeas Corpus n. 1589677-2 - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

**Lidia Maejima** - Fonte: DJ, 24.01.2017).

### **Impossível a redução da pena abaixo do mínimo legal**

Apelação criminal - Estatuto do desarmamento - Posse de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei 10.826/2003) - Procedência - Recurso da defesa - Dosimetria da pena - Pedido de redução da reprimenda provisória em razão da existência das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea - Impossibilidade - Pena - Base fixada no mínimo legal - Inteligência da súmula 231 do STJ - Recurso desprovido. 1. “O debate sobre a redução da pena aquém do mínimo legal restou superado pela pacificação do tema com a edição

da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Fixadas as margens mínima e máxima pelo legislador, e estabelecida a pena em seu grau mínimo, não pode ela ser reduzida aquém do *quantum* punitivo previsto, não obstante a existência de atenuantes, sob pena de se incorrer em ofensa ao princípio da legalidade” (TJPR - 2ª C. Criminal, AC 1259430-4, Curitiba, Rel. José Mauricio Pinto de Almeida, Unânime, J. 26.02.2015). 2. “Inviável acoimar de ilegal o acórdão objurgado no ponto em que, embora reconhecida a menoridade do acusado, não reduziu a sua pena aquém do mínimo legalmente previsto em lei na segunda fase da dosimetria, em estrita observância à Súmula 231 desta Corte Superior de Justiça (...)” (STJ - 5ª T., HC 298123/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 01.10.2014)

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1556953-6 - 2a.

Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luís Carlos Xavier** - Fonte: DJ, 07.04.2017).

### **Indulto presidencial não afasta a reincidência do réu**

Recurso de Agravo em Execução - Pedido de progressão de regime (fechado para o semiaberto) indeferido pelo juízo da execução penal - Réu reincidente - Necessidade de cumprir a fração de 3/5 da pena para progredir - Inconformismo da defesa - Alegação de que o réu foi beneficiado pelo indulto com base no decreto presidencial

n. 8.615/2015 e que em razão deste indulto o réu deve ser considerado primário - Não acolhimento - “[o] indulto, ato político, está previsto no art. 84, XII, da CF, e é privativo do Presidente da República. Tem por escopo extinguir os efeitos primários da condenação, isto é, a pena, de forma plena ou parcial (HC 94.425/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 16/11/2009), persistindo os efeitos secundários, tais como reincidência, inclusão do nome do réu no rol dos culpados, obrigação de indenizar a vítima etc” (HC 368.650/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017) - Manutenção da decisão - Agravo conhecido e não provido.

(TJ/PR - Rec. de Agravo em Execução n. 1642348-8 - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Osorio Moraes Panza** - Fonte: DJ, 18.04.2017).

### **Admitida a compensação entre a atenuante de confissão espontânea e o agravante da reincidência**

Apelação Criminal - Roubo majorado - Compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea - Possibilidade - Recurso conhecido e provido, com a fixação de honorários advocatícios pela atuação em segundo grau. Após o julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, a Terceira Seção do

STJ assentou o entendimento de que é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1564963-7 - 5a.

Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Marcus Vinicius de Lacerda Costa** -

Fonte: DJ, 25.11.2016).

### **Caso possível, o reconhecimento de pessoa deve ser realizado com a colocação de pessoas semelhantes ao acusado**

Apelação crime. Roubos. Continuidade delitativa. Condenação. Pedido de absolvição. Improcedência. Afastamento da valoração negativa da culpabilidade (2º fato). Não acolhimento. Redução do aumento da pena- base com relação ao 2º fato. Circunstâncias judiciais (culpabilidade e consequências do crime). Descabimento. Desconsideração da agravante da reincidência (fatos 1 e 2). Impossibilidade. Reafirmação do instituto da detração. Acolhimento. Abatimento do tempo de prisão provisória. Inviabilidade. Matéria afeta ao juízo da execução. Recurso conhecido. Mérito desprovido. O reconhecimento de pessoa, previsto no art. 226, do CPP, requer, se possível, a colocação de pessoas semelhantes ao acusado, portanto, a prática não é essencial. A agravante da reincidência deve ser considerada quando houver condenação com trânsito em julgado anterior ao fato em apreço, sendo de aplicação convencional e constitucional. Ressal-

te-se que de acordo com o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei n. 12.736/12, cabível ao magistrado, na sentença, realizar a detração sobre o período de prisão preventiva do réu, podendo ser aplicado o instituto em segundo grau somente nos casos em que sobrevier condenação originária neste Tribunal.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1593102-9 - 5a.

Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

**Maria José de Toledo Marcondes**

**Teixeira** - Fonte: DJ, 11.04.2017).

### **Agressões mútuas tornam impossível a condenação do cônjuge como incurso no crime de violência doméstica**

Apelação criminal. Acusado denunciado pela prática dos crimes de ameaça (art. 147, *caput*, CP) e lesão corporal (art. 129, § 9º, CP). Violência doméstica. Sentença absolutória. Recurso da assistente de acusação. Pedido de condenação do réu, como incurso nas penas do art. 129, §§ 9º e 10, CP, c.c. art. 5º, inc. III, e art. 7º, inc. I, ambos da Lei Maria da Penha. Desacolhimento. Insuficiência de provas. Constatação de agressões mútuas. Dúvida acerca de quem teria dado início à agressão. Aplicação do axioma in dubio pro reo. Absolvição mantida. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1623401-8 -

1a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Miguel Kfourri Neto** - Fonte: DJ,

10.04.2017).

### **Retratação no âmbito da Lei Maria da Penha deve ser expressa**

Processo penal. Recurso em sentido estrito. Rejeição da denúncia. Vias de fato praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher. Ausência da vítima em audiência preliminar. Impossibilidade de entender a ausência como retratação tácita. Lei Maria da Penha exige retratação expressa, perante o juiz. Audiência que somente se faz necessária quando houver prévia manifestação no sentido de a ofendida se retratar no tocante à representação. Precedentes do superior tribunal de justiça. Audiência designada de ofício. Ausência da ofendida que não implica na retratação. Denúncia que preenche os requisitos legais e deve ser recebida. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Recurso em Sent. Estrito n.

1564309-3 - 3a. Câm. Crim. - Ac. unânime

- Rel.: Des. **Paulo Roberto Vasconcelos** -

Fonte: DJ, 19.04.2017).

### **Cabe ao Poder Executivo definir a política de internação de adolescentes infratores em centros de socioeducação**

Agravo. Suspensão de liminares. Decisões que determinaram a imediata internação de adolescentes infratores em centros de socioeducação. Demonstração de que referidos pronunciamentos judiciais têm o condão de causar lesão

à ordem e à segurança públicas. Sistema socioeducativo paranaense que não é capaz de atender de forma satisfatória a todas as internações. Necessidade de fixação de critérios pelo poder executivo para preenchimento das vagas existentes nos respectivos centros. Imposição judicial para internação de adolescentes específicos que implica em ruptura da referida sistemática. Prejuízos daí advindos que se sobrepõem ao suposto perigo de dano inverso decorrente da manutenção dos menores em meio aberto. Competência do poder judiciário para processar e julgar adolescentes infratores que não retira do poder executivo a atribuição de administrar a oferta de vagas nas unidades de internação. Efeito multiplicador igualmente demonstrado nos autos. Existência de inúmeros julgados tratando da mesma situação concreta versada nestes autos. Necessidade de manutenção da decisão que suspendeu as medidas liminares. Precedentes do órgão especial deste tribunal de justiça. Agravo não provido.

(TJ/PR - Agravo n. 1581382-6/01 - O. E. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Renato Braga Bettge** - Fonte: DJ, 31.03.2017).

### **Tipicidade da conduta não é afastada como decorrência da embriaguez voluntária**

Apelação criminal - Delito de lesões corporais (art. 129, do CP) e

resistência (art. 329, do CP). Apelação 01 - Réu Dorvacil - Pleito de absolvição por ausência de provas - Inviabilidade - Comprovação inequívoca de materialidade e autoria delitiva - Participação do réu nos delitos confirmada pelos relatos das testemunhas e policiais - Alegada atipicidade da conduta em razão da embriaguez do réu - Inocorrência - Embriaguez voluntária que não tem o condão de afastar a tipicidade da conduta - Sentença condenatória escoreita. Recurso desprovido. Apelação 02 - Réu Donizete - Pedido de absolvição por ter agido em legítima defesa - Não acolhido - Ausência de demonstração dos requisitos legais de tal excludente - Ademais, laudo de lesões corporais da vítima que demonstra a ausência de utilização dos meios moderados para repelir injusta agressão - Pleito de absolvição por ausência de provas - Inviabilidade - Comprovação inequívoca de materialidade e autoria delitiva - Participação do réu nos delitos confirmados pelos relatos das testemunhas e policiais - Alegada atipicidade da conduta em razão da embriaguez do réu - Inocorrência - Embriaguez voluntária que não tem o condão de afastar a tipicidade da conduta - Sentença condenatória escoreita. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Crim. 1567368-4 - 2a. Câmara. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Roberto de Vicente** - Fonte: DJ, 19.04.2017).

### Aplicação do princípio da insignificância depende da análise das circunstâncias pessoais do apenado

Crime de roubo - Prova consistente - Palavra da vítima - Condenação mantida - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Apelação desprovida. A pretendida absolvição é inviável porque a consistente prova coligida dá pleno suporte à sentença condenatória e impede a pretendida aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Nos delitos contra o patrimônio a palavra da vítima possui relevante eficácia probatória para embasar a condenação, mormente quando está em harmonia com os elementos probatórios colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. A aplicação do princípio da insignificância não está condicionada unicamente aos fatores objetivos, mas também na consideração dos parâmetros previstos no artigo 59, do Código Penal, para se avaliar a necessidade e conveniência da concessão do benefício, pois a impunibilidade exige o exame das circunstâncias de fato, bem como daquelas concernentes à pessoa do agente, sob pena de estar estimulado a prática reiterada de roubos de pequeno valor.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1595408-4 - 5a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rogério Coelho** - Fonte: DJ, 07.04.2017).

### Agente público é condenado por corrupção ativa

Apelação. Penal. Tráfico de entorpecentes e corrupção ativa (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, e art. 333, *caput*, do Código Penal). Recurso da defesa. Corrupção ativa. Condenação mantida. Autoria e materialidade comprovadas. Depoimento dos policiais e confissão do recorrente. Inocorrência de flagrante preparado ou de crime impossível. Dosimetria. Segunda etapa. Reconhecimento da confissão espontânea e da agravante da reincidência. Compensação, de ofício. Entendimento de acordo com o Superior Tribunal de Justiça. Apelação do ministério público. Tráfico de entorpecentes. Condenação que se impõe. Materialidade e autoria demonstradas. Testemunhos dos policiais. Apreensão da droga. Circunstâncias do crime. Recurso da defesa desprovido e, do ministério público, provido. a) Mantém-se a condenação do réu pelo crime de corrupção ativa porque demonstrado que, voluntariamente, ofereceu aos agentes públicos vantagem indevida com o intuito de livrar-se de prisão em flagrante válida. b) Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é de rigor a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. c) É de se dar provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o réu pelo crime de tráfico



de entorpecentes uma vez que há provas suficientes da materialidade e da autoria do delito.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1451614-2 - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rogério Kanayama** - Fonte: DJ, 24.01.2017).

### **É impossível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea**

Apelação criminal. Recurso especial. Juízo de retratação. Art. 543-C, § 7º, inciso II, do CPC, e artigo 109, inciso II, do RITJPR. Discussão sobre a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Aventada inobservância ao entendimento consignado pelo Superior Tribunal de Justiça. Necessária manutenção do acórdão vergastado. conformidade à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. “A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes”. (RHC 115994, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em

02/04/2013, Processo Eletrônico DJe-070 divulg 16-04-2013 public 17-04-2013). Decisão mantida em juízo de retratação.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1317854-6 - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Sônia Regina de Castro** - Fonte: DJ, 18.04.2017).

### **No crime de violência doméstica a palavra da vítima é suficiente para a condenação**

Violência doméstica - Ameaça. I. Pretendida absolvição - Inviabilidade - Palavra da vítima corroborada por outras evidências do crime - Condenação mantida. Amparada por outros elementos de convicção, a palavra da vítima - especialmente relevante nos casos de violência doméstica - constitui suporte suficiente para a condenação. II. Resposta penal - Agravante (art. 61-II-‘F’, CP) - *Quantum* de elevação - Adequação. O aumento na segunda fase da dosimetria, a despeito de não previstos percentuais mínimo e máximo na Lei Penal, orienta-se pela razoabilidade e proporcionalidade em relação à pena-base. Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1618538-7 - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Telmo Chere**m - Fonte: DJ, 19.04.2017).

## PROCESSO CIVIL

### **Prescrição para cobrança do DPVAT inicia-se a partir da data da ciência inequívoca da invalidez permanente**

Ação de cobrança. Seguro obrigatório DPVAT. Prescrição não consumada. Termo inicial a partir da data da ciência inequívoca da invalidez permanente. Laudo pericial. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Súmulas 278 e 573 STJ. Interesse de agir configurado. Nexo de causalidade comprovado. Indenização proporcional ao grau de invalidez. Súmula 474 do STJ. Possibilidade de aplicação da tabela da circular n. 29/91-SUSEP. Condenação em 15% sobre o teto indenizatório de 40 salários mínimos vigentes à época do acidente. Sentença reformada. Ônus de sucumbência. Redistribuição. Apelação parcialmente provida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1620406-1 - 10a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Albino Jacomel Guerios** - Fonte: DJ, 03.04.2017).

### **Valor depositado em poupança superior a quarenta salários mínimos pode ser penhorado**

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Valores bloqueados em conta corrente ou conta poupança. Alcance. Limite de impenhorabilidade do valor corres-

pondente a 40 (quarenta) salários mínimos. Violação ao disposto no artigo 833, inciso X do CPC/2015. Decisão reformada. Recurso de agravo de instrumento conhecido e provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1602659-4 - 16a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes** - Fonte: DJ, 05.04.2017).

### **Competência territorial em ação consumerista é absoluta**

Apelação Cível - Ação de adimplemento contratual. Participação financeira em investimento telefônico - Questão de ordem - Apreciação da competência territorial do juízo de origem, que, no fluente caso, ostenta caráter absoluto - Natureza consumerista da relação subjacente à demanda. Consumidor que, embora tenha a faculdade de ajuizar a ação no foro do seu domicílio, no domicílio do réu, no local do cumprimento da obrigação ou, ainda, no foro de eleição contratual, não pode descartar as alternativas legais de forma infundada - Impossibilidade de escolha aleatória de outro foro sem qualquer justificativa plausível. Reconhecimento da incompetência absoluta do juízo *a quo* - Declaração de nulidade de todos os atos decisórios, inclusive da sentença - Remessa dos autos



a uma das varas cíveis da comarca em que reside o autor - Prejudicada a análise do recurso de apelação.

1. Tratando-se de demanda em que se discute contrato fundado em relação consumerista, a natureza da competência territorial excepciona a regra geral prevista no Código de Processo Civil, porquanto ostenta caráter absoluto, e não relativo. 2. Por conseguinte, nos casos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, a competência *ratione loci* configura matéria de ordem pública e não se sujeita a qualquer tipo de preclusão, podendo ser arguida a qualquer tempo e grau de jurisdição pelas partes, bem como ser reconhecida *ex officio* pelo juízo. 3. Se de um lado a jurisprudência condena a prática conhecida como “fórum shopping” - caracterizada pelo abuso na escolha de um dos vários juízos competentes territorialmente, apenas com o intuito de prejudicar a parte contrária -, nada mais natural que também se reprove a escolha aleatória, pelo consumidor, do foro de ajuizamento de sua demanda.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1558929-8 - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carlos**

**Eduardo Andersen Espínola** - Fonte: DJ, 05.04.2017).

### **Impenhorabilidade do bem de família recai sobre o bem de menor valor do executado**

Apelação Cível - Embargos de Terceiro - Sentença de improcedência - Alegado bem de família

- Inexistência de provas - Penhorabilidade - Existência de mais de um imóvel registrado em nome do devedor - Impenhorabilidade que recai sobre imóvel de menor valor - Inteligência do art. 5º da Lei 8.009/90 - Alegada avaliação errônea - Ausência de impugnação em momento oportuno. Laudo realizado por avaliador judicial que possui veracidade presumida - Via inadequada para discutir o valor atribuído ao bem - Indisponibilidade do bem decretada em momento posterior à penhora - Irrelevância, no caso - Indisponibilidade posterior que não se opõe à anterior constrição - Alegada ausência de responsabilidade da meação do cônjuge embargante pela dívida executada - Casamento sob o regime de comunhão universal de bens - Comunicação de bens e dívidas - Carência de comprovação de que a dívida não fora revertida em prol da família - Sentença mantida - Recurso não provido. 1. Constatada a existência de mais de um bem imóvel registrado em nome do devedor, a impenhorabilidade do bem de família prevista pelo art. 5º da Lei 8.009/09 deverá, obrigatoriamente, recair sobre aquele de menor valor. 2. O laudo pericial realizado por avaliador judicial possui presunção de legitimidade e veracidade, não tendo o apelante apresentado qualquer documento comprobatório capaz de ensejar a nulidade deste. Salienta-se ainda que quando da re-

alização da avaliação não foi ofertada qualquer impugnação acerca do laudo, não sendo agora, em sede de embargos, o momento correto a refutá-lo. 3. Constatado o inadimplemento e realizada a penhora, impõe-se afastar a indisponibilidade averbada em momento posterior. 4. O regime de comunhão universal de bens implica a comunicação de todos os bens, bem como das dívidas, sendo possível a meação, desde que comprovado que a dívida fora contraída sem reverter em proveito de sua família, o que no presente feito não restou comprovado pela apelante.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1594053-5 - 12a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

**Denise Kruger Pereira** - Fonte: DJ, 31.03.2017).

### **Agravo de instrumento é o recurso cabível contra decisão que resolve incidente e que não extingue a execução**

Agravo de instrumento. Processual civil. Ação de busca e apreensão em fase de cumprimento de sentença. Incidente de cumprimento de sentença julgado parcialmente procedente. Impugnação mediante interposição de recurso de apelação. Via recursal inadequada. Princípio da fungibilidade não aplicabilidade ao caso. Artigo 475-m, § 3º, do CPC/73 introduzido pela Lei n. 11.232/2005. Disposição legal expressa. Ausência de dúvida objetiva. Mera interpretação da

norma legal pela parte interessada. Inadmissibilidade do recurso de apelação. Recurso não provido.” O recurso cabível contra decisão que resolve incidente e que não extingue a execução será o agravo de instrumento, e a utilização do recurso de apelação configura erro grosseiro, não se aplicando o princípio da fungibilidade recursal.”

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1500180-4 - 18a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Espedito Reis do Amaral** - Fonte: DJ, 05.04.2017).

### **Ação de prestação de contas não se presta para revisar cláusulas de mútuo bancário**

Apelação Cível - Prestação de contas - 2ª Fase - Sentença que julga boas as contas prestadas pela instituição financeira. Recurso da parte autora. Da regularidade das contas prestadas pelo banco - Forma mercantil respeitada - Art. 917 do CPC/73 e art. 551 do NCPC/2015 - Impossibilidade de análise da legalidade dos lançamentos, sob pena de caracterizar revisão de contrato - Atual orientação do STJ - REsp n. 1.497.831/PR - Efeito repetitivo - Art. 1036 NCPC/2015 - Inadequação da prestação de contas para revisar cláusulas de mútuos bancários, ressalvada a possibilidade de, oportunamente, alcançar referido objetivo em eventual ação ordinária - Prejudicada a análise das demais teses recursais - Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1613779-8 - 14a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Fernando Antonio Prazeres** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **A simples declaração de pobreza possui presunção relativa para fins de concessão da gratuidade judicial**

Agravo interno. Decisão monocrática que indeferiu o efeito suspensivo. Requisitos exigidos. Não preenchidos. Simples declaração de pobreza. Relativa. Necessidade de demonstração da hipossuficiência. Intimação para recolhimento do preparo. Devida. Decisão monocrática mantida. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ag. Interno n. 1532123-6/01 - 13a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Fernando Ferreira de Moraes** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **Inexistindo desídia do exequente a prescrição intercorrente não se consuma**

Ação de busca e apreensão convertida em depósito, em fase de cumprimento de sentença (honorários advocatícios e custas processuais). Prescrição intercorrente. Inocorrência. Ausência de bens penhoráveis. Suspensão do feito (art. 791, III, do CPC). Desídia da parte exequente. Inocorrência. Inaplicabilidade do § 1º e § 4º do CPC/15. Efeito *ex nunc* da nova lei processual. Recurso provido. Na lógica do

Código de Processo Civil de 1973, não se consuma a prescrição intercorrente se o credor não der causa à paralisação da execução.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1639575-0 - 17a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Fernando Paulino da Silva Wolff Filho** - Fonte: DJ, 05.04.2017).

### **Consumidor pode propor ação no foro de domicílio do réu, do seu domicílio ou no local no qual a obrigação deva ser satisfeita**

Apelação cível. Cautelar de exibição de documentos. Sentença de procedência. Irresignação da parte ré. Consumidor que possui a faculdade de propor a ação no foro do seu domicílio, do réu ou no local onde a obrigação deva ser satisfeita. Caso concreto em que houve eleição de foro aleatório. Competência absoluta. Possibilidade de reconhecimento mesmo que de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Demais matérias aventadas em sede recursal prejudicadas. Recurso conhecido e provido, com o reconhecimento da incompetência do juízo “a quo” e determinação de remessa dos autos ao juízo do local da residência do autor.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1597867-1 - 13a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira** - Fonte: DJ, 04.04.2017).

### **É impossível o deferimento de honorários sucumbenciais recursais antes da vigência do novo CPC**

Execução individual de sentença coletiva - Expurgos inflacionários. 1. Pretensão de majoração do valor fixado a título de honorários advocatícios - Possibilidade - Princípio da justa remuneração do trabalho profissional - Causa em que não há condenação - Emprego de equidade e razoabilidade na fixação dessa verba - CPC/73, art. 20, § 4º. 1.1. Pretensão de equiparação da verba honorária fixada na sentença ao valor fixado para pronto pagamento - Impossibilidade - Situação diversa, que não revela vinculação do juiz ao que foi determinado anteriormente. 2. Sucumbência recursal - Honorários advocatícios - Novo CPC (NCPC), art. 85, § 11 - Direito intertemporal - Aplicação somente aos recursos interpostos contra decisões publicadas a partir de 18/3/2016, data em que o NCPC (Lei n. 13.105, de 2015) passou a ter eficácia - STJ, enunciado administrativo 7. 2.1. O arbitramento de honorários sucumbenciais recursais (NCPC, art. 85, § 11) somente terá lugar quanto aos recursos interpostos contra decisões publicadas a partir de 18/3/2016, data em que o novo Código de Processo Civil ganhou eficácia. 3. Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1635065-3 - 14a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Francisco Pinto Rabello Filho** - Fonte:

DJ, 12.04.2017)

### **Sentença em ação cautelar de produção antecipada de prova pericial possui natureza homologatória**

Apelação cível. Medida cautelar de produção antecipada de prova pericial. Arts. 846 e seguintes do CPC. Sentença homologatória. (1) Valoração da prova. Inadmissibilidade. (2) Ônus da sucumbência. Pretensão resistida. Imposição à parte demandada. 1. A sentença proferida em ação cautelar de produção antecipada de prova pericial é restrita ao exame da regularidade formal da perícia técnica produzida e tem natureza meramente homologatória, sendo vedada a discussão e valoração do mérito da prova. 2. Tendo a parte demandada manifestado oposição à cautelar de produção antecipada de provas, e, ao final restado vencida, incumbe-lhe o ônus da sucumbência. 3. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1428176-6 - 11a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Fábio Haick Dalla Vecchia** - Fonte: DJ,

03.12.2015).

### **Autor não deve formular pedido genérico em ação revisional de contratos bancários**

Ação revisional. Contrato bancário. Conta corrente. Inépcia da

inicial. Alegações genéricas de abuso. Na ação revisional de contratos bancários é vedado ao autor formular pedido genérico e com fundamento em simples suposições de irregularidades dependente de futura e eventual exibição de documentos os quais não acompanharam a petição inicial, desatendendo ao artigo 320, do CPC/2015. Apelo não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1643064-1 - 15a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Hamilton Mussi Correa** - Fonte: DJ, 17.04.2017).

### **Para a consulta no Infojud não é necessário o esgotamento de todos os meios para localização de bens**

Agravo de Instrumento - Execução de título extrajudicial - Decisão interlocutória que indeferiu pedido de consulta ao Infojud para localização de bens - Insurgência do exequente - Esgotamento dos meios para localização - Desnecessidade - Observância das máximas da economia e celeridade processual - Efetividade jurisdicional - Providência que pode ser tomada diretamente pelo magistrado consoante recomendação do CNJ - Decisão reformada - Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1589384-2 - 14a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**José Hipólito Xavier da Silva** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **Prévio pedido não atendido à instituição financeira é indispensável para a configuração do interesse processual em ação cautelar de exibição de documentos bancários**

Apelação Cível - Ação cautelar de exibição de documentos - Sentença de procedência - Inconformismo do banco - Ausência de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável - Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do RESP n. 1.349.453/MS, em incidente de recurso repetitivo, estabeleceu ser essa providência requisito indispensável para configuração do interesse processual em ação cautelar de exibição de documentos bancários - Sentença reformada - Extinção do processo, sem resolução do mérito, que se impõe - Demais questões prejudicadas - inversão dos ônus sucumbências em razão do resultado do julgamento, com observação do benefício da assistência judiciária gratuita já concedida nos autos - recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1619164-1 - 14a. Câm.

Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Hipólito**

**Xavier da Silva** - Fonte: DJ, 04.05.2017).

### **É indevida a alusão a fato novo em fase recursal**

Apelação cível. Indenização por dano moral inscrição em cadastro de restrição de crédito. Ausência de prova do pagamento da fatura de cartão de crédito negativada. Com-

provante que revela o pagamento de outra dívida. Dano moral afastado. Sentença mantida. 1. Feita nas razões recursais alegação diversa da contida na petição inicial, deixa-se de conhecer desta parte do recurso por inovação recursal. 2. Ausente prova do pagamento, não há motivo para entender como abusiva a inscrição em cadastro de restrição de crédito, restando improcedente o pedido de indenização por danos morais. Apelação Cível não provida. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1638964-3 - Ac. unânime - 15a. Câ. Civ. - Rel.: Des. **Jucimar Novochadlo** - Fonte: DJ, 17.04.2017).

**Ainda que a parte seja beneficiária da assistência judiciária gratuita, o recurso que modificação da verba honorária de sucumbência sem preparo é considerado deserto**

Direito processual civil. Execução individual de sentença de ação coletiva (SINDSAÚDE). Apelo da parte embargada visando exclusivamente a majoração dos honorários de sucumbência. Ausência de preparo. Deserção. Nos termos da Súmula 47 desta Corte, “Considera-se deserto o recurso que visa exclusivamente a modificação da verba honorária de sucumbência, quando interposto sem o devido preparo, ainda que a parte patrocinada pelo advogado interessado seja beneficiária da assistência judiciária gratuita.” 2) Apelo não conhecido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1630115-8 - 5a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Leonel Cunha** - Fonte: DJ, 18.04.2017).

**Revelia do réu não possui efeito automático**

Apelação cível - Autos de busca e apreensão - Decretação de revelia do réu - Impossibilidade de presunção de veracidade diante da ausência de verossimilhança das alegações do autor - Apelo desprovido. Esta Corte Superior possui o entendimento de que a revelia não se opera de modo automático, devendo o juízo analisar o direito de acordo com as provas colacionadas aos autos. (AgRg no AREsp 629.319/PR, Rel. Ministro Marco Buzzi, quarta turma, julgado em 26/04/2016, DJe 04/05/2016). (TJ/PR - Ap. Cível n. 1609836-9 - 7a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Antônio Barry** - Fonte: DJ, 17.04.2017).

**Pagamento intempestivo do preparo acarreta a deserção do recurso**

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Interposição de recurso de apelação. Insuficiência do preparo. Complementação intempestiva. Art. 1007, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015. Declaração de deserção mantida. 1. Deve ser mantida a decisão pela qual se declara a deserção de recurso de apelação, quando a parte, devidamente intimada para efetuar a complementação do preparo, o



faz após o decurso do prazo de 05 (cinco) dias, previsto no art. 1007, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015. 2. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1642894-5 - 15a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Carlos Gabardo** - Fonte: DJ, 17.04.2017).

### **É de três anos o prazo prescricional da ação cambiária**

Apelação cível - Ação de cobrança - Nota promissória - Prescrição - Protesto realizado após o prazo da ação cambiária - Sucumbência invertida - Honorários recursais. 1. Nos termos do art. 70, da LUG, o prazo prescricional para o ajuizamento da ação cambiária é de três anos e, conforme o art. 206, § 5º, I, do CCB, de cinco anos para a de locupletamento ilícito, monitoria e cobrança. 2. Segundo o art. 202, III, do CCB, a interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, ocorrerá por protesto cambial. 3. Em tendo o protesto acontecido após o decurso do prazo para o ajuizamento da cambial, não há que se falar em interrupção da prescrição, ante a desnaturaçã do título. 4. Nos termos o art. 85, §§ 1º e 11, do CPC, o Tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente. 5. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1639180-1 - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Fernando Tomasi Keppen** - Fonte: DJ, 19.04.2017).

### **Cabe ao magistrado o indeferimento da prova inútil**

Embargos à execução - Contrato de honorários advocatícios - Agravo retido - Juiz destinatário das provas que possui amplo poder para indeferir produção probatória inócua - Apelação cível - Título executivo extrajudicial. Ausência de certeza, liquidez e exigibilidade - Não atendimento da cláusula condicional do contrato - Não comprovação do efetivo proveito econômico obtido pela contratante com o êxito da ação judicial n. 95.00.00152-7, da 5ª Vara Federal de Curitiba - Sentença transitada em julgado questionada via ação rescisória - Extinção da execução - Exegese do art. 803, i, do CPC - Inversão da sucumbência - Sentença reformada. agravo retido - Conhecido e não provido. Apelação cível - Conhecida e provida.

(TJ/PR - Embs. à Execução n. 1482469-0 - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Maria Mercis Gomes Aniceto** - Fonte: DJ, 19.04.2017).

### **Para o reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família não é necessária a prova de que o imóvel onde reside o devedor seja o único de sua propriedade**

Apelação cível. Embargos à execução. Impenhorabilidade do bem de família. Sentença de procedência. Irresignação do embargado. Microempresário individual -

Exercício da atividade empresarial pela pessoa natural - Alegação de ilegitimidade ativa afastada. Imóvel penhorado que serve de residência ao embargante - Impenhorabilidade do bem de família assegurada - Desnecessidade de comprovar que o imóvel residencial é o único de propriedade do devedor. Sentença mantida - Recurso desprovido, com majoração dos honorários advocatícios.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1610835-9 - 11a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Mario Nini Azzolini** - Fonte: DJ, 11.04.2017).

### **Na ação consumerista o ônus da prova é invertido em face da hipossuficiência do consumidor**

Direito civil e direito processual civil. Agravo de instrumento. Ação de reparação de danos. Relação de consumo. Hipossuficiência do consumidor. Inversão do ônus da prova. Artigo 6, VII, do Código de Defesa do Consumidor. Dever de guarda dos documentos cabe à empresa. Artigo 15, § 3º, do Decreto 6.523/2008. Recurso não provido. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1567160-8 - 12a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Mário Helton Jorge** - Fonte: DJ, 26.01.2017).

### **Direitos do devedor fiduciante de automóvel podem ser alvo de penhora**

Agravo de Instrumento - Ação de execução de título extrajudicial.

1. Alegação de impenhorabilidade de automóvel com base no art. 833, V, do CPC/15 - Possibilidade de análise - Matéria de ordem pública. 2. Automóvel alienado fiduciariamente - Possibilidade de penhora sobre os direitos do o devedor fiduciante - Precedentes. 3. Alegação de que o automóvel é utilizado como instrumento de trabalho e, portanto, impenhorável - Não constatação - Mera alegação - Ausência de comprovação - Precedentes. 4. Decisão mantida. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1602610-7 - 14a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Octavio Campos Fischer** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **Direito de interpor recurso adesivo não é prejudicado pela renúncia ao prazo da apelação**

Apelações cíveis. Ação de cobrança de multa contratual e ação de indenização por danos morais.

1. Apelação Cível n. 1.594.165-0. Ação de cobrança de multa contratual por quebra do dever de confidencialidade. Sentença de improcedência. 1.1. Recurso adesivo das autoras. 1.1.1. Preliminar suscitada em contrarrazões. Não conhecimento do recurso. Insubsistência. Interposição após renúncia expressa ao prazo da apelação. Possibilidade. - A renúncia expressa ao prazo da apelação não implica na renúncia ao direito de interpor recurso adesivo, até porque interpretação nesse sentido violaria a própria finalidade



de do recurso subordinado. 1.1.2. Mérito. Multa contratual. Verba indevida. Quebra de dever de confidencialidade. Ausência de provas. - Inexistindo provas de que a ré descumpriu o dever de confidencialidade e repassou documento sigiloso a terceiro, não há que se falar em sua condenação ao pagamento de multa contratual. 1.2. Recurso de apelação da ré. 1.2.1. Preliminar suscitada em contrarrazões. Não conhecimento do recurso. Insustentabilidade. - Conquanto tenham formulado, em contrarrazões, pedido de não conhecimento do apelo da ré, as autoras o fizeram de forma bastante genérica, apresentando argumentos que, em verdade, referem-se ao mérito do feito, sendo de rigor, então, conhecer-se da apelação. 1.2.2. Mérito. Multa por litigância de má-fé. Penalidade indevida. Ausência das hipóteses previstas no art. 17, II e III, do CPC/73. Honorários advocatícios. Majoração. Impossibilidade. Fixação de acordo com os critérios do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73. - Ausentes as hipóteses do art. 17, II e III, do CPC/73, descabida a condenação das autoras ao pagamento de multa por litigância de má-fé. - De rigor a manutenção do valor fixado para os honorários advocatícios, vez que ele atende aos critérios previstos no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73. 2. Apelação Cível n. 1.594.167-4. Ação de indenização por danos morais. Sentença de improcedên-

cia. Recurso da autora. 2.1. Preliminar suscitada em contrarrazões. Não conhecimento do recurso. Insustentabilidade. - Conquanto tenham formulado, em contrarrazões, pedido de não conhecimento do apelo da autora, as réas o fizeram de forma bastante genérica, apresentando argumentos que, em verdade, referem-se ao mérito do feito, sendo de rigor, então, conhecer-se da apelação. 2.2. Mérito. Dano moral decorrente do ajuizamento da ação de cobrança de multa contratual. Descabimento. Exercício regular de direito constitucionalmente garantido (art. 5º, XXXV, CF). Ausência de ato ilícito. - Considerando que ao ajuizarem a ação de cobrança de multa contratual, as empresas agiram no exercício de um direito que lhes é constitucionalmente garantido, e inexistindo indicativos de que elas tenham tomado a providência como forma de retaliar a autora, não há que se falar em ato ilícito e, por conseguinte, em dever de indenizar dano moral. Recursos conhecidos e não providos.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1594165-0 - 18a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Pericles Bellusci de Batista Pereira** -

Fonte: DJ, 20.03.2017).

### **Ausência de prazo para vista de documentos caracteriza cerceamento de defesa**

Apelações cíveis - Ação popular - Agravo retido - Ausência de pedido expresso para apreciação

- não conhecimento. Preliminar - Alegação de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide e ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, por ter sido anexado, pelo magistrado *a quo*, certificados das aeronaves, quando da prolação da sentença - Ocorrência - Nulidade da sentença reconhecida - Recursos conhecidos e prejudicados. A ausência de abertura de vista à parte contrária, a fim de se manifestar acerca dos novos documentos trazidos aos autos, implica em cerceamento do seu direito de defesa, pois não se admite, no nosso sistema jurídico constitucional, sentença proferida com fulcro em elemento de prova não submetido ao crivo do contraditório (art. 437, do CPC/2015 e art. 5º, LV, da CF/88).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1511917-8 - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Regina Helena Afonso de Oliveira Portes** - Fonte: DJ, 22.02.2017).

### **Desproporcionalidade quando ao valor arbitrado enseja a redução dos honorários periciais**

Direito processual civil. Agravo de instrumento. Nominada “ação de adimplemento contratual” em fase de liquidação de sentença - Prova pericial - Decisão que homologou o valor dos honorários apresentado pelo expert - Pedido da agravante para minoração dos honorários periciais

- Desproporcionalidade do valor arbitrado - Configuração - Redução devida - decisão reformada. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1636841-7 - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Renato Lopes de Paiva** - Fonte: DJ, 23.03.2017).

### **Extinção do feito por abandono da causa depende da intimação do advogado e da parte**

Apelação cível - Ação de execução de título - Extinção do feito por abandono da causa - Inexistência de expressa advertência de extinção do feito em caso de descumprimento das intimações - Sentença anulada. A extinção do feito por abandono da causa antes da citação do Requerido apenas é válida mediante intimação do advogado e da parte, esta pessoalmente, com expressa advertência da penalidade, conforme artigo 485, § 1º, do CPC/2015. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1597489-7 - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rosana Amara Girardi Fachin** - Fonte: DJ, 06.04.2017).

### **Existência de vício sanável permite a emenda da petição inicial**

Apelação cível. Busca e apreensão. Contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária. Extinção do feito sem resolução de mérito, por ausência de pressuposto de constituição do processo. Impos-

sibilidade. Petição inicial destituída de prova da entrega da notificação extrajudicial, a qual foi devolvida pelo motivo “área sem entrega”. Necessidade de determinação de emenda à inicial para juntada de prova da constituição em mora. Inteligência do art. 321 do CPC. Baixa dos autos ao juízo de origem. I. “Sendo possível a emenda da inicial, porque contém vício sanável, o juiz deve propiciá-la ao autor, sendo-lhe vedado indeferir, desde logo, a petição inicial. (...)” (Comentários ao Código de Processo Civil. Nelson Nery Junior. Rosa Maria de Andrade Nery - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015). II. Constatada a existência de vícios na petição inicial, faz-se necessário que seja oportunizada a sua emenda, em prestígio ao princípio da instrumentalidade e economia processual e em atenção à expressa determinação contida no art. 321 do CPC. Sentença cassada, de ofício. Apelação prejudicada. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1622467-2 - 15a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Shiroshi Yendo** - Fonte: DJ, 19.04.2017).

### **Ação ordinária de cobrança possui prazo prescricional de cinco anos**

Apelação cível pela parte ré - Ação de cobrança - 1. Alegação de ocorrência de prescrição da pretensão de cobrança de dívida representada por cheque prescrito - Inocorrência - Jurisprudência pacífica no sentido de que o prazo prescricio-

nal para a ação ordinária de cobrança é de cinco anos, contados a partir da emissão do cheque - Incidência da regra contida no artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil - 2. Alegação de ausência de prova acerca da transação comercial que deu causa à emissão dos cheques - Não acolhimento - Requerente que demonstrou a relação jurídica existente entre as partes - Parte ré que não logrou êxito em comprovar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da parte autora - Sentença mantida - 3. Pleito pela redução da verba honorária - Impossibilidade - Honorários já arbitrados no patamar mínimo de 10% e em observância aos critérios previstos no artigo 85, do CPC/2015 - 4. Negado provimento ao recurso.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1632196-1 - 17a.

Câm. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Tito Campos de Paula** - Fonte: DJ, 04.04.2017).

### **Início da contagem do prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto se dá após o encerramento da garantia contratual**

Apelação cível. Ação de indenização. Aquisição de imóvel. Constatação de defeitos relacionados à construção de imóvel. Prescrição e decadência. Art. 26 do CDC. Inocorrência. Aplicação do art. 27 do CDC. Pretensão reparatória e não de correção ou remoção do vício. Art. 445 do CCB. Inaplicabilidade.

Ausência de pretensão redibitória. Prazos que se iniciam após a garantia. Precedentes do STJ. Decadência afastada. Retorno à vara de origem para prosseguimento. Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1624299-2 - 8a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Vicente Del Prete Misurelli** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **No litisconsórcio facultativo é possível a condenação individualizada ao pagamento de honorários e custas processuais**

Revisional. Indeferimento da petição inicial. Condenação dos autores de forma individualizada ao pagamento das custas processuais e honorários. Litisconsórcio facultativo. Possibilidade. Artigo 23 do CPC/73. Manutenção do valor fixado a título de honorários advocatícios. Peculiaridades do caso concreto. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1623525-3 - 18a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Vitor**

**Roberto Silva** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

### **Embargos de declaração não se prestam para rediscussão da matéria**

Embargos de declaração. Ape- lação cível e reexame necessário. Fornecimento de medicamento Glucoreumin 1,5 g à paciente portadora de osteoporose primária generalizada (CID 10 m15). Ausência de omissão na decisão. Pretensão de rediscussão da matéria. Não cabimento. Prequestionamento. Inadmissibilidade. Embargos de declaração rejeitados. Os embargos declaratórios devem cingir-se aos termos do artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil e têm por escopo a correção ou complementação da prestação jurisdicional, nos casos de omissão, obscuridade e contradição, mas não se prestam a uma nova apreciação da causa, de modo que não padecendo o julgado desses vícios, a rejeição do recurso é a solução a ser adotada.

(TJ/PR - Embs. de Declaração n. 1117525-

6/02 - 4a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Wellington Emanuel C. de Moura**

- Fonte: DJ, 24.07.2014).

## TRIBUTÁRIO

### Lei federal não deve restringir competência municipal para instituir tributos sobre propriedade predial e territorial urbana

Apelação Cível - Embargos à Execução Fiscal - IPTU - Recomendação do diretor tributário da municipalidade sobre cancelamento do lançamento tributário - Impossibilidade de cobrança do IPTU do ano de 1996 - Alteração do valor venal do imóvel - Pontos não conhecidos - inovação recursal - Ausência de citação e de notificação por substituição da CDA - Nulidade não configurada - Ausência de prejuízo - Empresa embargante que exerceu direito de defesa - Notificação ao INCRA sobre alteração no zoneamento - Desnecessidade - Impossibilidade de Lei Federal restringir competência municipal para instituir tributos sobre propriedade predial e territorial urbana - Inteligência do art. 156, I, da CF - Bitributação - Inocorrência - ITR Indevidamente recolhido deve ser alvo de ação própria - Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1456644-0 - 3a. Câmb. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Cláudio de Andrade** - Fonte: DJ, 14.12.2016).

### Cabe à administração pública autorizar ou não a extinção de execuções fiscais de pequeno valor

Apelação Cível. Execução fiscal. Condições da ação. Falta de interesse processual. Valor irrisório do crédito tributário. Extinção, de ofício, do processo da ação de execução fiscal. Impossibilidade. Súmula 452 do Superior Tribunal de Justiça e Enunciado 14 das câmaras de Direito Tributário deste Tribunal de Justiça. Juízo de conveniência do administrador público. Princípio da indisponibilidade. Legislação municipal. Mera autorização para não propositura da ação de execução de crédito de pequeno valor. Ausência de vedação à propositura da execução fiscal. Faculdade do ente público credor. Norma legal que autoriza, a critério do procurador do município, o ajuizamento de ação de execução de créditos de valor inferior ao mínimo legal. Sentença cassada. Recurso provido. 1. A Lei Municipal n. 9.386/2012, que deu nova redação ao art. 1º, *caput*, da Lei Municipal n. 8.356/2009, limita-se a autorizar a Procuradoria do Município de Maringá a deixar de propor ações de execução fiscal de débitos tributários e não tributá-

rios de valores consolidados igual ou inferior a R\$ 1.244,00 e, ainda, a atribuir, em seu § 4º, ao Procurador Geral do Município a decisão sobre a propositura de ações de execução de débitos inferiores ao mencionado piso nela fixado. 2. A lei municipal, inclusive, está de acordo com a Súmula 452 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a extinção das ações de pequeno valor é faculdade da Administração Federal, vedada a atuação judicial de ofício”. 3. “É vedado, salvo previsão legal específica na respectiva área federativa tributária, extinguir a execução fiscal com fundamento no valor ínfimo da execução” (Enunciado 14 das Câmaras de Direito Tributário deste Tribunal de Justiça). Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1575040-6 - 3a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Eduardo Casagrande Sarrão** - Fonte: DJ, 13.03.2017).

### **Contribuição de melhoria somente pode ser instituída quando ocorre valorização do imóvel**

Apelação cível. Execução fiscal (contribuição de melhoria). Extinção do processo, sem resolução do mérito. Formal inconformismo. Lançamento válido. Incongruidade. Tributo cobrado sem a devida consideração à valorização do imóvel. Inobservância aos requisitos legais para a sua instituição.

Lançamento tributário é ato vinculado, que deve considerar todos os elementos da hipótese de incidência. Afastamento da condenação ao pagamento das custas processuais. Pertinência somente em relação à taxa judiciária. Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1558041-9 - 2a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Joaquim Guimaraes da Costa** - Fonte: DJ, 05.04.2017).

### **Execução fiscal não deve ser suspensa quando a empresa executada entra em recuperação judicial**

Agravo de decisão monocrática. Decisão agravada que negou provimento ao recurso de agravo de instrumento. Execução fiscal. Empresa executada em recuperação judicial. Pedido de suspensão da execução fiscal. Impossibilidade. Ausência dos requisitos autorizadores esculpidos no artigo 6º, § 7º da Lei n. 11.101/05. Entendimento exarado pelo superior tribunal de justiça. Decisão singular que determinou obstar todos os atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa. Impossibilidade de suspensão da execução. Ausência de prejuízo à agravante. Decisão monocrática mantida. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Agravo de Dec. Monocrática

n. 1586741-5/01 - 3a. Câm. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **José Sebastião**

**Fagundes Cunha** - Fonte: DJ, 10.04.2017).

### **É impossível o redirecionamento de execução fiscal ajuizada contra contribuinte falecido**

Apelação Cível - Processual civil - Execução fiscal - Ação ajuizada contra contribuinte falecido - Impossibilidade de substituição pelo espólio ou pelos sucessores. Ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil de 1973) - Manutenção da extinção do processo sem resolução de mérito - Fundamentação diversa - Condenação da Fazenda Pública ao pagamento das custas processuais - Serventia estatizada - Inexistência de confusão patrimonial - Incidente de uniformização de jurisprudência n. 1.329.914-8/01 - Taxa judiciária. Isenção nos termos do artigo 3º, alínea "I", do Decreto Estadual n. 962/1932 - Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1624476-9 - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Marcos S. Galliano Daros** - Fonte: DJ, 18.04.2017).

### **Não cabe a alteração no lançamento após o ajuizamento da execução fiscal**

Execução Fiscal - IPTU e taxa de lixo - Extinção do processo sem resolução do mérito - Reconhecimento de ilegitimidade passiva para a caus. Pretendida substitui-

ção do polo passivo da execução fiscal pelos efetivos proprietários do imóvel sobre o qual incidiam os tributos - Impossibilidade - Alteração do sujeito passivo da relação jurídico-tributária que implica modificação do lançamento, não simples correção de erro formal ou material - Ofensa aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal - CF, art. 5º, inc. LV e inc. LIV - Não configurada violação aos princípios da economia processual e da instrumentalidade processual, eis que prevalecem os requisitos necessários à regular constituição do crédito tributário, expressamente previstos em lei - Recurso não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1260087-0 - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Robson Marques Cury** - Fonte: DJ, 20.10.2014).

### **Portador de neoplasia maligna submetido à ostomização possui isenção de ICMS e IPVA incidentes sobre veículo automotivo**

Tributário. Reexame Necessário. Mandado de Segurança. ICMS e IPVA incidentes sobre veículo automotivo. Isenção. Proprietário portador de neoplasia maligna submetido à ostomização. Deficiência física constatada. Laudo médico elaborado pelo DETRAN/PR. Exegese do Item 177, Anexo I, do RICMS e Item. 5.2, da Instrução n. 28/2008, SEFA. Segurança



mantida. Sentença preservada em Reexame Necessário.

(TJ/PR - Reex. Necessário n. 1612627-5 - 1a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Salvatore Antonio Astuti** - Fonte: DJ, 10.04.2017).

### **Ausência da descrição do fato constitutivo do tributo impede o prosseguimento da execução fiscal**

Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Nulidade da CDA. ISSQN. Ausência de requisitos

formais. Falta de descrição do fato constitutivo do tributo. Impossibilidade de aferição da origem da dívida. Princípio da instrumentalidade das formas. *Pas des nullités sans grief*. Inaplicável ao caso concreto, porquanto evidente prejuízo no exercício da ampla defesa do executado. Demais matérias prejudicadas. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1580437-2 - 3a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Sérgio Roberto N. Rolanski** - Fonte: DJ, 10.04.2017).