

# SELEÇÕES, JURÍDICAS



## RESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO CONTRADITÓRIO

Considerações sobre a decisão-surpresa  
no processo civil brasileiro

JULHO | 2019



### Código de Processo Civil

Tópicos sobre o  
destinatário das provas

### Direito de Família

O divórcio litigioso  
e a alienação parental

### Gestão de Carreira

Vamos pensar no seu  
negócio ainda em 2019?

# A QUALIFICAÇÃO QUE VOCÊ PRECISA!

## COAD EDUCAÇÃO EAD

Benefícios exclusivos:



CERTIFICAÇÃO



REPLAY



TIRE SUAS DÚVIDAS



## CURSOS:

- ▶ Conflitos Coletivos do Trabalho Soluções
- ▶ Contabilidade para não Contadores
- ▶ Retenções e Contribuições Previdenciárias
- ▶ A Terceirização e seus Aspectos Legais
- ▶ Prática em Processo do Trabalho
- ▶ Créditos Fiscais ICMS/IPI/PIS/COFINS
- ▶ EFD REINF
- ▶ Departamento Pessoal: Teoria e Prática
- ▶ DCTF-Web
- ▶ Auditoria e Fiscalização do Trabalho
- ▶ Encerramento de Balanço
- ▶ SPED – Bloco K
- ▶ Folha de Pagamento
- ▶ Atualização em IFRS 15 – CPC 47 – Receita de Contrato com Cliente – IFRS 16 – CPC 06
- ▶ Contabilidade Geral

Aproveite essa oportunidade:  
[coadeducacao.com.br](http://coadeducacao.com.br)

Informações:  
[cursos@coad.com.br](mailto:cursos@coad.com.br)

**COAD**  
Educação | EAD

# 29

ESPECIAL

## Da decisão-surpresa no processo civil

*Fernando Gonzaga Jayme,  
Renata Christiana Vieira Maia e  
Círio Augusto Vargas*



## NESTA EDIÇÃO

### 09 DOCTRINAS

Contribuição sindical e  
Medida Provisória 873/2019

*Gustavo Filipe Barbosa Garcia*

### 15 O destinatário das provas no Código de Processo Civil

*Oscar Valente Cardoso*

### 18 O divórcio litigioso e a alienação parental

*Caroline Ribas Sérgio*

### 48 GESTÃO DE CARREIRA E MARKETING JURÍDICO

Vamos pensar no seu  
negócio ainda em 2019?

*Gustavo Rocha*

### 51 OPINIÃO

Um novo INSS

*Alexandre S. Triches*

### 53 EMENTÁRIO

Repositório oficial autorizado  
STF e TST

## 06 [advocaciadinamica.com](http://advocaciadinamica.com)

Enquete | Multimídia | Cotidiano



# EXPEDIENTE

**DIRETOR GERAL** | Márcio William Faria de Souza

**DIRETOR COMERCIAL** | Humberto Nunes Andrade Silva

**DIRETORA TÉCNICA** | Crystiane Cardoso de Souza

**DIRETOR FINANCEIRO E DE CURSOS** | Marcus Vinícius Derito Greco

**GERÊNCIAS NACIONAIS** | Andréa Soares Guilhon • Christine Ferreira Portilho • José Luis Monteiro  
• Luiz Roberto da Silva Costa

**GERÊNCIAS REGIONAIS:**

RJ/Norte/Centro-Oeste | Rosemere Monzatto Motta

MG | Lúcia Marinho

ES/Nordeste | Sônia Maria Xavier

**COORDENAÇÃO EDITORIAL** | Angela Maria Oliveira da Silva

**REDATOR RESPONSÁVEL INFORMATIVO ADV** | Roberta Segadilha Borges

**REDATOR RESPONSÁVEL JURISPRUDÊNCIA ADV** | Zilton Moraes Di Pace

**REDATOR RESPONSÁVEL SELEÇÕES JURÍDICAS ADV** | Amanda de Abreu Cerqueira Carneiro

**CONSELHO EDITORIAL** | Cláudio Carneiro B. P. Coelho • Ênio Santarelli Zuliani • Escritório Siqueira e Castro  
• Gustavo Filipe Barbosa Garcia • José Carlos Teixeira Giorgis • José da Silva Pacheco • Maria Berenice Dias  
• Rénan Kfuri Lopes

**COLABORADORES FIXOS** | Alberto Nogueira Júnior • Aldo de Campos Costa • Alexandre Atheniense  
• André Ramos Tavares • Atahualpa Fernandez • Cândido Furtado Maia Neto • Cláudia Brum Mothé • Clovis  
Brasil Pereira • Dayse Coelho de Almeida • Denis Donoso • Fernando Capez • Flávio Tartuce • Francisco  
César Pinheiro Rodrigues • Francisco das C. Lima Filho • Humberto Dalla Bernardina de Pinho • Ives Gandra  
da Silva Martins • Joaquim Falcão • Jorge Luiz Souto Maior • Jorge Rubem Folena de Oliveira • Kiyoshi  
Harada • Lélío Braga Calhau • Lúcio Delfino • Luis Roberto Barroso • Luiz Fernando Gama Pellegrini • Luiz  
Flávio Gomes • Marcelo Di Rezende Bernades • Marcelo Lessa Bastos • Marco Aurélio Mello • Marcus  
Vinicius Fernandes Andrade Silva • Mauro Vasni Paroski • Nagib Slaibi Filho • Renato Marcão • Renato  
Opice Blum • Rita Tourinho • Roberto Rodrigues de Moraes • Rodrigo Carneiro Gomes • Roger Spode Brutti  
• Rômulo de Andrade Moreira • Sylvio Guerra Júnior • Tassus Dinamarco • Thomaz Thompson Flores Neto  
• Vitor Vilela Guglinski

**EQUIPE TÉCNICA ADV** | Amanda de Abreu Cerqueira Carneiro • Roberta Segadilha Borges • Zilton Moraes Di Pace

---

**CENTRAL DE RELACIONAMENTO** | 9:00 às 18:00h

ES: (27) 3180-0324

MG: (31) 2626-1309

RJ: (21) 2156-5907 e 3389-6902

SP: (11) 2626-6103

Região Sul: (41) 2626-1703

Demais Estados: 0800-026-5878

**ASSINATURAS** | 9:00 às 18:00h

ES: (27) 3180-0324

MG: (31) 2626-1309

RJ: (21) 2156-5901 e 3389-6910

SP: (11) 2626-6103

Região Sul: (41) 2626-1703

Demais Estados: 0800-022-7722

**ADMINISTRAÇÃO** | 9:00 às 18:00h

Todos os Estados: (21) 2156-5900

---

# EDITORIAL

Dentre os artigos selecionados para esta edição, destacamos a vedação, no processo civil brasileiro, da chamada “decisão-surpresa” ou “decisão da terceira via”. Conforme o artigo 10 da Lei 13.105/2015 (CPC) é proibido o ato de decidir, em qualquer grau 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”. O provimento é fruto de uma inovação jurisdicional, destoante da tese e da antítese processual. Há, neste caso, nulidade decorrente da violação do contraditório. Tal dispositivo nada mais é do que uma continuação do artigo 9º, que ordena ao Estado-juiz que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Tudo indica que a vedação à sentença de terceira via é uma tendência mundial incontornável e o Brasil promoveu tardia regulamentação infraconstitucional da matéria. O fato é que, ao trazer um fundamento-surpresa para a sua decisão, o magistrado acaba impedindo que as partes participem do processo com reais chances de influir no seu resultado. Na jurisprudência brasileira, além de diversas impressões, percebe-se uma tendência de relativização da proibição da decisão-surpresa mediante emprego da instrumentalidade das formas, visando à análise *in concreto* da violação do contraditório e não à sua constatação em tese. Para contextualizar o assunto, selecionamos contribuição de Fernando Gonzaga Jayme, Renata Christiana Vieira Maia e Cirilo Augusto Vargas.

Em Doutrinas, corroborando com a edição anterior, selecionamos artigo de Gustavo Filipe Barbosa Garcia a respeito da Medida Provisória 873/2019. Oscar Valente Cardoso discorre sobre o destinatário das provas no Código de Processo Civil, assunto ainda polêmico no Direito Processual. Afinal de contas, trata-se do juiz ou do processo? Caroline Ribas Sérgio traz tópicos quanto ao divórcio litigioso e a alienação parental. Na seção Gestão de Carreira e *Marketing Jurídico*, não deixe de conferir as dicas de Gustavo Rocha para incentivar os advogados a desenvolverem o crescimento profissional com foco e garra. Não basta apenas ter sonhos com mudanças sem viabilidade e sem clareza de objetivos. É preciso sair do padrão, não se contentar com o óbvio, fazer além do que é esperado, fugir da zona de conforto. Surpreender é preciso! Portanto, pense com diferencial e seja o seu próprio concorrente! Por fim, em Opinião, Alexandre Triches apresenta apontamentos no que toca a virtualização das agências da Previdência Social, através do uso do *site* e do aplicativo, Meu INSS. Lembramos a todos que os acórdãos divulgados na seção Ementário estão disponíveis, na íntegra, no *site* [www.advocaciadinamica.com](http://www.advocaciadinamica.com), que é repositório autorizado de jurisprudência (STF e TST). Acompanhe também as informações divulgadas diariamente pela Equipe Técnica ADV!

Boa leitura!

Amanda de Abreu Cerqueira Carneiro  
Redação ADV  
[adv@coad.com.br](mailto:adv@coad.com.br)



## ENQUETE ATUAL

O Plenário do Senado Federal rejeitou, por 47 votos a 28, um decreto assinado em maio pelo presidente Jair Bolsonaro, que busca flexibilizar a posse e o porte de armas no Brasil. Foi aprovado o Projeto de Decreto Legislativo 233/2019, de autoria do senador Randolfe Rodrigues (Rede-AP), que torna sem efeito o regulamento. O Decreto 9.785/2019 autoriza a concessão de porte a 20 categorias profissionais e aumenta de 50 para 5 mil o número de munições disponíveis anualmente a cada proprietário de arma de fogo. Em face do ocorrido, o governo publicou novos decretos sobre posse e porte de armas. Para quem defende a sustação do Decreto, as mudanças devem ser enviadas pelo Executivo ao Congresso por meio de projeto de lei, para que sejam debatidas de forma democrática. Entretanto, há quem entenda que o presidente não extrapolou nenhuma de suas atribuições, tampouco invadiu competências do Poder Legislativo. Para essa parcela, o próprio Estatuto do Desarmamento previu que vários de seus dispositivos necessitariam de regulamentação posterior. **Você concorda com o PDL 233/2019?**

Participe da nossa enquete, enviando considerações à Redação através do *e-mail* [adv@coad.com.br](mailto:adv@coad.com.br). Entre em contato conosco: aguardamos suas ideias!



## ENQUETE ANTERIOR

A Lei 13.827/2019, que altera a Lei Maria da Penha para autorizar que autoridades policiais concedam medidas protetivas a mulheres vítimas de violência doméstica, é alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF. A ADI 6.138 foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). O dispositivo impugnado envolve a possibilidade de delegados e policiais militares de municípios que não contam com comarcas judiciais afastarem agressores da convivência com as mulheres, caso eles representem uma ameaça à vida ou integridade física da vítima. Para os defensores da ADI, conferir ao delegado ou policiais tal competência fere princípios e garantias fundamentais, tais como o artigo 5º, incisos XI e LIV. Um delegado não pode interferir na casa de alguém sem mandado em mãos, salvo em flagrante delito ou desastre, e antes do devido processo legal. Para quem discorda da referida ação, a decisão sobre a medida continua sendo do Poder Judiciário. Entretanto, o artigo 12-C, parágrafo 1º, da LMP, permite que, em até 24 horas após a autoridade policial impor o afastamento do lar, o juiz seja comunicado sobre a situação, ocasião em que também terá 24 horas para decidir se mantém ou revoga a medida aplicada. Para essa parcela, o afastamento do princípio da jurisdicionalidade deve ser visto como uma medida excepcional. **Você concorda com a ADI 6.138?**



## Cooperativas de trabalho

No Academia, programa da TV Justiça, você vai saber como funcionam as cooperativas de trabalho e o que aconteceu após a edição da Lei 12.690/2012. O estudo visa constatar se a norma trouxe segurança

jurídica para o segmento, já que as fraudes eram frequentes. A dissertação de mestrado apresentada tem como orientador o colaborador da COAD, Prof. Dr. Gustavo Filipe Barbosa Garcia.



## Principais regras de convivência em condomínios

A vida em condomínio é um exercício de respeito mútuo, responsabilidade e busca do bem-estar coletivo. Dividir o espaço comum vai muito além de respeitar o volume do som em uma festa ou to-

mar cuidado com o barulho feito durante uma reforma. O assunto é tão sério que recentemente o Egrégio TJ-RJ, proibiu a locação de um apartamento pelo *Airbnb* – um *site* de anúncios e reser-

vas de casas e apartamentos para temporadas. Sobre o assunto, assista ao Programa Fórum, produzido pela TV Justiça e disponibilizado no *site* pela Equipe Técnica.

## Guarda dos filhos

Os relacionamentos estão durando cada vez menos e, segundo uma pesquisa do IBGE, o tempo de duração dos casamentos diminuiu cerca de três anos. No programa Artigo 5º da TV Justiça, disponível no ADV, a advogada



de família Renata Vilas Boas e o doutor em Sociologia, Luís Otávio Teles Assumpção, vão falar sobre direitos e obrigações no cuidado com os filhos e sobre as mudanças nas relações. Não perca!

## Como sair do superendividamento e evitar a insolvência civil

Fechar as contas no final do mês é um desafio para muitos brasileiros, principalmente com as altas taxas de desem-

prego. E quando o valor da dívida é maior que o patrimônio do devedor? É o que podemos chamar de insolvência civil

e ainda vamos ver no programa Fórum, disponível no ADV, como evitar o superendividamento.

## Portabilidade na telefonia

Desde 2007 vale a lei da portabilidade: quem não está satisfeito com sua operadora de telefonia pode trocar sem perder o número do aparelho seja ele fixo ou celular. E cerca de 47,5 milhões de pessoas já trocaram de ope-

radora. Afinal de contas, o que fazer para manter os clientes e até conquistar novos consumidores? As empresas estão investindo mais na qualidade dos serviços? Assista ao Programa Artigo 5º na seção Multimídia do ADV.



### COTIDIANO

## Projeto impede cobrança de irregularidade em medidor de água e luz sem ampla defesa

O Projeto de Lei 2.469/2019 proíbe a cobrança de valores decorrentes da lavratura do Termo de Ocorrência de Irregularidade (TOI) na mesma conta, fatura ou boleto bancário mensal de luz, água e gás. O texto está em análise na Câmara dos Deputados. Pelo texto, a inobservância da medida autorizará a contestação integral e o não paga-

mento do valor do serviço do mês até que seja expedido novo boleto, fatura ou conta que permita o pagamento em separado. Nesse caso, não poderão ser cobrados juros ou multa de mora e ficará proibido o corte, suspensão ou interrupção do serviço. O descumprimento das medidas sujeitará o infrator ao pagamento de mul-

ta no valor de cem vezes o valor indevidamente cobrado, e em dobro no caso de reincidência, além das penalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor (CDC). A proposta será analisada por comissões específicas, e pela CCJ. As informações foram transmitidas no *site* da Agência Câmara de Notícias.

### LOJA COAD

## Saiba como calcular e recolher PIS/Pasep e Cofins

A COAD disponibiliza a 11ª edição do livro PIS/Pasep e Cofins, de Cleônimo dos Santos, com conceitos gerais sobre modalidades de apuração e recolhimento do PIS e da Cofins, e ênfase nos regimes cumulativo e

não cumulativo. A obra traz esclarecimentos sobre a questão da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, tratando-se de um tema que afeta praticamente a maioria dos contribuintes. Além disso, esclarece

o alargamento do conceito de insumos, com base em acórdão do STJ, em Nota Explicativa da PGFN e em Parecer Normativo Cosit/RFB nº 05/2018. Acesse a Loja COAD para mais informações ([www.lojacoad.com.br](http://www.lojacoad.com.br)).

# Contribuição sindical e a Medida Provisória 873/2019

A Lei 13.467/2017, sobre a *reforma trabalhista*, tornou a contribuição sindical, prevista em lei, opcional, ou seja, facultativa, passando a ser devida apenas pelos empregados, trabalhadores e empregadores que assim autorizarem prévia e expressamente.

Mais recentemente, a Medida Provisória 873, de 1º de março de 2019, alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, para dispor sobre a contribuição sindical, e revogou dispositivo da Lei 8.112/90.

Em termos formais, a constitucionalidade da referida Medida Provisória é passível de questionamento.

Conforme o art. 62 da Constituição Federal de 1988, em caso de relevância e *urgência*, o Presidente da República pode adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Entretanto, é possível argumentar que a urgência decorreu do que previa o art. 582 da CLT, na redação dada pela Lei 13.467/2017, ao estabelecer que os empregadores seriam obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados *relativa ao mês de março de cada ano* a contribuição sindical dos empregados que autorizassem prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.

O art. 545 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, previa que os empregadores ficavam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificadas.

As contribuições (receitas) sindicais em sentido amplo abrangem a contribuição sindical prevista

em lei (arts. 578 a 610 da CLT), a contribuição confederativa (art. 8º, inciso IV, da Constituição da República), a contribuição assistencial (art. 513, “e”, da CLT) e a mensalidade sindical (art. 548, “b”, da CLT).

A contribuição sindical prevista em lei é reconhecida pela Constituição Federal de 1988, como se observa em seu art. 8º, inciso IV, parte final.

Frise-se que o Supremo Tribunal Federal julgou improcedentes os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade que questionavam o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical e procedente o pedido formulado na ação declaratória de constitucionalidade (STF, Pleno, ADI 5.794/DF, ADI 5.912, ADI 5.923, ADI 5.859, ADI 5.865, ADI 5.813, ADI 5.885, ADI 5.887, ADI 5.913, ADI 5.810, ADC 55, ADI 5.811, ADI 5.888, ADI 5.892, ADI 5.806, ADI

5.815, ADI 5.850, ADI 5.900, ADI 5.950, ADI 5.945, Red. p/ac. Luiz Fux, j. em 29-6-2018).

Portanto, prevaleceu o entendimento de que a alteração decorrente da reforma trabalhista, ao tornar facultativa a contribuição sindical, é constitucional.<sup>1</sup>

O art. 545 da CLT, com redação dada pela Medida Provisória 873/2019, dispõe que as contribuições facultativas ou as mensalidades devidas ao sindicato, previstas no estatuto da entidade ou em norma coletiva, independentemente de sua nomenclatura, serão recolhidas, cobradas e pagas na forma do disposto nos arts. 578 e 579.

Além disso, foi *revogado* o parágrafo único do art. 545 da CLT (art. 2º, “a”, da Medida Provisória 873/2019). Esse dispositivo previa que o recolhimento à entidade sindical beneficiária do importe descontado deveria ser feito até o décimo dia subsequente ao do desconto, sob pena de juros de mora no valor de 10% sobre o montante retido, sem prejuízo da multa prevista no art. 553 e das cominações penais relati-

vas à apropriação indébita.

O art. 578 da CLT, com redação dada pela Medida Provisória 873/2019, assim dispõe: “As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão recolhidas, pagas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, sob a denominação de contribuição sindical, desde que prévia, voluntária, individual e expressamente autorizado pelo empregado”.

Há manifesto equívoco de redação, pois o *empregado* apenas tem como autorizar a contribuição devida ao sindicato de sua *categoria profissional*, mas não das categorias econômicas, as quais são integradas por empregadores.

Entende-se, assim, que as contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades devem ser recolhidas, pagas e aplicadas na forma

estabelecida na CLT (Título V, Capítulo I), sob a denominação de contribuição sindical, desde que haja prévia, voluntária, individual e expressa autorização pelo empregador ou pelo empregado, conforme se trate de sindicato de categoria econômica ou de sindicato de categoria profissional (inclusive diferenciada) e de profissões liberais.

O art. 578 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, previa que as contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades seriam, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida na CLT (Título V, Capítulo I), desde que prévia e expressamente autorizadas.

Logo, com a Medida Provisória 873/2019, explicitou-se que a autorização relativa à contribuição sindical (prevista em lei) deve ser *prévia, voluntária, individual e expressa*.

Na verdade, embora a questão pudesse gerar certa controvérsia, a exi-

gência de a mencionada autorização ser *individual* (e não coletiva, ou seja, por meio de deliberação em assembleia geral) já era decorrente da previsão dos arts. 579 e 582 da CLT, na redação dada pela Lei 13.467/2017.

Em harmonia com o exposto, o art. 611-B, inciso XXVI, da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, determina que constitui objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho a supressão ou a redução do direito de liberdade de associação profissional ou sindical *do trabalhador*, inclusive o direito de não sofrer, sem *sua* expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Nos termos do art. 579 da CLT, com redação dada pela Medida Provisória 873/2019: “O requerimento de pagamento da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e voluntária do empregado que participar de determinada categoria econômica ou profissional ou de profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou pro-

fissão ou, na inexistência do sindicato, em conformidade o disposto no art. 591”.

O mesmo equívoco de redação se repete nesse dispositivo, pois a autorização do *empregado* apenas se aplica à contribuição sindical relativa à sua *categoria profissional* ou de profissão liberal, mas não à categoria econômica, formada por empregadores.

A interpretação, assim, deve ser no sentido de que o requerimento de pagamento da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e voluntária (além de individual e expressa), conforme o caso, do empregador ou do empregado que participar de determinada categoria econômica ou profissional ou de profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, na inexistência do sindicato, em conformidade o disposto no art. 591 da CLT (que faz referência à federação e à confederação).<sup>2</sup>

A autorização prévia do empregado a que se refere o art. 579 da CLT deve ser *individual, expressa e por escrito*, não sendo

admitidas a autorização tácita ou a substituição dos mencionados requisitos para a cobrança por requerimento de oposição (art. 579, § 1º, incluído pela Medida Provisória 873/2019).

É nula a regra ou a cláusula normativa que fixar a compulsoriedade ou a obrigatoriedade de recolhimento a empregados ou empregadores, sem observância do disposto no art. 579 da CLT, ainda que referendada por negociação coletiva, assembleia geral ou outro meio previsto no estatuto da entidade sindical (art. 579, § 2º, incluído pela Medida Provisória 873/2019).

O art. 579-A da CLT, acrescentado pela Medida Provisória 873/2019, estabelece que podem ser exigidas somente dos *filiados* ao sindicato: I – a contribuição confederativa de que trata o art. 8º, inciso IV, da Constituição da República; II – a mensalidade sindical; e III – as demais contribuições sindicais, incluídas aquelas instituídas pelo estatuto do sindicato ou por negociação coletiva.

Confirmou-se o disposto na Súmula Vinculante 40

do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação: “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

Ainda nesse sentido, segundo o Precedente Normativo 119 do TST:

“Contribuições sindicais. Inobservância de preceitos constitucionais. A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX, e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.”

Na mesma linha, de acordo com a Orientação Jurisprudencial 17 da SDC do TST:

“Contribuições para entidades sindicais. Inconstitucionalidade de sua extensão a não associados. As cláusulas coletivas que estabelecem contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.”

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é inconstitucional a instituição por acordo coletivo, convenção coletiva de trabalho ou sentença normativa de contribuições que se imponham compulsoriamente a empregados da categoria não sindicalizados, como se observa no seguinte julgado:

“Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. 2. Acordos e con-

venções coletivas de trabalho. Imposição de contribuições assistenciais compulsórias descontadas de empregados não filiados ao sindicato respectivo. Impossibilidade. Natureza não tributária da contribuição. Violação ao princípio da legalidade tributária. Precedentes. 3. Recurso extraordinário não provido. Reafirmação de jurisprudência da Corte” (STF, Pleno, ARE-RG 1.018.459/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10-3-2017).

O art. 582 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, previa que os empregadores eram obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizassem prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.

Conforme o art. 582 da CLT, com redação dada pela Medida Provisória 873/2019: “A contribuição dos empregados que autorizarem, prévia e expressamente, o recolhimento da contribuição

sindical será feita exclusivamente por meio de boleto bancário ou equivalente eletrônico, que será encaminhado obrigatoriamente à residência do empregado ou, na hipótese de impossibilidade de recebimento, à sede da empresa”.

A redação desse dispositivo parece estar truncada na parte inicial, que repete o termo “contribuição”. Além disso, não se faz menção à forma de recolhimento da contribuição sindical dos empregadores.

A exigência de boleto bancário (ou equivalente eletrônico), como forma exclusiva para pagamento da contribuição sindical pelo empregado, certamente tem como objetivo excluir a possibilidade de desconto do salário, mesmo tendo o trabalhador autorizado a contribuição sindical de forma prévia, voluntária, individual e expressa (por escrito).

O art. 462 da CLT dispõe que ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos

de lei ou de norma coletiva negociada.<sup>3</sup>

A inobservância ao disposto no art. 582 da CLT ensejará a aplicação do disposto no art. 598 do mesmo diploma legal, que prevê penalidades, ou seja, multas (art. 582, § 1º, da CLT, com redação dada pela Medida Provisória 873/2019).

O art. 582, § 2º, da CLT, com redação dada pela Medida Provisória 873/2019, dispõe que é vedado o envio de boleto ou equivalente à residência do empregado ou à sede da empresa, na hipótese de inexistência de autorização prévia e expressa do empregado.

Entretanto, se o próprio empregado autorizar, de forma válida e com os requisitos legais, a contribuição sindical, a exigência de boleto bancário (ou equivalente eletrônico), como única forma de pagamento, impedindo o desconto no salário, revela-se contrária ao *princípio da razoabilidade*, impondo aos entes sindicais despesas diversas, decorrentes da emissão e do envio dos referidos boletos, em contrariedade ao *princípio da liberdade sindical*, notadamente

quanto ao livre exercício das funções e de administração, sendo vedada a interferência na organização sindical pelo poder público (art. 8º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal de 1988).

Embora versando sobre a *contribuição confederativa*, o art. 8º, inciso IV, da Constituição da República dispõe que a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será *descontada em folha*, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.

Para fins do disposto no art. 580, inciso I, da CLT,<sup>4</sup> considera-se um dia de trabalho o equivalente a: I – uma jornada normal de trabalho, na hipótese de o pagamento ao empregado ser feito por unidade de tempo; ou II – 1/30 da quantia percebida no mês anterior, na hipótese de a remuneração ser paga por tarefa, empreitada ou comissão (art. 582, § 3º, da CLT, incluído pela Medida Provisória 873/2019).

Na hipótese de pagamento do salário em utilidades, ou nos casos em que o empregado receba, ha-

bitualmente, gorjetas, a contribuição sindical corresponderá a 1/30 da importância que tiver servido de base, no mês de janeiro, para a contribuição do empregado à Previdência Social (art. 582, § 4º, da CLT, incluído pela Medida Provisória 873/2019, embora equivocadamente indicado, de forma repetida, como “§ 3º”).

Foi *revogada* a alínea “c” do *caput* do art. 240 da Lei

8.112/90 (art. 2º, “b”, da Medida Provisória 873/2019). Esse dispositivo previa o direito de descontar em folha, sem ônus para a entidade sindical a que for filiado, o valor das mensalidades e contribuições definidas em assembleia geral da categoria.

Logo, também quanto aos servidores públicos federais, deixa de ser admitido o desconto em folha das contribuições sindicais e

sua definição em assembleia geral, o que é objeto de questionamento quanto à constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Cabe, assim, acompanhar se as alterações decorrentes da Medida Provisória 873/2019 serão aprovadas pelo Congresso Nacional (art. 62 da Constituição da República), bem como se serão consideradas válidas na esfera judicial.

**Gustavo Filipe Barbosa Garcia**

*Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Especialista em Direito pela Universidade de Sevilla – Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilla – Advogado*

#### NOTAS:

1. Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 243-250.

2. “Art. 591 – Inexistindo sindicato, os percentuais previstos na alínea ‘c’ do inciso I e na alínea ‘d’ do inciso II do *caput* do art. 589 desta Consolidação serão creditados à federação correspondente à mesma categoria econômica ou profissional. Parágrafo único – Na hipótese do *caput* deste artigo, os percen-

tuais previstos nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso I e nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do inciso II do *caput* do art. 589 desta Consolidação caberão à confederação”.

3. Cf. ainda Súmula 342 do TST: “Descontos salariais. Art. 462 da CLT. Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade coope-

rativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico”.

4. “Art. 580 – A contribuição sindical será recolhida, de uma só vez, anualmente, e consistirá: I – Na importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, para os empregados, qualquer que seja a forma da referida remuneração.”

# O destinatário das provas no Código de Processo Civil

## A fase probatória

**A**pós o fim da fase de saneamento (que mais propriamente, pode ocorrer durante toda a tramitação do processo), tem início a fase de instrução (ou probatória) do procedimento comum.

A fase instrutória como a sua própria denominação já indica, destinada especialmente à produção de provas, logo, é neste momento do processo que as partes devem demonstrar que os fatos ocorreram de acordo com o alegado por elas na petição inicial e na contestação.

A apresentação de provas é necessária desde a petição inicial, mas há uma etapa processual destinada à produção probatória, a partir da decisão de saneamento e a organização do processo (que, em regra, contém determinações relativas à instrução processual).

A fase instrutória começa a partir da estabilização do saneamento processual (após a decisão de saneamento e organização e as eventuais manifestações das partes) e pode terminar com uma audiência de instrução e julgamento, a apresentação de memoriais pelas partes ou a manifestação de autor e réu sobre a última prova produzida.

Portanto, *não se trata de uma fase obrigatória no processo*. Haverá fase instrutória apenas quando não for possível o julgamento antecipado do mérito. Aliás, trata-se da única etapa não obrigatória do procedimento comum. As fases de postulação, saneamento e decisão sempre existirão (ainda que a decisão seja proferida no saneamento), enquanto a instrução só ocorrerá quando for necessária a dilação probatória, com a produção de outras provas, além daquelas já apresentadas na

fase postulatória (e, eventualmente, na saneatória).

Ademais, esta etapa afeta diretamente a fase decisória: o julgador deve, em primeiro lugar na fundamentação da sentença, reconstruir os fatos ocorridos, o que se faz por meio do exame e valoração das provas, a partir dos quais incidirão as consequências jurídicas.

Essa atividade de reconstrução processual dos fatos por meio das provas, com o objetivo de resolver os pedidos das partes e determinar qual a norma aplicável e de que forma ela incidirá, é realizada por meio da fundamentação. E essa escolha por determinadas provas em detrimento de outras é um assunto que não se mantém estável na história do Direito Processual e ainda não foi resolvido de forma satisfatória: todos os modelos conhecidos são sujeitos a crítica e se

limitam a conferir segurança apenas sobre a previsibilidade do padrão de valoração de provas que

## “No Brasil, as normas sobre os meios de prova cabíveis variaram no tempo.”

incidirá no processo. Contudo, não há um modelo imune a falhas ou insuficiências, tampouco se pode afirmar que aquele escolhido pelo legislador será utilizado de modo adequado, por ele, pelo Judiciário ou por qualquer outro legitimado.

No Brasil, as normas sobre os meios de prova cabíveis variaram no tempo. Nesse sentido, o CPC/39 admitia somente as provas típicas: “Art. 208 – São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais”.

Por sua vez, o CPC/73 passou a aceitar também as provas atípicas: “Art. 332 – Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos

fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

O CPC/2015 mantém a possibilidade de produção e provas típicas e atípicas, com fundamento em um critério moral de ampliação das provas permitidas por lei:

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

Tendo em vista que a prova é um meio para demonstrar no processo que os fatos ocorreram conforme alegados pela parte, o direito à sua produção também é um pressuposto necessário ao exercício do direito de ação e do acesso ao Judiciário.

## O destinatário das provas: juiz ou processo?

O destinatário da prova é assunto ainda polêmico no Direito Processual: trata-se do juiz ou do proces-

so? A fixação do destinatário da prova (e, até mesmo, da existência de um destinatário) constitui matéria que influencia a amplitude do direito à prova (e até mesmo a sua existência).

O CPC busca, em parte, resolver essa discussão, ao positivizar de forma expressa o princípio da aquisição da prova no art. 371: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Isso significa que a prova gerará efeitos no processo independentemente de quem a tiver produzido (parte, terceiro, auxiliar da Justiça, o próprio juiz, entre outros). Em outras palavras, a prova não possui um titular ou um proprietário, porque pertence ao processo, logo, pode ser utilizada por qualquer um dos sujeitos processuais para demonstrar a ocorrência dos fatos alegados.

Da aquisição da prova decorre o princípio da comunhão da prova, que permite ao juiz valorar a pro-

va independentemente de quem a tiver apresentado. A análise da prova é uma e pode ser utilizada tanto para beneficiar quanto para prejudicar a parte que a inseriu no processo.

Em consequência, por exemplo, as provas produzidas pela parte autora, podem ser utilizadas para um julgamento de improcedência de seu pedido, da mesma forma que o julgador pode utilizar as provas juntadas pelo réu para fundamentar uma decisão de procedência do pedido inicial. Não há titularidade sobre a prova

(princípio da aquisição), tampouco limitação para a sua valoração (princípio da comunhão) de acordo com quem a produziu.

Ressalva-se que para a valoração existe relevância na identificação de quem produziu a prova. Por exemplo, a prova testemunhal apresentada por uma das partes tende a confirmar as suas alegações, razão pela qual não pode ser considerada isoladamente para embasar a valoração.

Portanto, a atenção principal não deve se voltar para controvérsias acerca

do titular e do destinatário da prova (não apenas o processo e o juiz, mas também as partes e outros sujeitos processuais), mas sim sobre o valor de cada prova para a demonstração – ou não – dos fatos a que se destinam.

Na valoração, o órgão julgador não modificará suas conclusões se considerar que o destinatário da prova é ele próprio ou o processo, tampouco deixará de levar em conta determinada prova sob o fundamento de ter sido produzida por um terceiro.

---

*Oscar Valente Cardoso*

*Doutor em Direito (UFRGS) – Professor de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil em cursos de graduação e de pós-graduação – Juiz Federal na 1ª Vara Federal de Capão da Canoa/RS*

## GOSTARIA DE PUBLICAR SEUS ARTIGOS?

Gostaria de compor o nosso quadro de colaboradores? Entre em contato conosco através do *e-mail* [adv@coad.com.br](mailto:adv@coad.com.br) e conheça a nossa política de publicação. São levadas em consideração não só a exclusividade na elaboração, mas a originalidade, o tamanho e a especificação do tema de acordo com as seções da revista.

# O divórcio litigioso e a alienação parental

## Introdução

O presente artigo visa trazer a discussão as questões ligadas aos casos de divórcio litigioso e a Síndrome da Alienação Parental, visto que se nota cada vez mais nestes casos, quando há resistência por uma das partes em superar e aceitar a separação, geralmente desencadeia-se um processo de destruição, de desmoralização e de descrédito do ex-cônjuge.

Sendo assim, realizou-se um estudo entre ambos os institutos, sendo que em um primeiro momento, abordar-se-á de forma breve a evolução histórica do divórcio no Brasil, com base na doutrina sobre o tema.

Em um segundo momento, realizou-se uma análise das principais características da Síndrome da Alienação Parental, com base na Lei 12.318/2010. A referida legislação, re-

presentou um avanço em relação a proteção integral às crianças e adolescentes e a sua promulgação foi o resultado de um maior conhecimento a respeito dos casos de Alienação Parental, bem como a sua recorrência no Brasil, em especial nos casos de dissolução matrimonial.

No terceiro ponto do artigo, vem a discussão da questão principal do presente artigo, qual seja, qual a influência entre o divórcio litigioso e a Síndrome da Alienação Parental. Conforme será verificado, em muitos destes casos, atrelado a separação do casal, entra-se em disputa a guarda dos filhos e a animosidade entre os genitores, desencadeando o surgimento da SAP em disputas judiciais.

Por fim, analisam-se quais as medidas preventivas que podem ser tomadas pelos genitores, em situações de divórcio litigioso,

quais os cuidados necessários e limites, para que seja preservada a integridade dos infantes nessas situações.

## 1. Evolução histórica do divórcio no Brasil

Ao longo dos anos, o conceito de família no âmbito jurídico sofreu grandes transformações deixando de ser a família patriarcal e passando a ser concebida como a família fundada no amor e no afeto.

O caminho até o divórcio foi extremamente árduo, uma verdadeira “batalha”, na célebre expressão consagrada na obra de Arruda Câmara,<sup>1</sup> sendo relacionado na maioria das vezes, aos setores ligados à Igreja Católica.

Ao longo do século XX, costumava-se dizer que o divórcio “dissolvia a família”, “reduzia a natalidade”, “aumentava o aborto

e a criminalidade infantil”, “comprometia a educação dos filhos, pela ruína da autoridade paterna e da piedade filial”.<sup>2</sup>

Há mais de 40 anos, com a Emenda Constitucional nº 9, de 1977, de autoria do senador Nelson Carneiro, foi finalmente instituído o divórcio, porém com restrições que dificultavam a sua utilização, o que amenizou a ira de setores mais conservadores da sociedade, especialmente aqueles ligados à Igreja Católica.

Naquela épica, a dissolução do casamento só era possível após prévia separação judicial por mais de três anos ou prévia separação de fato por mais de cinco anos, desde que iniciada antes da data em que promulgada a emenda. O divórcio também, só poderia ser requerido uma única vez.

A EC9/77 permitiu a aprovação, no mesmo ano, da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a chamada Lei do Divórcio, que disciplinou a matéria no âmbito da legislação civil e processual civil, promovendo as necessárias alterações no Código Civil de 1916 e no CPC de 1973.

A Lei 6.515/77 acrescentou o divórcio entre as causas pelas quais se dissolvem a sociedade conjugal e o casamento, substituindo o desquite pela separação judicial. Estava regulamentado, assim, no Brasil, o chamado sistema dualista: a separação judicial põe termo à sociedade conjugal, ao passo que o divórcio dissolve o próprio vínculo matrimonial. Fazia-se a distinção entre terminar e dissolver o casamento.<sup>3</sup> O casamento terminava com a separação judicial, mas só se dissolvia com o divórcio.

Após a Lei do Divórcio, uma nova, porém pequena modificação nos institutos do divórcio e da separação só veio ocorrer com a Constituição de 1988. Além de manter o caráter dissolúvel do vínculo conjugal como preceito constitucional, a Carta Magna trouxe de forma expressa os casos em que esse vínculo pode ser dissolvido (art. 226, § 6º).<sup>4</sup>

Já em 1989 houve a edição da Lei 7.841, que teve como escopo amoldar a Lei do Divórcio aos novos ditames encravados no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988.

Alterou, portanto, os arts. 36 e 40 da Lei 6.515/77 e revogou o art. 38 e o § 1º do art. 40. A modificação no art. 36 da Lei do Divórcio serviu para instituir o prazo de um ano após prévia separação judicial para obtenção do divórcio-conversão.

A Lei 8.408/92 veio, tardiamente, atualizar, de acordo com a nova Constituição, alguns dispositivos da Lei 6.515/77 que foram esquecidos pela Lei 7.841/89. Foram eles o §1º do art. 5º e todo o art. 25 da Lei do Divórcio.

No §1º do art. 5º foi inserido apenas um novo lapso temporal como pressuposto para a propositura da ação de separação judicial com base na ruptura da vida conjugal. A exigência de cinco anos da Lei 6.515/77 foi substituída pelo exíguo prazo de um ano de ruptura da vida em comum.

Com a entrada em vigor, no ano de 2002, do Código Civil, o disciplinamento da separação e do divórcio teve seu devido lugar dentro do diploma. Sendo assim, as disposições contidas na Lei do Divórcio referentes ao direito material foram revogadas, res-

tando em vigor as normas de direito processual e as que não foram mencionadas no Código Civil.

O último disciplinamento referente à separação e ao divórcio tinha ocorrido em 2007, com a entrada em vigor da Lei 11.441/2007. Nessa oportunidade, foram inseridas no direito brasileiro as espécies administrativas dos institutos.

A Emenda Constitucional nº 66, promulgada em 13 de julho de 2010, modificou o § 6º do art. 226 da Constituição Federal. O antigo dispositivo asseverava que o casamento podia ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Com a referida alteração, o lapso temporal de um ano foi suprimido.

Dessa forma, como consequência lógica, a alteração legislativa possuiu o escopo de eliminar de uma vez por todas não só o requisito da separação judicial, como também os pressupostos temporais para a obtenção do divórcio.

A facilidade atual de dissolução dos vínculos conjugais, antes de enfraquecê-los, garante o seu vigor, tornando a conjugalidade mais hígida em substância, marcada agora por uma intensidade plena de afetos, que substitui uma longevidade forçada e vazia.

Conclui-se este ponto, acerca da evolução histórica do divórcio no Brasil, sendo analisado no próximo tópico as principais características da Síndrome da Alienação Parental, para que posteriormente seja realizada a ligação entre ambos os institutos.

## 2. Principais características da Síndrome da Alienação Parental – SAP

A Alienação Parental foi descrita pela primeira vez em 1985, nos Estados Unidos da América, por Richard Gardner, professor da Clínica de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia e perito judicial, em um artigo intitulado “Tendências Atuais em Litígios de Divórcio e Custódia”.<sup>5</sup>

Por meio da Lei nº 12.318/2010, restou disciplinada a alienação parental, alterando o artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplinado por meio da Lei nº 8.069/90.

A alienação parental é um processo de “implantação de novas memórias” ou imposição de informações, geralmente falsas ou extravagantes, de modo a desmoralizar o genitor alienado, a fim de provocar sentimento de raiva e desprezo por parte dos filhos ao genitor ou o afastamento entre eles.<sup>6</sup>

De acordo com Richard Gardner,<sup>7</sup> existe certa diferença entre a síndrome e a mera alienação. Para o estudioso, a mera alienação é uma real situação de abuso, negligência e maus-tratos, que pode ser associada às condutas antissociais para a realização de atos de alienação. Continua o autor, afirmando que a SAP é o modo exacerbado comparado a mera alienação, é um nível mais profundo com o ambiente propício ao desenvolvimento de problemas psiquiátricos, é basicamente uma consequência da alienação e se caracteriza pelas sequelas emocio-

nais deixadas pela alienação.

Sobre a SAP, o estudioso Silvio de Salvo Venosa<sup>8</sup> destaca:

“A síndrome da alienação parental deve ser vista como uma moléstia. Em muitas situações o alienador não tem consciência plena do mal causado. Sua intenção é mais do que denegrir, destruir o outro genitor perante os filhos (VENOSA, 2013, p. 333).”

A alienação é o afastamento entre o menor e o genitor alienado, enquanto que a síndrome, considerada o estágio mais grave, diz respeito às sequelas emocionais ocasionadas por esse afastamento.

Por tais razões apresentadas, é possível definir e estabelecer o que efetivamente é a Alienação Parental e quando ocorre a progressão desta para a Síndrome da Alienação Parental. Indiscutivelmente, são dois fenômenos diferentes, sendo perfeitamente possível identificar quando esse estiver diante de uma mera alienação, ou em um estágio mais avançado

do que é a Síndrome da Alienação Parental.

A Síndrome da Alienação Parental possui 3 estágios, sendo eles: leve; moderado e severo.

No estágio leve, a criança ou adolescente se mantém calma quando ocorrem as visitas, porém, encontram um pouco de dificuldade quando vão trocar de genitor, o intuito da criança nesses casos é manter um laço com o genitor alienador.

Entretanto, no estágio moderado, a criança ou adolescente tende a não querer estar com o genitor alienado, uma vez que, o genitor alienador criou um vínculo tão sólido com a criança que faz com que ela acredite que tudo o que ele diz é verdade, transformando o genitor alienado e alguém ruim.

No último estágio, a criança ou adolescente estão completamente perturbados e acreditam cegamente em tudo que o genitor alienador disser, ou seja, todo o ódio, raiva, rancor do genitor alienador passa ao filho, que acaba por ter crises de pânico ao saber que tem que encontrar o genitor alienado, cria-se uma

cumplicidade com o genitor alienador.

Segundo relata Analicia Martins de Souza,<sup>9</sup> a descrição da SAP feita por Gardner, seria:

“Um distúrbio infantil, que surge, principalmente, em contextos de disputa pela posse e guarda de filhos. Manifesta-se por meio de uma campanha de difamação que a criança realiza contra um dos genitores, sem que haja justificativa para isso. Essa síndrome, segundo o psiquiatra norte-americano, resulta da programação da criança, por parte de um dos pais, para que rejeite e odeie o outro, somada à colaboração da própria criança – tal colaboração é assinalada como fundamental para que se configure a síndrome.”

Nesse mesmo sentido, Gardner diz:

“A SAP é mais do que uma simples lavagem cerebral, pois inclui fatores conscientes e inconscientes que motivariam um genitor a conduzir seu filho ao desenvolvimento des-

sa síndrome, além da contribuição ativa desse na difamação do outro responsável.”

Conclui-se que a Síndrome da Alienação Parental – SAP, é uma das inúmeras maneiras que o genitor possui para desconectar os seus sentimentos em relação ao outro geni-

“O filho passa a ser utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor.”

tor, fazendo com que a criança ou adolescente desenvolva de maneira leve, moderada ou severa, o pânico em estar na presença do outro genitor, de modo que o filho se afaste dele e crie situações de pânico, depressão e problemas psicológicos em relação ao genitor alienado.

Realizada esta breve análise, serão abordadas as influências do divórcio litigioso nos atos de alienação parental, bem como no desencadear da Sí-

drome de Alienação Parental – SAP.

### 3. O divórcio e suas influências na Síndrome da Alienação Parental – SAP

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, o que faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro.

O filho passa a ser utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização. A criança é induzida a afastar-se de quem a ama. Isso gera uma contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão o genitor alienado, acaba se identificando com o alienador patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado.<sup>10</sup>

No que se refere à separação do casal, no tocante a estipulação da guarda dos filhos menores, tanto o judiciário quanto os pais, ainda tem como referência aquele modelo de família, no qual é obrigação do pai o pagamento da pensão alimentícia para o sustento da família e da mãe a guarda exclusiva, sendo dado a ela o direito de cuidar e proteger seus filhos. Nesse sentido basear-se nesse modelo de família poderá trazer sérias consequências para a criança, pois esse modelo não corresponde à realidade vivida pelas famílias contemporâneas onde pais e mães procuram obter e compartilhar a guarda dos filhos, além de ambos contribuírem financeiramente e efetivamente para o bem-estar dos filhos.<sup>11</sup>

Nas palavras de Evandro Luiz Silva:

“Os arranjos familiares mudam no decorrer da história e em cada cultura. Na sociedade ocidental, com a reconfiguração da posição social da mulher e das modificações ocorridas na tradicional divisão sexual do trabalho, emergiram novas representações

sociais da família. A distinção entre os papéis de pai e mãe tornou-se menos clara na medida em que ambos contribuem para o sustento da família e dividem os cuidados com os filhos.”<sup>12</sup>

Desse modo, quando do término do casamento e atribuição da guarda, deve-se levar em consideração o novo modelo de família contemporâneo, no qual ambos os pais contribuem para a manutenção da casa e dividem o zelo com os filhos.

A dissolução de casamentos desencadeados por divórcio e separações aumentou as disputas judiciais pela guarda dos filhos, requerendo ao poder judiciário atenção redobrada a fim de evitar decisões erradas, podendo causar grandes transtornos na vida dos envolvidos, principalmente por se tratarem de menores.<sup>13</sup>

Nesse contexto, enfatiza Raquel Pacheco Ribeiro de Souza:

“O maior sofrimento da criança não advém da separação em si, mas do conflito, e do fato de se ver abrup-

mente privada do convívio com um dos seus genitores, apenas porque o casamento deles fracassou. Os filhos são cruelmente penalizados pela imaturidade dos pais quando estes não sabem separar a morte conjugal da vida parental, atrelando o modo de viver dos filhos ao tipo de relação que eles, pais, conseguirão estabelecer entre si, pós-ruptura.”<sup>14</sup>

Segundo Maria Berenice Dias: “muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, quando um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-companheiro”.<sup>15</sup>

A alienação parental fere os direitos de personalidade da criança, e por serem irrenunciáveis, não se admite que o genitor tire tais direitos dos filhos. Tal processo se dá com a retirada de convivência da criança com o genitor alienado.

O Estatuto da Criança e Adolescente elenca como direito fundamental a convivência familiar, conforme artigo 19, *caput*:

“Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

O direito à convivência familiar é a possibilidade da criança ou adolescente conviver com ambos os genitores e seus familiares, num ambiente ideal de harmonia e respeito, que possibilite o completo desenvolvimento psicológico e social.

O artigo 227 da CF/88 diz:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

O objetivo da alienação parental muitas vezes é impedir a criança de conviver com o outro genitor o que fere o texto constitucional e impossibilita a criança de desenvolver laços de afetividade com aquela família natural.

A retirada da criança do seio familiar durante o processo investigativo é apenas uma forma de proteção, a criança sai do ambiente físico, mas continua em contato com a família, o juiz mantém visitas até que a situação seja totalmente esclarecida.

Porém, Maria Berenice Dias (2010) acredita que “o tempo trabalha em favor do alienador. Quanto mais demora a identificação do que realmente aconteceu, menos chances há de ser detectada a falsidade das denúncias. Como é impossível provar fatos negativos, ou seja, que o abuso não existiu, o único modo de descobrir a presença da alienação é

mediante perícias psicológicas e estudos sociais. Os laudos psicossociais precisam ser realizados de imediato, inclusive, por meio de procedimentos antecipados, além da obrigação de serem transparentes e elaborados dentro da melhor técnica profissional”.

Portanto, verifica-se que a SAP decorre do mau processamento do fim do relacionamento, transmitindo para o filho todo sofrimento advindo dos conflitos pós-ruptura matrimonial, no qual ele acaba se afastando de um de seus pais, geralmente o não guardião, devido às constantes brigas e desentendimentos com o guardião.

A Constituição de 1988 trouxe igualdade entre homens e mulheres, houve uma mudança nos paradigmas da sociedade contemporânea, garantindo o respeito às diferenças e incorporando à família a concepção de igualdade de direitos e o partilhamento das obrigações e papéis assumidos pelo homem e pela mulher enquanto pais.

As mudanças nos paradigmas da sociedade contemporânea trouxeram a

desmistificação de que as mulheres seriam as mais aptas para cuidarem dos filhos. Em razão disso, muitos homens passaram a optar por não abdicarem mais dos seus filhos em favor das mulheres. Tal atitude tem desencadeado não raras vezes, um litígio acerca da concessão da guarda dos menores.<sup>16</sup>

Verifica-se que por exercer conjuntamente com a mãe o zelo com filhos, os homens sentem-se, agora, mais propícios a lutar pela guarda deles. Por estarem em igualdade de condições, não contribuindo somente no sustento da casa, exerce seu direito de pai, requerendo assim a guarda de seus filhos.

## 4. Medidas preventivas em divórcio litigioso com filhos

O processo de divórcio costuma ser um momento muito difícil para toda a família, mas quando há filhos envolvidos nesse contexto o assunto se torna mais delicado, principalmente no período anterior ao divórcio.<sup>17</sup>

O cuidado com os filhos deve partir do casal, desde as primeiras brigas. Sabe-se que todos os casais se desentendem e discutem ao longo de um relacionamento, mas é necessário ficar atento quando essas discussões passam a se tornar agressões, pois quando isso ocorre é importante que essa relação seja reavaliada. Lembrando, que os desentendimentos devem sempre ser resolvidos entre o casal, de modo que os filhos não presenciem essas possíveis agressões, nem mesmo precisem interferir na relação do casal.

Ao contrário do que muitos acreditam, as crianças possuem uma ótima compreensão sobre o que se passa à sua volta, são sensíveis e perceptivas. Por esse motivo, é importante que os pais consigam sempre ser sinceros com os filhos, respeitando, conforme a idade, a forma como será dada a notícia da separação. Quanto mais clara e objetiva for a informação, mais facilmente as crianças compreenderão o que se passa.

Provavelmente, eles trarão muitos questionamentos, e junto a isso sur-

gem as dúvidas dos responsáveis sobre o que falar ou não para os filhos. O casal é o principal res-

**“O desempenho da função parental é permanente, mesmo que algumas alterações passem a ocorrer na rotina de toda a família.”**

ponsável pelo término da relação que não deu certo, independente dos fatores que os levaram a essa decisão. Portanto, verbalizar aos filhos a ausência de culpa é fundamental, bem como prover segurança para a criança, ou adolescente, de que, apesar de separados, não deixarão de desempenhar o papel de pai e/ou mãe.

O desempenho da função parental é permanente, mesmo que algumas alterações passem a ocorrer na rotina de toda a família. As mudanças são muitas em todo esse processo, e não são fáceis, contudo, é fundamental que

juntamente com a rotina, se mantenham os limites e as regras. Quanto mais alinhadas as regras e as combinações entre os pais, mais saudável será o desenvolvimento dos filhos. Não é fácil alinhar rotinas, compartilhar a guarda e manter as regras.

Por fim, é imprescindível que o casal mantenha uma relação respeitosa entre si, sem colocar os filhos um contra o outro, sem fazer ameaças, ou mesmo invalidar a postura do outro. Quanto mais coesos e respeitosos forem os pais, melhor será o desenvolvimento emocional, social e físico dos filhos.

## Conclusão

De acordo com o estudo realizado, verifica-se que a mudança que ocorre, por ocasião da separação dos casais, alterando o meio de convivência familiar, por si só, afeta demasiadamente os filhos, principalmente pela sensação de terem perdido a família.

Este sentimento de perda é o mais doloroso dos sentimentos para os filhos, superando em muito a

necessidade de adaptação a nova situação dos genitores não morarem mais juntos e ainda, com a certeza de que conviverão em um ambiente de tristeza que acompanha a separação do casal.

Em caso de ruptura da vida conjugal, é uniforme na doutrina e na jurisprudência a premissa do “melhor interesse da criança”, buscando assegurar na maior medida possível, o seu bem-estar, independentemente da relação amistosa ou não dos pais.

A convivência com ambos os pais é preocupação relevante nestes casos, considerando principalmente para a definição da guarda, a manutenção do vínculo afetivo e familiar, deixando em segundo plano os aspectos materiais. Esse tem sido o esforço dos juristas, assistentes sociais, psicólogos e profissionais da área, que colocam o exercício de sua profissão na busca

pelo melhor interesse do menor.

A Lei nº 12.318/2010 representou um avanço na proteção integral às crianças e adolescentes e sua promulgação foi o resultado de um maior conhecimento a respeito da Síndrome da Alienação Parental e sua recorrência no Brasil, associado ao clamor público, advindo das famílias, dos movimentos sociais e de todas as demais instituições que são responsáveis pelo cuidado da infância no Brasil.

Esta perda, ou seja, a sensação de ter perdido a família, acaba sendo uma espécie de luto para os filhos, sensação de vazio, da falta daquele que não mais estará presente no dia a dia.

Se o casal, na sua separação, não conseguir visualizar que seus filhos não se separam deles e que continuarão sendo pais, torna a situação ainda pior

para que seus filhos superem a tristeza que lhes envolve. Sentem os filhos, que a separação dos pais é o término de um de seus mundos.

A separação vai alterar, portanto, a dinâmica familiar. Entretanto, o que não mudará é o fato de que o pai e mãe não extinguirão a relação deles com seus filhos. Continuarão sendo o alicerce de seus filhos, o exemplo que eles se espelharão.

Portanto, o divórcio possui uma relação íntima com a prática da alienação parental e a destruição do psicológico dos filhos.

Cabe aos casais que se separam, antes de mais nada, buscarem auxílio de profissionais para que possam lidar com a nova dinâmica de vida que experimentarão, a fim de que seja construída uma nova base familiar sólida para os filhos.

---

*Caroline Ribas Sérgio*

*Advogada – Graduada pela PUC-RS em Ciências Jurídicas e Sociais, com especialização em Direito Processual Civil pela Uniritter*

---

#### **BIBLIOGRAFIA:**

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. LARRATÉA, Roberta Vieira e FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. “Guarda compartilhada: a

justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe”. Revista Juris Plenum. Ano VI, nº 31, janeiro de 2010.

ARAUJO, Eduardo Pereira de. “Evolução histórica dos institu-

tos da separação e do divórcio no direito brasileiro e a Emenda Constitucional nº 66/2010”. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19-10-2010. Disponível em [---

26 | Julho de 2019](http://www.conteudojuri-</a></p></div><div data-bbox=)

dico.com.br/?artigos&ver=2.29383&seo=1. Acesso em: 26-5-2019.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10ª ed. rev. e atual. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: RT, 2002.

CÂMARA, Arruda. *A batalha do divórcio*. São Paulo: Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1952.

DIAS, Maria Berenice. *Alienação parental: Um crime sem punição*. Incesto e alienação parental. 2ª ed.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 409

FRANCA S. J., Leonel. *O divórcio*. Rio de Janeiro: AGIR, 1955.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 356

GARDNER, Richard A. "Síndrome de Alienação Parental (PAS)". Disponível em <http://www.aliacao-parental.com.br/textos->

sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente. Acesso em: 26-5-2019.

PODEVYN, François. "Síndrome da Alienação Parental". Traduzido para o espanhol: Paul Wilekens (09/06/2001). Tradução para o português: Apase Brasil – Associação de Pais separados do Brasil (08/08/2011). Disponível em [www.paisparasemprebrasil.org](http://www.paisparasemprebrasil.org). Colaboração: Associação Pais para Sempre; Acesso em 11-5-2013.

SANTOS. Joseane. "Alienação parental – Os filhos do divórcio." Disponível em <https://joseanelcsantos.jusbrasil.com.br/artigos/112338604/alienacao-parental-os-filhos-do-divorcio>. Acesso em 22-5-2019.

SILVA, Evandro Luiz. *Guarda Compartilhada – aspectos Psicológicos e Jurídicos/organização APASE – Associação de Pais e Mães Separados*. Porto Alegre, Ed. Equilíbrio 2005. p. 16.

SILVA, Denise Maria Perissinida. *Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro*. A interface Psicologia com Direitos, nas Questões de Família e Infância, São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003, p.113.

SOUZA, Rachel Pacheco Ribeiro de., Terezinha Feres; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do guardião*. Porto Alegre: Editora Equilíbrio, 2008, p. 7.

Therense M., et al. *Psicologia Jurídica e Direito de Família: Para além da perícia psicológica*. In: SOUZA, Analicia Martins de; BOLOGNINI, Ariane Luise. *Pedidos de Avaliação de Alienação Parental no Contexto das Disputas de Guarda de Filhos*. Manaus: UEA Edições, 2017, p. 169 a 179.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Virgínia Brum Buzzacaro, CRP 07/26662, graduada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), psicóloga clínica e atua com ênfase na área do luto. Disponível em <https://leonardopetro.jusbrasil.com.br/artigos/506488329/direito-de-familia-e-psicologia-odivorcio-e-os-filhos>. Acesso em 2-6-2019.

## NOTAS:

1. CÂMARA, Arruda. *A batalha do divórcio*. São Paulo: Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1952.

2. FRANCA S. J., Leonel. *O divórcio*. Rio de Janeiro: AGIR, 1955.

3. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 356.

4. "§ 6º – O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, comprovada a

separação de fato por mais de dois anos."

5. SANTOS. Joseane. "Alienação Parental – Os filhos do divórcio". Disponível em <https://joseanelcsantos.jusbrasil.com.br/artigos/112338604/alienacao-parental-os-filhos-do-divorcio>. Acesso em 22-5-2019.

6. DIAS, Maria Berenice. *Alienação parental: Um crime sem punição*. Incesto e alienação parental. 2ª ed.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

7. GARDNER, Richard A. "Síndrome de Alienação Parental (PAS)". Disponível em <http://www.aliacao-parental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 26-5-2019.

nacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente. Acesso em: 26-5-2019.

8. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

9. Therense M., et al. *Psicologia Jurídica e Direito de Família: Para além da perícia psicológica*. In SOUZA, Analicia Martins de; BOLOGNINI, Ariane Luise. *Pedidos de Avaliação de Alienação Parental no Contexto das Disputas de Guarda de Filhos*. Manaus: UEA Edições, 2017, p. 169-179.

10. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 409
11. SILVA, Evandro Luiz. *Guarda Compartilhada – aspectos Psicológicos e Jurídicos/organização APASE – Associação de Pais e Mães Separados*. Porto Alegre, Ed. Equilíbrio 2005. p. 16.
12. SILVA, Evandro Luiz. *Guarda Compartilhada – Aspectos Psicológicos e Jurídicos/organização APASE – Associação Pais e Mães Separados*. Porto Alegre, Ed. Equilíbrio 2005. p. 16.
13. SILVA, Denise Maria Perissinida. *Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro. A interface Psicologia com Direitos nas Questões de Família e Infância*, São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003, p.113.
14. SOUZA. Rachel Pacheco Ribeiro de; Terezinha Feres; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do guardião*. Porto Alegre: Editora Equilíbrio, 2008, p. 7.
15. DIAS, Maria Berenice. *Alienação parental: Um crime sem punição. Incesto e alienação parental*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
16. PODEVYN, François. “Síndrome da Alienação Parental. Traduzido para o espanhol: Paul Wilekens (9-6-2001).” Tradução para o português: Apase Brasil – Associação de Pais Separados do Brasil (8-8-2011). Disponível em [www.paisparasemprebrasil.org](http://www.paisparasemprebrasil.org). Colaboração: Associação Pais para Sempre: Acesso em 11-5-2013.
17. Virginia Brum Buzzacaro, CRP 07/26662, graduada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), psicóloga clínica e atua com ênfase na área do luto. Disponível em <https://leonardopetro.jusbrasil.com.br/artigos/506488329/direito-de-familia-e-psicologia-o-divorcio-e-os-filhos>. Acesso em 2-6-2019.

## DA DECISÃO-SURPRESA NO PROCESSO CIVIL



### 1. Introdução

**H**á várias décadas as democracias consolidadas têm revelado preocupação em assegurar constitucionalmente garantias processuais fundamentais, viabilizando a concretização de um núcleo duro de proteção dos indivíduos contra o arbítrio. No século XX, especialmente no período pós-Segunda Guerra Mundial, diversos instrumentos normativos supranacionais de proteção de Direitos Humanos fizeram menção à cláusula do processo justo, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (art. 10),

da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1953 (art. 6º) e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969 (art. 8º). Constituem alicerces do *fair trial* os princípios do contraditório e da ampla defesa, além da fundamentação (jurídica e racional) das decisões judiciais.

O processo civil constitui procedimento dialeticamente organizado, cujos participantes atuam em posição simétrica. Ele tem “estrutura dialéctica ou polémica, pois que assume a natureza de um debate ou discussão entre as partes”. Logo, são “travesmestras do processo o

princípio do contraditório e o da igualdade das partes (igualdade de armas)”. (PORTUGAL, 2000). Como bem pontua Felipe Martins Pinto (2016, p. 84), “a justiça da decisão pressupõe a justiça do procedimento”, eis que, se o provimento for resultante de violação a direito fundamental, “o ato de poder jurisdicional, ao invés de meio de tutela, se torna instrumento de risco para a coletividade”.

A chamada “decisão-surpresa” ou “decisão da terceira via” (terminologia utilizada pela doutrina italiana) é aquela baseada em fundamento fático ou de direito que não tenha

sido previamente considerado pelas partes. O provimento é fruto de inovação jurisdicional, destoante da tese e da antítese processual. Há, neste caso, nulidade decorrente da violação do contraditório, “ainda que a solução obtida possa ser a que mais se adequa a uma correcta e atinada decisão do litígio”. (PORTUGAL, 2016).

O legislador brasileiro, atento à ideia de que o exercício do contraditório é vinculado ao dever de fundamentação jurídica das decisões judiciais (este liame fica evidente a partir do disposto no art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015), optou por tornar defeso o ato de decidir, em qualquer grau 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”. (CPC/2015, art. 10).<sup>1</sup>

“Tudo indica que a vedação à sentença de terceira via é uma tendência mundial incontornável e o Brasil promoveu tardia regulamentação infraconstitucional da matéria.”

Tudo indica que a vedação à sentença de terceira via é uma tendência mundial incontornável e o Brasil promoveu tardia regulamentação infraconstitucional da matéria. Ao elaborar este trabalho, constatou-se que ao menos Itália (CPC, art. 101, 2), França (CPC, art. 16), Alemanha (ZPO, § 139), Portugal (CPC, art. 3º, 3), Cabo Verde (CPC, art. 3º, 3), Angola (CPC, art. 3º, 3), Macau (CPC, art. 8º, 2) e Áustria (ZPO, § 182º) já solidificaram, no âmbito normativo, a referida cláusula proibitiva.

A Alemanha, por exemplo, cuja lei processual civil (ZPO ou Zivilprozessordnung) é de 1879, inseriu em sua reforma processual de 1977 (§ 278, III) que o “O Juiz só pode apoiar sua decisão em um aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado despercebido, se lhe tiver dado oportunidade de mani-

festar-se a respeito, salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória” (OLIVEIRA, 1993, p. 37). Na versão atual da norma (2005) a proibição da decisão-surpresa impede a inovação jurisdicional em matéria fática e de direito (THEODORO JÚNIOR; NUNES, p. 2009, p. 131). Alexandre Freitas Câmara (2017, p. 104) alude às lições dos alemães Rolf Bender e Christoph Strecker, juristas que há várias décadas já ponderavam que “(o) assim chamado julgamento surpresa é um câncer na administração do Direito, desde que ele mina a confiança daqueles que procuram por justiça no Direito”.

Revela-se de suma importância pesquisar sobre a decisão-surpresa, porque no Brasil os estudos levados a cabo sobre o tema são relativamente novos e estão longe de exaurir as inúmeras nuances práticas derivadas da aplicação do art. 10. Logo, as dúvidas superaram em muito as certezas. Ademais, há que se ter sempre em mente que o poder político estatal, institucionalizado sob a forma de três diferentes atividades ou funções (legislativa, admi-

nistrativa e judiciária), submete-se a uma questão essencial: o problema da organização. Esta é alcançada mediante o controle do seu exercício coercitivo por aqueles que são submetidos às decisões estatais, “o que se faz impossível sem crescente representatividade, informação e participação”. (PASSOS, 2000, p. 55).

## 2. Superação do contraditório “estático-formal” e o liame entre a cooperação e a dialética processual

É premissa fundamental para estudo da decisão de terceira via a constatação da insuficiência da noção de contraditório como “princípio da audiência bilateral” (resumido ao binômio ciência/reação), comumente abordado sob a perspectiva “estática” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 69) de que “ao réu terá que ser garantida a oportunidade de defender-se”. (SANTOS, 1967, p. 387) Segundo o professor José Lebre de Freitas, tal garantia se concretiza

“mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo”. (1996, p. 96-97)

Longe de constituir exercício de retórica, compreender o contraditório como poder de influência revela que, no caso concreto, se a parte tiver condições de apresentar defesa, porém for impedida de provar sua argumentação, ao cabo ela terá bilateralidade de audiência, sem, contudo, possuir capacidade de influir no resultado da demanda. O “quase contraditório” ou “contraditório parcial”

corresponde, na realidade, à negação completa da prerrogativa.

Dada sua condição de componente essencial do devido processo legal, o contraditório traduz-se em direito humano indisociável da atividade judiciária. A Constituição da República de 1988, visando ao gozo real da tutela jurisdicional, prescreve o princípio da inafastabilidade da jurisdição e é enfática ao assegurar aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV). Há reprodução, no campo interno, da garantia prescrita pelo art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>2</sup>

Na Europa, a partir do julgamento pela Corte Europeia de Direitos Humanos do caso Ruiz-Mateos v. Espanha (CEDH, 1993), em 23 de junho de 1993, firmou-se jurisprudência, baseando-se no art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos,<sup>3</sup> segundo a qual o direito a um processo equitativo inclui o direito a um processo contraditório. Posteriormente, o Tribunal

de Estrasburgo aplicou o mesmo entendimento em *McMichael v. Reino Unido* (1995), *Vermeulen v. Bélgica* (1996), *Lobo Machado v. Portugal* (1996), *Kress v. França* (2001), *Milatová e outros v. República Checa* (2005) e *Gaspari v. Eslovênia* (2009). (CEDH, 2017, p. 54).

Na jurisprudência norte-americana é pacífica a vinculação do contraditório com a garantia do *due process of law*, a partir da interpretação da 5ª e da 14ª Emendas à Constituição. Colhe-se na Suprema Corte precedente formado no início do século XX (*Roller v. Holly* 176 U.S. 398, de 1900), no qual se decidiu: “Que um homem tenha direito a algum aviso antes que ele possa ser privado de sua liberdade ou propriedade é um axioma da lei para o qual nenhuma citação de autoridade daria peso adicional”. (MALLETT, 2014, p. 391) De fato, no que concerne à dinâmica da litigância civil nos Estados Unidos:

“Além da apresentação do pedido perante a Corte, o requerente deve formalmente apresentá-lo ao reclamado, embora este

possa renunciar à formalidade. Uma citação também deve ser apresentada ao reclamado para que este receba notificação formal de um processo que exige a sua resposta formal com relação ao pedido formalizado. A regra 4 das regras de processo civil apresenta orientações para os procedimentos de citação e petição. A orientação geral é que o procedimento deve dar ciência razoável para possibilitar ao reclamado tomar conhecimento de um processo existente contra ele”. (FINE, 2011, p. 100-101)

Em 2004 o STF deu importante passo no reconhecimento da extensão da garantia, após julgamento do MS nº 24.268/MG. Naquela altura o Ministro Gilmar Mendes ponderou, com amparo na doutrina alemã, sobre a feição ampliada do princípio do contraditório, a partir da leitura da Constituição Federal, que envolve “não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados

pelo órgão incumbido de julgar”. (BRASIL, 2004).

Estabelecido o caráter tridimensional do contraditório, ficou fora de dúvida sua estreita ligação com outro princípio incorporado ao CPC/2015, qual seja, a cooperação processual.<sup>4</sup> Prescreve o art. 6º que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” O dever de cooperação deve ser observado por parte de cada um dos “intervenientes processuais em relação aos outros e deve ser exigida pelo juiz em relação a todos, a começar por si próprio”. (PORTUGAL, 2015)

O postulado atribui ao juiz o dever de, em qualquer altura do processo, ouvir as partes e convidá-las a fornecer os esclarecimentos que se afigurem pertinentes (dever de informação, faceta do contraditório,<sup>5</sup> vislumbrando-se, portanto, a natureza constitucional do princípio da cooperação). Por esta razão o CPC de Macau, ao regulamentar mecanismo voltado para coibir a decisão-surpresa, o fez sob a rubrica do prin-

cípio da cooperação, no art. 8º, 2, *in verbis*:

“O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.” (MACAU, 1999)

Os sujeitos processuais são, portanto, interdependentes. O processo não pode ser concebido, nos dizeres de Oliveira (1993, p. 32), como “coisa das partes” (modelo privatístico-liberal do século XIX) nem como expressão do puro arbítrio judicial, mas sim como garantia da sociedade. (RIBEIRO; SCALABRIN, 2009, p. 64). Em outras palavras, não há espaço para atuação do juiz como expectador inerte do combate, atitude esperada em um modelo adversarial puro. Na hipótese de o magistrado vislumbrar a necessidade de fundamentar a decisão com base em fato (ou norma) não submetido ao contraditório, deve provocar o debate com as

partes (NUNES, 2012, p. 226), incidência do dever de consulta, oriundo do princípio da cooperação.

Resumindo, o espírito da nova construção processual civil assenta em uma ideia de direção ativa do processo por parte do juiz, no sentido de “ser dele exigível o cuidado de

“Não paira dúvida de que a dinâmica desencadeada pelo contraditório material demandará aumento do encargo judicial na direção dos processos.”

não se deixar ‘funcionalizar’, ou seja, de não tramitar, sem juízo crítico, o processo de acordo com a estrutura e marcha regra definidas abstratamente na lei”. (PORTUGAL, 2015). (sic)

Não paira dúvida de que a dinâmica desencadeada pelo contraditório material demandará aumento

do encargo judicial na direção dos processos. Observa Claudio Consolo (2009, p. 58) que o fracasso em conceder um espaço argumentativo-defensivo adequado às partes (resultante da omissão judicial em promover o debate tempestivo acerca da matéria de conhecimento oficioso) implica a recuperação necessária da dialética processual somente *a posteriori* (mediante decretação de nulidade do provimento). Portanto, a violação do contraditório conduz a uma regressão do procedimento cuja consequência direta é a morosidade. Para ele a obrigatoriedade de o juiz promover o diálogo com os litigantes servirá como uma certificação do grau de preparo do órgão jurisdicional<sup>6</sup> e encorajará um exame imediato e exato dos termos do processo.

É de bom alvitre frisar que a consulta prévia provocada pelo juiz não pode se confundir com uma atitude de paternalismo frente às partes, como se fosse correto pressupor hipossuficiência jurídica dos litigantes e houvesse espaço para o exercício de individualidade carismática do magistrado, dando azo

ao que François Gény chamou de “O fenômeno Magnaud”. (GONÇALVES, 1992, p. 45) Ensina Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 45-46) que o Juiz francês Magnaud, responsável por presidir o Tribunal de primeira instância de Château-Thierry entre os anos de 1889 e 1904, tornou-se célebre pelas suas decisões. Ele queria ser “o bom juiz favorável aos miseráveis e severo com os privilegiados. Não se preocupava com a lei, nem com a jurisprudência, nem com a doutrina, e se comportava como se fosse a reencarnação do direito”.

### 3. A regra do art. 10 do CPC/2015 constitui inovação do sistema processual brasileiro?

Do ponto de vista normativo, a lei que regula a execução fiscal (Lei Federal nº 6.830/80), em dispositivo inserido no ano de 2004 (art. 40, § 4º), determina que o juiz só pode reconhecer e decretar a prescrição intercorrente depois de ouvida a Fazenda Pública. A despeito de

representar uma benesse processual exclusiva do Estado, a regra despontou como indicador de que mesmo a decisão sobre matéria de conhecimento oficioso obriga seja franqueada à parte interessada a possibilidade de se manifestar antes da elaboração do provimento.

Sob a perspectiva da jurisprudência, o citado voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do MS nº 24.268/MG, abordou em 2004 o direito de informação como aspecto do contraditório tridimensional, em inequívoca menção ao debate prévio provocado pelo juiz, associado ao princípio da cooperação.

A partir de tais premissas conclui-se que a proibição da decisão-surpresa já poderia ter sido concretizada mediante interpretação do princípio constitucional do contraditório (absolutamente louvável, não obstante, a inclusão da regra do art. 10). Como bem salientou a Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do CPC/2015 (*Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*, 2010, p. 23), “é na lei ordinária e em outras normas

de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais”. O art. 10 traduz-se, dessa feita, em regulamentação de prerrogativa constitucional e não em inovação do sistema.

### 4. A cláusula geral proibitiva da decisão de terceira via e a sua relativização pelo próprio CPC

O disposto no art. 10 do CPC revela-se uma cláusula geral protetiva do contraditório porque há reprodução, em diversos pontos do Código, da regra segundo a qual a decisão jurisdicional deve sempre ser resultado da dialética efetivamente estabelecida entre as partes litigantes. Na hipótese de ocorrer distribuição dinâmica do ônus da prova, por exemplo, deve-se franquear à parte afetada a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (art. 373, § 1º), o juiz, depois de ouvidas as partes, poderá reconhecer a prescrição intercorrente e extinguir o

processo (art. 921, § 5º) e, se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem (art. 933).<sup>7</sup>

O Código, ao estipular um rol de precedentes (aparentemente) vinculantes (art. 927), consignou expressamente que os juízes e os tribunais “observarão” o disposto no art. 10 quando decidirem com fundamento em alguma modalidade de precedente referida no citado dispositivo legal (§ 1º). Não há dúvida, portanto, que a jurisprudência (dada sua atual força normativa), constitui fundamento jurídico, ao lado das questões fáticas e das puramente de direito, que pode ensejar a decisão-surpresa.

Atenta-se que a vedação de decisões-surpresa não é absoluta. O próprio CPC estabelece situações em que a cláusula sofre relativização. O primeiro dispositivo a ser lembrado é o art. 332, que trata da improcedência liminar do pedido. Neste caso a lei

não viabiliza à parte autora o exercício de poder de influência anterior à prolação da decisão, mas somente a possibilidade de fiscalização *a posteriori*, via recurso de apelação. Afasta-se o contraditório do postulante e não do réu. Tal regra já havia sido objeto de crítica formulada por Daniel Mitidiero (2007, p. 37) em comentário ao antigo art. 285-A<sup>8</sup> do Código Buzaid.<sup>9</sup>

O art. 487, parágrafo único, também traz disposição contrária à cláusula de proibição da sentença de terceira via. Ele dispõe que “Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.” Faz-se menção à hipótese de improcedência liminar do pedido quando o juiz verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. É difícil vislumbrar razão para a ressalva. Ao contrário do art. 3º, 3, do CPC português,<sup>10</sup> a regra do art. 10 do Código brasileiro não é auto relativizada. A opção do legislador no art. 487 destoa da sistemática do CPC, sem justificativa para tanto.

Ainda sob o prisma legislativo, deve ser objeto de crítica a disposição contida no art. 1.013, § 3º (“Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito”). O dispositivo permite ao Judiciário proferir decisão “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar”, em desrespeito à regra do art. 10. Eis a ponderação feita por Humberto Theodoro Júnior sobre o tema:

“Ora, se a parte vencida recorre pedindo apenas a anulação ou cassação da sentença que extinguiu o processo sem apreciação do mérito, não nos parece lícito ao tribunal o enfrentamento de questão de mérito que não tenha integrado o pedido do recorrente e, por isso, não tenha passado pelo contraditório da apelação”. (2015, p. 1.013)

A despeito da advertência doutrinária e dos riscos advindos para o devido processo legal, a jurisprudência do STJ aplica a teoria da causa madura com fundamento na economia

e na celeridade processuais, sem exigência do contraditório prévio acerca do mérito. (BRASIL, 2018)

O processo não necessita apenas de rapidez e não se legitima a jurisdição relâmpago sustentada apenas por índices de produtividade, ante a flagrante ofensa ao poder de influência assegurado pelo contraditório. O mecanismo de prestação jurisdicional é sustentado por elos que asseguram a racionalidade democrática. A tutela do processo “efetua-se pelo império das previsões constitucionais”, tendo como premissa que “a lei não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição”. (BARA-CHO, 1999, p. 89)

Acrescenta-se que, se o que está em xeque é a garantia constitucional da duração razoável do processo, a obediência à regra do art. 10 contribui para melhorar a qualidade das decisões e, nesse sentido, tende a reduzir a interposição de recursos, promovendo, ao fim e ao cabo, a celeridade e a efetividade do processo. (NUNES, 2012, p. 243)

## 5. Análise do art. 10 do CPC a partir de recente julgamento do STJ: considerações sobre o princípio da autorresponsabilidade das partes

A jurisprudência também tem dado sua parcela de contribuição para minar a força normativa do disposto no art. 10. Em 2017, o STJ, quando do julgamento do REsp. nº 1.280.825/RJ, ao apreciar questões inerentes a ação indenizatória (em cujo trâmite pelas instâncias ordinárias não houve divergência ou debate entre as partes acerca do prazo prescricional de três anos referente à pretensão veiculada), decidiu inovar a respeito da norma jurídica incidente no caso concreto (contrariando, inclusive, o posicionamento do próprio Judiciário exarado até então). Entendendo a Corte pela inexistência de norma que definisse prazo prescricional específico, aplicou o prazo decenal, regra geral do art. 205 do Código Civil. A parte afe-

tada pela decisão do recurso especial sustentou em embargos de declaração:

“Ao adotar fundamento jamais cogitado por todos aqueles que, até então, haviam-se debruçado sobre a controvérsia (partes e juízes), sem que sobre ele previamente fossem ouvidas as partes, o Colegiado desconsiderou o princípio da não surpresa (*Corolário do Primado Constitucional do Contraditório* – CF, art. 5º, LV), positivado no artigo 10 do CPC de 2015.”

Em seu voto consignou a Ministra Maria Isabel Gal-lotti (BRASIL, 2017):

“O inconformismo dos embargantes reside na aplicação, na fase de julgamento da causa, após o conhecimento do recurso especial, de dispositivo legal que, realmente, não fora invocado pelas partes, a saber, o art. 205 (prescrição decenal), ao invés do art. 206, § 3º, V (prescrição trienal), ambos do Código Civil. Não se pode pretender, todavia, que o órgão jurisdicional deixe de apli-

car uma norma ao caso concreto porque as partes, embora tratem do tema, não a invocaram em seu recurso. O tema da prescrição foi amplamente debatido nas instâncias de origem e foi, inclusive, objeto de impugnação por recurso especial. Não se trata, pois, de novidade para as partes, nem ofensa ao chamado princípio da não surpresa.

(...)

Assim, pouco importa que as partes não tenham aventado a incidência do prazo decenal ou mesmo que estivessem de acordo com a incidência do prazo trienal. Houve ampla discussão sobre a prescrição ao longo da demanda e o tema foi objeto de recurso, tendo essa Turma, no julgamento da causa, aplicado o prazo que entendeu correto, à luz da legislação em vigor, conforme interpretada pela jurisprudência predominante na época para ações de responsabilidade civil por descumprimento contratual.

(...)

Penso que o “fundamento” ao qual se refere o art. 10 é o fundamento jurídico – causa de pedir, circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação, conforme art. 493 do CPC/2015) – não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria).

(...)

Os fatos da causa devem ser submetidos ao contraditório, não o ordenamento jurídico, o qual é de conhecimento presumido não só do juiz (*iura novit curia*), mas de todos os sujeitos ao império da lei, conforme presunção *jure et de jure* (art. 3º da LINDB).

(...)

A aventada exigência de que o juiz submetesse a prévio contraditório das partes não

apenas os fundamentos jurídicos, mas também os dispositivos legais (fundamento legal) que vislumbrasse de possível incidência, sucessivamente, em relação aos pressupostos processuais, condições da ação, prejudiciais de mérito e ao próprio mérito, inclusive pedidos sucessivos ou alternativos, entravaria o andamento dos processos, conduzindo ao oposto da eficiência e celeridade desejáveis. Seria necessário exame prévio da causa pelo juiz, para que imaginasse todos os possíveis dispositivos legais em tese aplicáveis, cogitados ou não pelas partes, e a prolação de despacho submetendo artigos de lei – cujo desconhecimento não pode ser alegado sequer pelos leigos – ao contraditório, sob pena de a lei vigente não poder ser aplicada aos fatos objeto de debate na causa.”

O problema suscitado é dos mais interessantes envolvendo a proibição da decisão de terceira via. Isso porque a inovação

jurisdicional, neste caso, é exclusivamente normativa. E também não pode ser considerada secundária, já que a decisão baseada no prazo prescricional decenal alterou completamente o desfecho do caso.

Frisa-se, de início, que o art. 10 coíbe a decisão-surpresa baseada em fundamento jurídico não sujeito ao contraditório (o legislador não fez distinção acerca da natureza jurídica da inovação no *decisum*). Além disso, é importantíssimo estabelecer uma premissa acerca da amplitude do debate processual que se busca preservar. Não parece que a Constituição Federal, quando protege o contraditório, o faz em relação ao debate hipotético travado no curso do procedimento. Em outras palavras, o direito apto a ser invocado pelo magistrado como razão de decidir só pode ser o direito efetivamente debatido (MALLETT, 2014, p. 394). Se o debate não ocorreu, ele deve ser provocado.

Raciocínio contrário esvazia o conteúdo da garantia constitucional e exige um improvável exercício de futurologia das partes acerca do entendimento

judicial do que vem a ser o “melhor” ou “mais verdadeiro” direito. Eis a razão pela qual se reputa absurda a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST, especialmente no ponto em que prescreve que:

“Não se considera ‘decisão surpresa’ a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário.” (BRASIL, 2016)

O Superior Tribunal de Justiça, ao invocar o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro restringiu a eficácia do art. 10, valendo-se do que Dino Buoncristiani (2010, p. 401) chamou de princípio da autorresponsabilidade das partes. Para o professor da Universidade de Pisa:

“Mesmo antes de examinar a amplitude do termo ‘matéria de conhecimento oficioso’

e, portanto, em que podem consistir as observações exigidas das partes, cabe salientar imediatamente o fato de que, pelo menos em termos gerais, não pode mais ser invocado o princípio da autorresponsabilidade para justificar a não provocação do contraditório pelo juiz. Foi argumentado que a questão de conhecimento oficioso não era secreta, eis que poderia ser deduzida dos atos do julgamento ou pertenceria ao conhecimento comum do órgão jurisdicional e das partes. Portanto, se a parte não aproveitar a oportunidade para discutir a questão, deve arcar com as consequências do seu ato. Todavia, mesmo o silêncio é o resultado de uma escolha defensiva legítima. O respeito pelo princípio do contraditório exige que cada parte tenha a oportunidade de se defender adequadamente.” (Tradução nossa).

O princípio da autorresponsabilidade foi invocado pelo STJ em razão da interpretação equivocada

do velhíssimo brocardo segundo a qual “o juiz conhece o direito”. A concepção tradicional (e ultrapassada) do *iura novit curia* induz à conclusão de que existe uma divisão estanque entre o papel das partes e do órgão jurisdicional: aos litigantes caberia dar ao magistrado conhecimento sobre os fatos relevantes para o deslinde da causa. Em contrapartida, ficaria reservada ao juiz a tarefa de “dizer o direito”.

Todavia, conforme ressaltado, a independência entre os sujeitos processuais não coaduna com o princípio da cooperação (aliás, ela inviabiliza a concretização da chamada “comunidade de trabalho” no âmbito jurisdicional). São elucidativas as ponderações formuladas por Fritz Baur acerca do mencionado adágio jurídico. Após indagar se “O juiz tem o monopólio da aplicação do direito”, concluiu o jurista alemão:

“É necessário que nos liberemos de uma concepção que remonta, provavelmente, à época do absolutismo esclarecido, do século XVIII, nos seus últimos anos, segundo a qual incumbe ao Tri-

## “O CPC/2015 tornou superado o entendimento de que o direito não debatido é bastante para constituir-se razão de decidir.”

bunal exercer uma espécie de tutela, a fim de contribuir para a salvação das partes. Em processo civil o Tribunal deve resolver o litígio que as partes lhe tenham submetido, nem mais, nem menos. Onde as partes não estejam em contenda, inexistente lugar para uma decisão do juiz, mesmo que o Tribunal creia melhor ou mais interessante conhecer de pontos litigiosos, não trazidos a juízo, pelas partes. É, com base em tal condição, exclusivamente, que é possível estabelecer limites, razoavelmente, à responsabilidade do Tribunal. Ela não se estende senão ao domínio daquilo que as partes tenham submetido à decisão do juiz. Mesmo limitado assim, a responsabilidade do juiz subsiste. (...) A dicção *iura novit curia* não significa que o Tribunal disponha do monopólio da apli-

cação do direito: desconhecendo ou desprezando as conclusões das partes tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelas partes litigantes”. (BAUR, 1976, p. 177)

O contraditório “dinâmico” pôs fim à máxima do *iura novit curia*. O juiz não tem legitimidade para continuar a ser o detentor da única e derradeira palavra sobre os fundamentos normativos para acolhimento ou rejeição do pedido formulado. O CPC/2015 tornou superado o entendimento de que o direito não debatido é bastante para constituir-se razão de decidir. O que se almeja é uma evolução da jurisprudência para ampliar o espectro do contraditório para reconhecer a essencialidade da efetiva participação em qualquer situação processual.<sup>11</sup>

Encerrando este tópico, vale pontuar que o STJ tem flexibilizado o disposto no art. 40, § 4º, da lei de execução fiscal para man-

ter as decisões que decretam a prescrição intercorrente sem oitiva prévia da Fazenda Pública quando esta, no recurso interposto contra a sentença de extinção do feito, “não demonstra o prejuízo suportado”.

A utilização da máxima segundo a qual não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*) demonstra clara tendência pretoriana de relativizar a proibição da decisão-surpresa mediante emprego da instrumentalidade das formas, visando à análise *in concreto* da violação do contraditório e não à sua constatação em tese.

## 6. Outras questões polêmicas sobre a proibição da decisão-surpresa

### a) Aplicabilidade do art. 10 do CPC ao Processo Penal

Uma das hipóteses concretas de decisão-surpresa no Processo Civil, coibidas pelo CPC, é a da sentença que julga o pedido com base em questão não debatida nos autos, ape-

nas levantada em sede de memoriais por uma das partes. (RIO GRANDE DO SUL, 2017). Como estender tal efeito do contraditório “dinâmico” ao Processo Penal, uma vez que é da sua essência que a defesa se manifeste sempre em último lugar, sob pena de afronta à isonomia?<sup>12</sup> Não causa estranheza, por exemplo, que o acusado sustente nas alegações finais as teses defensivas que reputar oportunas, independentemente de o MP não ter condições de refutá-las antes da sentença. Segundo jurisprudência consolidada do STJ, “o pleno exercício do contraditório assegura à defesa o uso da palavra por último, no caso de realização de sustentação oral”. (BRASIL, 2008). Em outras palavras, a reação e a capacidade argumentativa do Estado são sempre mitigadas no Processo Penal.

Seria possível sustentar a partir deste raciocínio que, em regra, a garantia da não surpresa é um benefício exclusivo do acusado, salvo em hipóteses teratológicas, como no uso do chamado “saber privado” pelo juiz, através do qual ele forma seu convencimento por

meio de elemento de prova obtido fora dos autos, sem franquear às partes a chance de manifestação a seu respeito. Neste caso não é difícil vislumbrar prejuízo argumentativo para a acusação. Desde que se entenda que o direito constitucional ao contraditório se estende ao Ministério Público, assim como ao réu. Então é oportuno indagar: em prol de quem está modelado o sistema de garantias processuais penais previsto na Constituição? Do Estado ou do acusado?

O direito à ampla defesa no Processo Penal está inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>13</sup> e a Constituição Federal assegura ao acusado “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Aury Lopes Júnior (2012, p. 1.134) é enfático ao pontuar que “O sistema de garantias constitucionais está a serviço do imputado e da defesa, não da acusação”. E mais:

“Somente a compreensão dessa estrutura permite atingir a consciência de que o sistema de invalidades processuais funda-se na tutela do interesse

processual do imputado. Toda a teoria dos atos defeituosos tem, como objetivo nuclear, assegurar o devido processo penal para o imputado. O exercício da pretensão acusatória (*ius ut procedatur*), como direito potestativo, deve ser limitado e não garantido. O poder deve ser limitado e legitimado pela estrita observância das regras do processo. (...) Não se trata de discurso de impunidade ou de ‘coitadismo’, como algum reducionista de plantão poderá dizer, senão de uma complexa estrutura de poder onde, para punir, deve-se garantir”. (LOPES JÚNIOR, p. 1.134)

É questionável a viabilidade de assegurar um direito humano de primeira geração (garantia constitucional limitadora do arbítrio) a um ente estatal despido de personalidade (órgão) e incumbido de zelar pelos interesses da coletividade, que litiga em posição de franca superioridade em relação ao processado. Afinal de contas, a própria dinâmica processual penal – ancorada na legalidade estrita e na presunção de

inocência – é pensada para equacionar duas posições processuais sabidamente em descompasso. Diferentemente do Processo Civil, que lida com partes que, pelo menos em tese, atuam em igualdade de condições de exercer poder de influência sobre o *decisum* (a igualdade processual civil, vale lembrar, é formal). Há nítida posição de proeminência dos litigantes habituais (*repeat players*) (GALANTER, 1976, p. 937) e diametral inferioridade das pessoas pobres (FISS, 1983-1984, p. 1076) e sem defesa técnica em juízo (*Columbia Law School Human Rights Institute*, 2014, p. 2-3).

### b) Dever de consulta às partes e morosidade processual crônica

Sustentou-se anteriormente que a cláusula proibitiva da terceira via contribui – ao ensejar o dever de consulta prévio – para melhorar a qualidade das decisões. Nesse sentido, ela funciona como fator de redução do número de recursos, diminuindo a morosidade do trâmite processual. Sob este ângulo de análise, o art. 10

do CPC pode contribuir muitíssimo para assegurar a duração razoável do processo.

Veja-se a situação sob o prisma oposto. Não é possível desconsiderar o número colossal de processos atualmente represados, devido, principalmente, à má funcionalidade dos serviços judiciais e ao ineficiente gerenciamento da máquina estatal. (Theodoro Júnior, 2009, p. 97)

Imagine-se, então, um processo aguardando sentença há mais de ano e que, ao analisá-lo, o juiz se depara com a necessidade de intimar as partes para se pronunciarem sobre questão até aquele momento não debatida. A busca pela preservação do contraditório, nesta hipótese, poderá conduzir ao sacrifício de outra prerrogativa fundamental, que é justamente a duração razoável do processo. Tal constatação não deve causar repúdio à regra do art. 10 (ou sua flexibilização). Há aqui tão somente um conflito aparente de princípios constitucionais, eis que, na prática, é pela

“indiferença dos agentes judiciários aos pra-

zos (impróprios) e ditames das leis procedimentais que se criam as conhecidas ‘etapas mortas’ (tempo em que o processo ‘dorme’ nos escaninhos dos cartórios, secretarias e gabinetes), causa imediata da longa e triste duração inadmissível dos feitos judiciais”. (Theodoro Júnior, 2009, p. 99)

Uma falha não pode justificar outra mais grave. A ineficiência da máquina judiciária não pode levar o Estado a violar o contraditório. Tornar-se-ia cíclica e insolúvel a má gestão do interesse público. Não é o princípio da cooperação capaz, por si só, de solucionar o problema da morosidade crônica e, muito menos, o responsável por ela. A proibição da decisão-surpresa é apenas um componente no incremento da qualidade da prestação jurisdicional. Reitera-se a lição de Consolo (2009, p. 58) no sentido de que a obrigatoriedade de o juiz promover o diálogo com os litigantes servirá como uma certificação do seu grau de preparo e encorajará exame exato dos termos do processo.

De mais a mais, o princípio da duração processual razoável não é absoluto (assim como não são os demais princípios). Segundo adverte Francisco Rosito (2008 *apud* Theodoro Júnior, 2009, p. 102), “o processo deve demorar exatamente o tempo necessário para atender a sua finalidade de resolver o conflito com justiça, outorgando-se o direito material a quem efetivamente o tem, sem deixar de respeitar o contraditório (...)”.

### c) Adequação do art. 10 ao rito do mandado de segurança

Não se poderia deixar de abordar aqui, em breves linhas, sobre a possibilidade de realização do debate prévio pelo juiz no rito do mandado de segurança. Sabe-se que tal ação civil caracteriza-se por somente admitir prova literal pré-constituída, não comportando “a dilação probatória incidental, pois a noção de direito líquido e certo se ajusta ao conceito de fato incontroverso e suscetível de comprovação imediata e inequívoca”. (BRASIL, 2014)

A norma que rege o *mandamus* (Lei Federal nº 12.016/2009) determina a notificação da autoridade coatora do conteúdo da petição inicial, para, no prazo de dez dias, prestar as informações (art. 7º, I). Sejam ou não as informações consideradas, a rigor, peça de defesa, é evidente que sua apresentação consubstancia exercício do contraditório e da ampla defesa. Logo, existindo contraditório no rito mandado de segurança, poderia ser aventada a tese de que, dadas as limitações trazidas pelo procedimento, restaria afastado o espaço para a consulta preventiva às partes, de forma a coibir a decisão-surpresa. Não se pensa assim. Em primeiro lugar, conforme sustentado anteriormente, não há contraditório parcial. Ele existe por completo ou não. Em segundo lugar, o fator tempo não parece ser empecilho ao bom julgamento do *writ*. Já decidiu o TRF da 1ª Região que:

“É do rito mandamental que ao juízo é dado o poder de requisitar as informações necessárias ao julgamento do ‘*mandamus*’ tantas vezes quanto se fize-

rem necessárias à busca da verdade real dos fatos sob a guarda e responsabilidade da Administração, que tem o dever de ofício de prestá-las sob pena de cometimento de infração criminal inelutável”. (BRASIL, 1999)

O diálogo do juiz com os litigantes não desnatura o rito do mandado de segurança. Nesse entendimento se baseia o Enunciado nº 235 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Aplicam-se ao procedimento do mandado de segurança os artigos 7º, 9º e 10 do CPC”. Prevalece a advertência de Freitas Câmara (2017, p. 104) no sentido de que decisões-surpresa podem ser evitadas “apenas se o dever de esclarecimento do tribunal é decisivamente expandido e institucionalizado em todo estágio do procedimento”.

## 7. Conclusão

Há muito a ser discutido e maturado a respeito da decisão *della terza via*. O que foi exposto dentro dos estreitos limites deste trabalho, sem pretensão de exaurimento da maté-

ria, pode ser resumido através das seguintes assertivas:

1. Para compreender o defeito processual apresentado pela terceira via é preciso superar a concepção restritiva de contraditório (informação/reação), reconhecendo-o como poder de participar ativamente na elaboração do provimento jurisdicional;

2. A adoção tardia (se comparada com outras nações) pelo CPC da teoria do contraditório “dinâmico” ou material traduz regulamentação de princípios fundamentais previstos na Constituição. Nesse sentido, ela não inova o sistema processual brasileiro;

3. O art. 10 do CPC/2015 (cláusula geral de proibição da decisão-surpresa) expandiu a responsabilidade do magistrado na tarefa de condução processual e de elaboração das decisões. A obrigatoriedade de o juiz promover o diálogo com as partes certifica o grau de preparo do órgão jurisdicional e encoraja exame detido dos termos do processo;

4. Há no próprio Código de Processo Civil dispositivos de duvidosa consti-

tucionalidade – a exemplo da improcedência liminar do pedido (art. 332) – que excepcionam a cláusula protetiva do art. 10, diminuindo o alcance do princípio do contraditório;

5. Quanto maior for o respeito pelo contraditório ao longo das etapas do procedimento, maior será a qualidade das decisões. O aumento da qualidade decisória reduz a chance de decretação posterior de nulidade e retrocesso do procedimento. Há, consequentemente, impacto positivo na duração razoável do processo;

6. O princípio da cooperação deriva do contraditório (direito de informação sobre o objeto do processo), logo, possui fonte constitucional;

7. A despeito do silêncio normativo, o fundamento que enseja a inovação jurisdicional (“terceira via”) pode ser fático, estritamente normativo ou jurisprudencial, tomando-se como base o sistema de precedentes consolidado pelo CPC/2015 (art. 927);

8. A Constituição Federal, ao fazer referência ao contraditório, alude ao debate efetivamente ocorrido e não ao hipoteticamente

travado entre as partes. Consequentemente, o juiz não tem como constatar a irrelevância da manifestação dos litigantes *a priori*, ou seja, antes do debate;

9. O contraditório “dinâmico” levou à superação do adágio *iura novit curia*. O juiz carece de legitimidade para ser o detentor da única e derradeira palavra sobre os fundamentos normativos para acolhimento ou rejeição da pretensão;

10. Invocar o princípio da auto responsabilidade

das partes com base na ficção jurídica de que todos devem conhecer a lei viola o contraditório porque impõe aos litigantes o ônus intransponível de prever qual o “melhor direito” a ser empregado, sob a ótica do órgão julgador;

11. Considerando-se as peculiaridades do sistema processual penal, a proibição da decisão-surpresa é, em regra, uma garantia inerente ao acusado e não ao Ministério Público, que deve se manifestar por último no feito;

12. Percebe-se na jurisprudência brasileira tendência de relativizar a proibição da decisão-surpresa mediante emprego da instrumentalidade das formas, visando à análise *in concreto* da violação do contraditório e não à sua constatação em tese;

13. A morosidade processual crônica, causada pela gestão ineficiente da máquina judiciária, não pode justificar a mitigação do contraditório, como se a dialética fosse responsável pela crise da justiça brasileira.

**Fernando Gonzaga Jayme**

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG – Especialista em Relações Internacionais pela PUC Minas – Especialista em Direito Processual pela UFG – Diretor e Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG – Advogado

**Renata Christiana Vieira Maia**

Mestra em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos e Doutora em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da UFMG – Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG – Advogada

**Cirilo Augusto Vargas**

Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da UFMG – Especialista em Direito Processual pela PUC Minas – Defensor Público do Estado de Minas Gerais

## BIBLIOGRAFIA:

ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. “Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 268 p., 2010”. Disponível em [http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296]. Acesso em 23-5-2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria geral do processo

constitucional”. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, V. 2, nºs 3 e 4, 1º e 2º sem. 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A garantia do contraditório na atividade de instrução*. In: Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BAUR, Fritz. “Da importância da dicção ‘iura novit curia’”. Revista de Processo, São Paulo, V. 3, p. 169-177, Jul./Set. 1976.

BRASIL. STF, Mandado de Segurança nº 24.268/MG, Tribunal Pleno, Relª Minª Ellen Gracie (Rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes), j. em 5-2-2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 20-5-2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.193 AgR-ED/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16-12-2014, DJe de 18-2-2015. Disponível em [http://www.stf.jus.br]. Acesso em 20-5-2018.

BRASIL. STJ. Agravo Interno no agravo em Recurso Especial nº 1.042.172/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 21-3-2018, DJe de 27-3-2018. Disponível em [www.stj.jus.br]. Acesso em 20-5-2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Embargos Declaratórios no Recurso Especial nº 1.280.825/RJ, 4ª Turma, Relª Minª Maria Isabel Gallotti, j. em 27-6-2017, DJe de 1-8-2017. Disponível em [http://www.stj.jus.br]. Acesso em 20-5-2018.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Recurso Especial nº 966.462/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 7-8-2008. Disponível em [http://www.stj.jus.br]. Acesso em 15-5-2018.

BRASIL. TRF 1ª Região. Agravo regimental no Agravo de Instrumento nº 1998.01.00.090220-8, 1ª Turma, Rel. Juiz Federal Luciano Tolentino Amaral, j. em 23-2-99, DJ de 8-3-99. Disponível em [https://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/]. Acesso em 15-5-2018.

\_\_\_\_\_. TST. Instrução Normativa nº 39/2016. 10-3-2016-Resolução nº 203, de 15-3-2016. Disponível em [http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe]. Acesso em 9-6-2018.

BUONCRISTIANI, Dino. *Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice. Rivista di Diritto Procesuale*, Padova, anno LXV (Seconda serie), nº 2, Marzo-Aprile, 2010.

CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas. “Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa

e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais”. 378 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

CAVANI, Renzo. “Contra as ‘nulidades-surpresa’: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual”. Revista de Processo, São Paulo, v. 218, Abr. 2013.

Columbia Law School Human Rights Institute. *Equal access to Justice: ensuring meaningful access to counsel in civil cases, including immigration proceedings*. 2014.

CONSOLO, Claudio. *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*. Milano: Ipsoa Editore. 2009.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). “Guia sobre o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos: Direito a um julgamento justo (atualizado em 31 de dezembro de 2017)”. Estrasburgo: Conselho da Europa/ Corte Europeia de Direitos Humanos, 2017, p. 54. Disponível em [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\_Art\_6\_ENG.pdf]. Acesso em 27-3-2018.

Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Ruiz-Mateos v. Spain, 12952/87 (1993). Para acesso à íntegra da decisão: [http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57838]. Acesso em 27-3-2018.

Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). Enunciados aprovados durante o Seminário “O Poder Judiciário e o novo CPC”, realizado no período de 26 a 26 de agosto de 2015. Disponível em [https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%

C3%83O-DEFINITIVA-.pdf]. Acesso em 15-6-2018.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. (Trad. Eduardo Saldanha). São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FISS, Owen M. *Against Settlement*. *Yale Law Journal*, V. 93, p. 1.073-1.091, 1983-1984.

GALANTER, Marc. *The duty not to deliver legal services*. *University of Miami Law Review*, V. 30, nº 4, p. 929-945, 1976.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

JAYME, Fernando Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. “O princípio do contraditório no projeto do novo código de processo civil”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 227, p. 335-359, jan. 2014.

LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACAU, Código de Processo Civil. 10-8-99. Decreto-Lei nº 55/99/M. Disponível em [http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/40/codprocvpt/]. Acesso em 22-11-2017.

MALLET, Estêvão. “Notas sobre o problema da chamada ‘decisão-surpresa’”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 109, p. 389-414, jan./dez. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0702.06.284225-8/001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. em 8-5-2007, DJ de 22-5-2007. Disponível em [http://www5.tjmg.jus.br/juris-

prudencia]. Acesso em 15-5-2018.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1ª ed. 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "O juiz e o princípio do contraditório". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PORTUGAL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 41, de 26-6-2013 (retificada pela Declaração de Retificação nº 36, de 12.8.2013). Disponível em <http://www.dgpi.>

[pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil](http://www.dgpi.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil). Acesso em 8-6-2018.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista nº 6473/03.2TVPR.T.P1.S1, 7ª Secção, Rel. António da Silva Gonçalves, j. em 19-5-2016. Disponível em <http://www.dgpi.pt/>. Acesso em 23-5-2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 177/2000, 2ª Secção, Rel. Bravo Serra, j. em 22-3-2000. Disponível em <http://www.dgpi.pt/>. Acesso em 20-5-2018.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Apelação nº 410/12.0 TBACN.E1, Rel. Sílvio Souza, j. em 26-3-2015. Disponível em <http://www.dgpi.pt/>. Acesso em 22-5-2018.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 17, nº 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70.074.358.979, 18ª Câmara

Cível, Rel. Des. Heleno Tregnago Saraiva, j. em 14-9-2017. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em 28-5-2018.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1967. V. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Direito fundamental à duração razoável do processo". *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 29, p. 83, mar/abr. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Processo justo e contraditório dinâmico". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, nº 1, v. 2, p. 64-71, jan./jun. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. "Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 168, fev. 2009.

**NOTAS:**

1. O contraditório é, assim, integrado pelos seguintes elementos: a) direito das partes à ciência, informação e participação no processo em simétrica paridade (dimensão estática ou formal); b) prerrogativa de influência e de controle das partes na construção do conteúdo da decisão judicial (dimensão dinâmica ou material); c) direito de as partes terem analisados e considerados os seus argumentos e provas, em correlação com o dever do órgão jurisdicional de efetiva-

mente apreciar todas as questões deduzidas pelas partes, resolvendo o caso concreto unicamente com base nos resultados decorrentes da atividade dos interessados ao provimento (dimensão comparticipativa, na qual a motivação decisória é elemento do contraditório). (JAYME; Franco, 2014, p. 346-347).

2. Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, 1: "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."

3. Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 6º, 1: "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá,

quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”

4. O TJ-MG, no ano de 2007, já havia reconhecido que o princípio da cooperação é “corolário lógico do princípio do contraditório”. (Minas Gerais, 2007).

5. Não há aqui uma novidade. Há mais de três décadas Barbosa Moreira (1984, p. 65) já ponderava sobre a necessidade de permitir às partes “influir no desfecho do processo, tornando-lhes possível (...) uma colaboração prestadia no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los”.

6. Consolo (2009, p. 58) utiliza a expressão “specchietto tornasole”, que pode ser traduzida, em linguagem coloquial, como “prova dos nove”, ou seja, a confirmação segura de um determinado fato.

7. Podem ser elencados, a título exemplificativo, diversos dispositivos constantes no CPC que se destinam à preservação do contraditório material: art. 372 (utilização de prova emprestada condicionada à observância do contraditório no processo de origem e no processo de destino); art. 503, § 1º, II (a questão prejudicial tem aptidão para produzir coisa julgada se a seu respeito tiver havido contraditório

prévio e efetivo); art. 1.013, § 1º (ao tratar do efeito devolutivo da apelação o CPC determina que o tribunal somente poderá apreciar as questões suscitadas e discutidas no processo); art. 1.023, § 2º (ao julgar os embargos de declaração, caso o juiz vislumbre a possibilidade de conceder-lhes efeito infringente, deverá viabilizar o contraditório da parte embargada).

8. O antigo art. 285-A foi objeto de ADI nº 3.695 ajuizada em 2006 pelo Conselho Federal da OAB. A ação foi extinta em 2017 pela revogação do CPC/73 e pela ausência posterior de pedido de aditamento.

9. Atualmente Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2016, p. 988), assim como Mitidiero, também sustentam a inconstitucionalidade do art. 332 do CPC. Ao seu turno, o TST exarou, por meio da Instrução Normativa nº 39/2016, entendimento segundo o qual o julgamento de improcedência liminar do pedido excepciona a regra do art. 10 (BRASIL, 2016). O tribunal, aparentemente, entende pela constitucionalidade do art. 332. A IN 39 é objeto da ADI nº 5.516 ajuizada em 2016 pela Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

10. O CPC português de 2013 traz regra outrora inserida pela reforma de 1995/96, constante em seu art. 3º, 3: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o prin-

cípio do contraditório, não lhe sendo lícito, *salvo caso de manifesta desnecessidade*, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.” (PORTUGAL, 2013). (Destaque nosso).

11. São descabidos, ante o raciocínio exposto neste item, os enunciados de número 2 e 3 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM (2015), contendo eles as seguintes redações: “Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015 o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanação daquele princípio.” (nº 2); “É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.” (nº 3).

12. À exceção do pronunciamento da Procuradoria de Justiça em 2ª instância – art. 610 do CPP – de duvidosa constitucionalidade.

13. Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 11, 1: “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.”

# Vamos pensar no seu negócio ainda em 2019?

**A**lguns sequer conseguiram pensar em 2019 (planejar), quiçá executar algo em pleno meio do ano!

E como uma das formas de aprender é vendo exemplos alheios, o homem mais rico do mundo atualmente – Jeff Bezos – deu 7 dicas para seus acionistas para o desenvolvimento da Amazon em 2019.

Divido os 7 pontos e comparo com a advocacia:

## 1. Seja seu próprio concorrente

Bezos abre o documento mostrando como as vendas de terceiros, o famoso *market place*, chegaram a uma fatia recorde de 58% das vendas na plataforma da Amazon. “Ajudamos os vendedores independentes a competir contra nós mesmos investindo e oferecendo a eles as melho-

res ferramentas que pudemos imaginar e construir”, diz. As duas principais ferramentas, segundo Bezos, foram o *Fulfillment*, que armazena em centros de distribuição da Amazon produtos de terceiros, e o Prime, um programa de frete grátis. Com eles, a Amazon pode não ter crescido tanto como podia como um varejista tradicional, mas trouxe a disrupção para dentro de casa.

Como é importante desenvolver o nosso eu, o nosso próprio crescimento, nos transformando em concorrentes do nosso próprio sucesso.

Precisamos construir mais nosso caminho do que ficar olhando pros lados e achando que os outros fazem melhor.

E muito importante: O que estamos fazendo para a disrupção no nosso negócio? Pensar de forma diferente?

## 2. Ouça os clientes, e depois surpreenda-os

Em seu negócio mais rentável, a AWS, de serviços na nuvem, a Amazon tem clientes que vão de ONGs a governo, passando por pequenas e grandes empresas. Para Bezos, o segredo para ter sucesso com um público tão diversificado é “gastar muito tempo pensando sobre o que essas organizações querem, e o que as pessoas que lá trabalham querem”. “Muito do que construímos na AWS é baseado em ouvir os consumidores”, diz. Mas isso não significa fazer o que eles pedem, diz Bezos. É preciso ser criativo para entender as demandas e, depois, surpreender a audiência. “A AWS é um exemplo. Ninguém pediu pela AWS”, diz. “Mas o mundo estava faminto por uma oferta como essa”.

Primeiro e de forma clara e direta: Escute o cliente. Converse com o cliente. Faça pesquisas com o cliente. Nos momentos da verdade (reuniões, audiências, visitas) sempre questione o seu trabalho junto ao cliente para um *feedback* franco.

Você só pode surpreender o que você sabe que pode mudar.

### 3. Faça coisas difíceis

Quando decidiu criar a rede de lojas físicas Amazon Go, Bezos quis se livrar do que diz ser a pior parte da experiência de compra: as filas dos caixas. “Ninguém gosta de esperar”, diz. Mas chegar lá foi “tecnicamente difícil”. “Demandou os esforços de centenas de engenheiros e cientistas da computação inteligentes e dedicados ao redor do mundo”, afirma. Foi preciso desenvolver câmeras e até prateleiras novas, para que a tecnologia passasse despercebida. A recompensa, diz, vem quando os consumidores descrevem a experiência de comprar em alguma das dez lojas da Amazon Go como “mágica”.

Em bom português: não tente o caminho mais fácil. Para dar certo, precisa-se de investimento, suor, lágrimas e muito estudo, acertos e erros.

### 4. Erre grande

Uma das máximas da gestão moderna diz que, se for para errar, é melhor errar pequeno, e rápido. Mas Bezos diz que, na medida em que as empresas crescem, tudo precisa ganhar escala, até os erros. “Se o tamanho da sua falha não estiver crescendo, você não estará inventando num patamar que pode de fato mudar o rumo das coisas”, diz. “A boa notícia para os acionistas é que uma única grande aposta vencedora pode mais que cobrir o custo de muitas derrotas”. Entre os exemplos citados por Bezos está a assistente de voz Alexa, inspirada num computador da série Jornada nas Estrelas, que já vendeu mais de 100 milhões de unidades.

Se não pensarmos grande, nosso fazer será sempre pequeno.

Para criar o melhor escritor, não adianta pensar no início, tens que pensar em como ele será e criar o caminho até lá.

### 5. Números importam, mas intuição também

Bezos afirma que desde os primeiros dias da Amazon tentou contratar pessoas versáteis que pensem como donos e criadores. E que para isso é preciso usar muita análise na hora de contratar e treinar as pessoas, mas também muita intuição. “Uma mentalidade de construtores nos ajuda a resolver grandes problemas”, diz. O caminho para o sucesso, afirma, é tudo menos reto. Por isso, é preciso continuamente reinventar, relançar, começar de novo e repetir — com base em números, mas também no *feeling*.

Cercar-se de pessoas mais inteligentes e capazes que o líder é um dos segredos do sucesso de qualquer negócio.

“Primeiro e de forma clara e direta: Escute o cliente. Converse com o cliente. Faça pesquisas com o cliente.”

Deixe de lado a vaidade e tenha pessoas que pensam com você!

## 6. Faça a coisa certa

No ano passado, a Amazon aumentou o salário-mínimo de seus funcionários para 15 dólares a hora, o que beneficiou mais de 350 mil pessoas nos Estados Unidos. “Acreditamos seriamente que isso vai beneficiar nosso negócio na medida em que investimos em nossos funcionários”, diz Bezos. “Mas não foi isso que norteou a decisão”. Ele afirma que a Amazon sempre ofereceu salários competitivos. Mas que decidiu que era hora de liderar e oferecer pagamentos que vão além do competitivo. “Fizemos porque parecia a coisa certa a fazer”, diz. Agora, Bezos incentiva

seus concorrentes a igualar os 15 dólares ou ir além, oferecendo 16. “É o tipo de competição que beneficiará a todos”, diz.

Interessante, não? Valorizar equipe é um sinal de inteligência e de criar competitividade, pois pessoas bem pagas, treinadas e com ambiente de trabalho desafiador não mudam para outros trabalhos com frequência.

## 7. Forme seus futuros empregados

Os investimentos da Amazon não são limitados aos funcionários do presente. A empresa investiu 50 milhões de dólares para treinar a força de trabalho do futuro, incluindo a criação de um programa de engenharia que oferece educação para escolas de en-

sino fundamental e médio nos Estados Unidos, e também para estudantes universitários. (Fonte: <https://exame.abril.com.br/negocios/as-7-licoes-de-jeff-bezos-dono-da-amazon-para-seu-negocio-em-2019/>).

Pensar nas novas gerações cria diferenciais competitivos interessantes, pois daqui a 20 anos (quando trocar de geração novamente) você continuará a ter clientes.

E, destas dicas, quais fazem parte do seu negócio hoje?

O que você fará delas ainda em 2019?

Ter conhecimento e nada fazer não deve ser uma opção!

MãosàObra

FraternoAbraço

---

**Gustavo Rocha**

Consultor nas áreas de gestão, tecnologia e marketing estratégicos (site: [www.gustavorocha.com](http://www.gustavorocha.com)).

# Um novo INSS

**A**cordar cedo para ir a uma agência do INSS está se tornando algo cada vez mais raro. Isto porque a previdência desenvolveu uma agência digital e tem exigido cada vez mais que os pedidos de aposentadorias sejam encaminhados eletronicamente. Para que isso seja possível, é necessária a criação de um usuário e a obtenção de uma senha para acesso ao portal virtual. O objetivo final é que o comparecimento à agência se torne, de fato, hábito do passado.

O portal é denominado de “Meu INSS”. Todo o manuseio dele é eletrônico, inclusive a criação do usuário e senha. Para ter acesso ao sistema, não é necessário ir a uma agência. É possível acessar pelo próprio *site* <http://meu.inss.gov.br>. Uma vez logado, torna-se possível requerer aposentadorias e demais benefícios, revisões, acerto de dados, extratos e simulações, como tempo de contribuição e salário, dentre inúmeros

outros serviços. A autenticação por meio de *login* e senha constitui a assinatura eletrônica do usuário, formalizando o requerimento eletrônico e a manifestação de vontade.

O projeto do INSS é intensificar a virtualização dos processos, de modo que ir a uma agência se tornará totalmente desnecessário. A análise dos pedidos será realizada por servidores que poderão até mesmo trabalhar em casa. O teletrabalho, inclusive, já está autorizado. A razão principal da mudança são os custos, hoje considerados elevados, da estrutura de atendimento da autarquia. Outra razão é a carência de servidores para a realização do atendimento presencial.

Se o usuário comparecer na agência para requerer quaisquer serviços do INSS, deverá ser emitido o código de acesso do “Meu INSS”, sendo cientificado de que o requerimento deverá ser realizado pelo

meio eletrônico, e não mais na agência.

Uma vez formulado o pedido pelo portal, o tempo máximo para o INSS emitir uma decisão é de 45 dias. Caso esse período seja ultrapassado, há uma ilegalidade na demora. É recomendado, nesse caso, por prudência, aguardar por mais 45 dias. Não tendo sido resolvido o processo no prazo já prorrogado, cabe uma reclamação na ouvidoria do INSS, por meio do *site* do INSS ou pelo fone 135. Se mesmo assim não houver uma solução e o processo não for decidido, torna-se importante buscar orientação jurídica, principalmente naqueles casos em que a necessidade do benefício seja urgente.

A correção monetária deve ser aplicada porque, por lei, o instituto tem 45 dias para analisar um requerimento e conceder o benefício. Se ultrapassa esse prazo, o INSS é obrigado a pagar os valores atrasados corrigidos, co-

mo forma de compensar o segurado pela demora.

Outra questão importante que muda é a busca de uma maior interligação das bases de dados do governo. Isso reduzirá bastante no curto prazo o nível de exigência de documentos para comprovar o direito ao benefício, em alguns casos, inclusive, com concessões automáticas.

O INSS tem apostado no atendimento virtual, mas grande parte das pessoas que realmente utilizam os serviços não têm a cultura do pleno acesso à internet. Existem muitas pessoas idosas que não têm acesso a este meio, bem como em razão da própria condição social e de doença. Nesses casos, poderá fazer uso do apoio do fone 135 da previdência.

Não haverá a desativação integral da rede de agências de atendimento do INSS; apenas está sendo alterada a forma de atender. Trata-se, sem dúvida, de uma nova fase do procedimento administrativo de modo que todos que puderem ter o acesso devem promover o seu cadastro junto ao “Meu INSS” e acompanhar sua vida previdenciária daqui para frente.

---

*Alexandre S. Triches*

*Professor Universitário e advogado*

# Repositório oficial autorizado STF e TST

## PROCESSO CIVIL

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL – REDE FERROVIÁRIA FEDERAL – SUCESSÃO DA EMPRESA ESTATAL PELA UNIÃO. A Primeira Seção desta Corte consolidou entendimento no sentido de que a competência da Justiça Federal tem como critério definidor, em regra, a natureza das pessoas envolvidas no processo. Diante da sucessão legal da RFFSA pela União, inarredável o deslocamento da competência para a Justiça Federal. Incide, à espécie, a Súmula 365/STJ: A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária federal S/A – RFFSA – desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo Estadual. Conflito de Competência conhecido para declarar competente a Justiça Federal. **(Ementa ADV 164179\*)**

EXECUÇÃO – CONCURSO PARTICULAR DE CREDORES – CRÉDITOS EQUIPARADOS A TRABALHISTAS – FORMA DE RATEIO. Controvérsia estabelecida em sede de concurso particular de credores em torno da: a – classificação dos honorários sucumbenciais; b – concorrência estabelecida em face de crédito titularizado pela CEF com base em FGTS inadimplido; c – forma de pagamento dos créditos privilegiados e de mesma classe. “Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei nº 7.661/45, seja pela forma prevista na Lei nº 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal.” A solvência dos créditos de mesma e privilegiada classe – equiparada à trabalhista – será reali-

zada proporcionalmente aos créditos titularizados pelos credores concorrentes, desimportando a anterioridade de penhoras. Exegese dos arts. 711 do CPC/73 – 908 do CPC/2015 – e 962 do Código Civil. Recurso Especial parcialmente provido. **(Ementa ADV 164226\*)**

REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CABIMENTO. Trata-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em desfavor do ex-prefeito do Município de Laguna/SC. Afirmou o autor, em síntese, que instaurou inquérito civil a fim de apurar informação de que o recorrido estava utilizando logomarca sem representatividade da administração municipal com fins autopromocionais. Aduziu que a logomarca guarda semelhança com os

símbolos utilizados pelo partido de filiação do réu, ora recorrido – Partido dos Trabalhadores – PT, mesmo partido político do Presidente da República na época dos fatos. Sustentou, ademais, que, em março do primeiro ano de seu mandato, a logomarca foi homologada por ele por meio do Decreto Municipal nº 1.428/2005, sendo, após isso, amplamente utilizada em obras públicas, jornais, informativos e eventos patrocinados pela Prefeitura de Laguna, com o objetivo de promover a imagem do novo gestor do município. Por fim, alegou que tal prática resultou na violação dos princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência e legalidade da administração pública. Por sentença, julgou-se parcialmente procedente o pedido para, com fundamento no art. 10, XI, e art. 12, II, ambos da Lei nº 8.429/92, condenar o réu à sanção de ressarcimento integral do dano causado. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou-lhe provimento. Pelo mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça catarinense inadmitiu o reexame necessário, ao argumento de que a Lei

de Ação Popular é especialíssima e não pode ser evocada subsidiariamente à ação de improbidade administrativa, decisão contra a qual interpôs o Ministério Público recurso especial. Porque integra – juntamente com a ação popular – o microsistema processual coletivo e possui funções a ela assemelhadas, a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência de algum dos pedidos da ação de improbidade administrativa também deve se sujeitar indistintamente à remessa necessária. Violação dos arts. 19 da Lei nº 4.717/65, 21 da Lei nº 7.347/85 e 90 da Lei nº 8.078/90. Alegação de violação dos arts. 21 da Lei nº 7.347/85 e 90 da Lei nº 8.078/90 que não merecem acolhimento. Incidência da Súmula nº 284/STF, aplicável também ao recurso especial. Recurso Especial parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. **(Ementa ADV 164467\*)**

**:: Nota:** Sobre o tema, transcreve o Relator o que afirma Rodrigo Mazzei: “De acordo com nossa posição, apesar da grande importância do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, os dispositivos da Lei

*de Ação Popular (e os constantes das demais normas com vocação coletiva) poderão ser aproveitados em todo o microsistema coletivo, naquilo que for útil à efetivação da tutela de massa. Obviamente, deverá o intérprete aferir – em concreto – a eventual incompatibilidade e a especificidade de cada norma coletiva em relação aos demais diplomas, já que as leis que formam esse conjunto de regulação ímpar, sem exceção, interpenetram-se e subsidiam-se de forma harmônica, em especial no que concerne ao processo coletivo, em razão da dicção individual do Código de Processo Civil” (MAZZEI, Rodrigo. Ação Popular e o Microsistema da Tutela Coletiva. In DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique. Tutela Jurisdicional Coletiva. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 384).*

SENTENÇA ESTRANGEIRA – DIVÓRCIO DECRETADO PELA JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – REQUISITOS ATENDIDOS – PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DEFERIDO. A homologação de decisões estrangeiras pelo Poder Judiciário possui previsão na Constituição Federal de 1988 e, desde 2004, está outorgada ao

Superior Tribunal de Justiça, que a realiza com atenção aos ditames dos arts. 15 e 17 do Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lindb –, do Código de Processo Civil de 2015 – art. 960 e seguintes – e do art. 216-A e seguintes do RISTJ. Nos termos dos arts. 15 e 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; 963 do Código de Processo Civil/2015; e 216-C, 216-D e 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que, atualmente, disciplinam o procedimento de homologação de sentença estrangeira, constituem requisitos indispensáveis ao deferimento da homologação os seguintes: i – instrução da petição inicial com o original ou cópia autenticada da decisão homologada e de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira; ii – haver sido a sentença proferida por autoridade competente; iii – terem as partes sido regularmente citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; iv – ter a sentença transitado em julgado; v – não ofender a sobera-

nia, a dignidade da pessoa humana e/ou ordem pública. No que tange à preliminar de “nulidade da citação por edital”, penso, nos moldes do parecer do MPF, que os documentos juntados demonstram que a requerente enviou correspondência a dois endereços do requerido, não obtendo êxito em sua localização. Ademais, considerando o lapso temporal decorrido desde o rompimento da convivência conjugal – 25 de junho de 2004 –, impende considerar válida a alegação de desconhecimento de seu atual domicílio. Precedentes da Corte Especial. Quanto à preliminar de “falta de interesse de agir”, também acolho as razões do parecer do *Parquet*, tendo em vista que a decisão estrangeira, ao decretar o divórcio, ordenou o pagamento de pensão conjugal. Em tais hipóteses, torna-se necessária a homologação da sentença perante o Superior Tribunal de Justiça. Precedentes da Corte Especial. No mérito, a Defensoria Pública da União declarou nada ter a opor, o que também contou com a concordância do MPF. De fato, os requisitos legais se encontram plenamente atendidos

neste caso, quanto à prova da citação do requerido e conseqüente revelia verificada no processo estrangeiro, ao trânsito em julgado e estar a decisão devidamente autenticada por autoridade consular brasileira e com tradução oficial e/ou juramentada. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido. **(Ementa ADV 164202\*)**

---

## CIVIL E COMERCIAL

---

GUARDA COMPARTILHADA – CONSENSO – DESNECESSIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO ANTE O MELHOR INTERESSE DO MENOR. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada diante do princípio do melhor interesse do menor. A verificação da procedência dos argumentos expedidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, procedimento vedado pela Súmula nº 7/STJ. Recurso Especial não provido. **(Ementa ADV 164470\*)**

PREVIDÊNCIA PRIVADA – APOSENTADORIA COMPLEMENTAR – CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL – REGULAMENTO APLICÁVEL. Polêmica em torno da definição acerca do regulamento aplicável ao participante de plano de previdência privada fechada para fins de cálculo da renda mensal inicial do benefício complementar, devendo ser definido se é o vigente na época da sua aposentadoria ou aquele em vigor ao tempo de sua adesão ao plano de benefícios. Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O regulamento aplicável ao participante de plano fechado de previdência privada para fins de cálculo da renda mensal inicial do benefício complementar é aquele vigente no momento da implementação das condições de elegibilidade, haja vista a natureza civil e estatutária, e não o da data da adesão, assegurado o direito acumulado. Esse entendimento se aplica a quaisquer das modalidades de planos de benefícios, como os Planos de Benefício Definido – BD –, os Planos de Contribuição Definida – CD – e os Planos de Contribuição Variável – CV. Recurso Especial provido. **(Ementa ADV 164472\*)**

RESPONSABILIDADE CIVIL – ATROPELAMENTO DE CICLISTA POR CAMINHÃO – INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE CUIDADO EXIGIDO PELA LEGISLAÇÃO – IMPRUDÊNCIA DO CAMINHONEIRO CONFIGURADA. O propósito recursal é decidir sobre a negativa de prestação jurisdicional, bem como sobre a responsabilidade civil pelo atropelamento de ciclista, que lhe causou a amputação de uma das pernas. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, estando suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não se vislumbra a alegada violação do art. 1.022, II, do CPC/2015. O art. 29 do CTB, ao elencar as normas a serem observadas por todos os condutores na circulação de veículos, determina, em seu § 2º, que, “os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres”. E, no que tange especificamente à circulação de bicicletas, o art. 58 reforça a ideia de preferência destas sobre os veículos automotores,

nas vias em que não houver ciclovia, ciclofaixa, ou acostamento, ou ainda quando não for possível a utilização desses. A hierarquia a ser observada pelos condutores dos veículos que trafegam nas vias terrestres, da qual se extrai a regra, aplicável à espécie, de que o caminhão é responsável pela segurança da bicicleta, não afasta o dever, tanto do caminhoneiro como do ciclista, de observar as regras de circulação e conduta no trânsito. A bicicleta, assim como o caminhão, é considerada pelo CTB como veículo, e, dessa forma, respeitadas as peculiaridades contidas na legislação e ressalvadas as limitações eventualmente impostas pela autoridade competente, tem direito o ciclista, tanto quanto o caminhoneiro, de transitar nas vias terrestres, em condições seguras. A ausência de espaço próprio para o fluxo de bicicletas não é tida pelo CTB como circunstância proibitiva ou inibitória de sua circulação na via. A legislação de trânsito exige daquele que deseja realizar uma manobra que se certifique de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o se-

quem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade, e que, durante a mudança de direção, o condutor ceda a passagem aos pedestres e ciclistas, respeitadas as normas de preferência de passagem. Hipótese em que a análise do contexto delineado no acórdão, segundo as regras estabelecidas pelo CTB, permite deduzir que o caminhoneiro agiu de maneira imprudente, violando o seu dever de cuidado na realização de conversão à direita, ao se deslocar antes para a esquerda, abrindo a curva, sem observar a presença da bicicleta, vindo, assim, a colhar o ciclista com a parte dianteira esquerda do caminhão. Recurso Especial conhecido e provido. **(Ementa ADV 164134\*)**

---

## CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

---

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL – VEDAÇÃO DE COBRANÇA PELO ECAD DOS VALORES RELATIVOS AOS DIREITOS AUTORAIS NA EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS – COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. A competência legislativa

concorrente em sede de produção e consumo e responsabilidade por dano ao consumidor – artigo 24, V e VIII, da Constituição Federal – não autoriza os Estados-membros e o Distrito Federal a disporem de direitos autorais, porquanto compete privativamente à União legislar sobre direito civil, direito de propriedade e estabelecer regras substantivas de intervenção no domínio econômico – artigo 22, I, da Constituição Federal. O direito autoral é um conjunto de prerrogativas que são conferidas por lei à pessoa física ou jurídica que cria alguma obra intelectual, dentre as quais se destaca o direito exclusivo do autor à utilização, à publicação ou à reprodução de suas obras, como corolário do direito de propriedade intelectual – art. 5º, XXII e XXVII, da Constituição Federal. *In casu*, a Lei 92/2010 do Estado do Amazonas estabeleceu a gratuidade para a execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas por associações, fundações ou instituições filantrópicas e aquelas oficialmente declaradas de utilidade pública estadual, sem fins lucrativos. Ao es-

tipular hipóteses em que não se aplica o recolhimento dos valores pertinentes aos direitos autorais, fora do rol da Lei Federal 9.610/98, a lei estadual usurpou competência privativa da União e alijou os autores das obras musicais de seu direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução das obras ou do reconhecimento por sua criação. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgado procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 92/2010 do Estado do Amazonas. **(Ementa ADV 164400\*)**

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – VALOR DO DANO AO ERÁRIO ACRESCIDO DO VALOR DE EVENTUAL MULTA CIVIL – POSSIBILIDADE. Hipótese em que o Tribunal local consignou que: “a indisponibilidade deve guardar correspondência com o prejuízo causado, sem inclusão de multa civil, medida de caráter sancionatório à conduta ímproba do agente”. No entanto, é dominante no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a medida de indisponibilidade, “por ser medida de

caráter securatário, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil, excluindo-se os bens impenhoráveis” – REsp. nº 1.610.169/BA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 12-5-2017. Recurso Especial provido. **(Ementa ADV 164477\*)**

## PENAL E PROCESSO

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – TRÁFICO DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – INDÍCIO SUFICIENTE DE MERCANCIA E TRANSNACIONALIDADE DA CONDUTA – LESÃO AOS INTERESSES DA UNIÃO. Conforme art. 109, V, da Constituição Federal – CF, compete à Justiça Federal o julgamento de crime à distância se preenchido o duplo requisito da existência de nexo de transnacionalidade e de o Brasil ser signatário de tratado ou convenção internacional para a repressão do crime em tese praticado. O Estado brasileiro é signatário de instrumento internacional – Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícitos de Armas de Fogo,

suas Peças e Componentes e Munições – complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional –, promulgado pelo Decreto nº 5.941, de 26-10-2006 –, no qual se comprometeu a tipificar a conduta como crime. Precedente: CC 126.235/PR, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, DJe de 18-11-2016. Na espécie, embora o indiciado tenha permanecido calado em seu interrogatório, existem indícios no sentido de que o delito foi praticado mediante transposição de fronteira, informados por Agente da Polícia Federal. Ademais, constata-se que a conversa havida entre indiciado e Agente da Polícia Federal, com informação de que a arma foi adquirida no Uruguai para venda em território brasileiro, foi presenciada por dois policiais militares e um escrivão da polícia civil. Observa-se, ainda, que, por ocasião do flagrante, além do armamento – 1 fuzil calibre 556 da marca Palermo, 1 fuzil calibre 556 Smith Wesson –, foi encontrada quantia de R\$ 950,00 – novecentos e cinquenta reais – em dinheiro em notas diversas e \$ 340,00 – trezentos e

quarenta – pesos Uruguaios, o que indica, em tese, a possibilidade de mercancia e não de mera posse de arma de uso restrito. Por derradeiro, a operação que resultou no flagrante foi iniciada em razão de notícia de que o ora indiciado encontrava-se em situação suspeita na Praia Barra do Chuí, balneário no extremo sul do Brasil, localizado no município gaúcho de Santa Vitória do Palmar, que faz divisa com o povoado de Barra del Chuy, no Uruguai. Nas circunstâncias em que o conflito de competência foi apresentado a esta Corte Superior, com razão o Juízo Estadual suscitado, na medida em que os autos carregam indícios suficientes da transnacionalidade delitiva. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Rio Grande – SJ/RS, o suscitante. **(Ementa ADV 164473\*)**

ESTUPRO – VÍTIMA VULNERÁVEL – PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL – CONSUMAÇÃO CONFIGURADA. Consta da exordial acusatória que o denunciado seguiu a vítima com um braço, colocou a outra mão

no interior das suas roupas, por dentro da calcinha, e passou a beliscar-lhe a genitália. O ato libidinoso somente foi cessado em virtude da intervenção da genitora da ofendida, MP, que chegou ao local no momento da sua prática. A Corte de origem, ao preservar a forma tentada do delito de estupro de vulnerável ao fundamento de que não houve penetração, vai de encontro ao entendimento da jurisprudência acerca do tema. É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, conforme já consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça. Nega-se vigência do art. 217-A, c/c art. 14, II, ambos do CP, quando, diante de atos lascivos, diversos da conjunção carnal e atentatórios à liberdade sexual da vítima – criança de 7 anos de idade –, se reconhece a tentativa do delito, ao fundamento de que a consumação do crime em comento se dá tão somente com a efetiva prática do sexo oral ou anal – REsp. nº 1.583.349/RJ, Ministro Rogerio Schiatti Cruz, Sexta Turma, DJe de

2-5-2016. A reforma introduzida pela Lei nº 12.015/2009 condenou num só tipo penal as condutas anteriormente tipificadas nos arts. 213 e 214 do Código Penal, constituindo, hoje, um só crime o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Como ato libidinoso deve ser entendido qualquer ato diverso da conjunção carnal revestido de conotação sexual. Considerando os atos lascivos aos quais a vítima foi submetida, claramente atentatórios à sua dignidade sexual, resta consumado o crime de estupro, não havendo se falar, portanto, em tentativa. – HC nº 390.463/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 22-6-2017. Preservados os cálculos realizados pelo Tribunal *a quo*, atinentes à estipulação da pena-base, em 9 anos de reclusão, bem como ao reconhecimento da agravante da reincidência, que levou a pena intermediária a 10 anos de reclusão, tem-se que essa pena se torna definitiva, ante o decote da modalidade tentada. Recurso Especial

provido para afastar o reconhecimento da tentativa e redimensionar a pena privativa de liberdade do recorrido nos termos da decisão. **(Ementa ADV 164478\*)**

**EXECUÇÃO PENAL – RÉU REINCIDENTE – CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 4 ANOS – IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. O § 3º do art. 33 do CP, segundo o qual o regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância aos critérios do art. 59 do mesmo diploma legal, não impõe ao julgador, presente circunstância judicial desfavorável, a obrigatoriedade de estabelecer regime mais gravoso, quando aquele cominado ao *quantum* de pena imposta se mostre suficiente à reprovação do delito. Admite-se ao réu reincidente condenado a pena inferior a 4 anos a fixação do regime inicial semiaberto, ainda que estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, mormente quando fundamentada na preponderância de circunstâncias judiciais favoráveis na primeira fase da dosimetria da pena. Recurso Especial improvido. **(Ementa ADV 164468\*)****

PROVA – INGRESSO EM DOMICÍLIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – ATUAÇÃO COM BASE EM DENÚNCIA ANÔNIMA – IMPOSSIBILIDADE. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões – justa causa – que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio – REsp. de 1.558.004/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22-8-2017, DJe de 31-8-2017. A mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos da ocorrência de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, inexistindo, nessas situações, justa causa para a medida. Calcando-se a decisão em questão de caráter objetivo, mister a extensão dos efeitos benéficos do julgado à corrê atingida pela decisão ora anulada, nos moldes do art. 580

do CPP. Recurso Especial provido para anular as provas obtidas mediante busca e apreensão domiciliar, bem como as provas delas decorrentes a serem aferidas pelo magistrado na origem, devendo o material respectivo ser extraído dos autos, procedendo-se à prolação de nova sentença com base nas provas remanescentes. **(Ementa ADV 164469\*)**

---

## TRABALHO E PREVIDÊNCIA

---

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE – AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE – ATIVIDADES EM ATENDIMENTO RESIDENCIAL – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. A SDI-1/TST, na sessão do dia 18-2-2016, no julgamento do Processo E-RR-207000-08.2009.5.04.0231, decidiu que o agente comunitário de saúde, que realiza atividades em atendimento residencial, não faz jus ao adicional de insalubridade, uma vez que tais atividades não se enquadram naquelas descritas no Anexo 14 da NR-15 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho. A SDI-1/TST entende que há inegável diferença entre os trabalhos e opera-

ções realizados em contato permanente com pacientes ou com materiais infectocontagiantes nos estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana – hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação, entre outros congêneres – e aqueles prestados em visitas domiciliares onde o contato, caso ocorra, será, no máximo, eventual e não permanente, consoante a classificação prevista no Anexo 14 da NR-15. Julgados desta Corte. Ressalva de entendimento do Relator. Recurso de Revista conhecido e provido. **(Ementa ADV 164319\*)**

EMPREGADO PÚBLICO – ANISTIA – READMISSÃO – EFEITOS FINANCEIROS. A Orientação Jurisprudencial 221 da SBDI-1 do TST, atual Orientação Jurisprudencial Transitória 56 da SBDI-1, estabelece que os efeitos financeiros da anistia concedida pela Lei 8.878/94 somente serão devidos a partir do efetivo retorno do empregado à atividade, vedada a remuneração em caráter retroativo. No julgamento do Processo E-ED-RR-47400-11.2009.5.04.0017, ao reanalisar o

tema em questão, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST firmou entendimento no sentido de que a concessão das promoções de caráter geral, linear e impessoal, deferidas a todos os trabalhadores que permaneceram em atividade no período de afastamento, não viola o art. 6º da Lei 8.878/94 nem contraria o entendimento firmado na Orientação Jurisprudencial Transitória 56 da SBDI-1 do TST, porquanto se trata de recomposição salarial do período em que o empregado esteve ilegalmente afastado do serviço público. Assentou-se, naquela ocasião, que, embora a Lei 8.878/94 tenha tratado do tema como readmissão e não como reintegração, ela assegurou a repristinação do contrato de trabalho dos anistiados, não se tratando de um novo vínculo de emprego, mais do mesmo vínculo anterior. No caso *sub judice*, ao considerar indevidas as progressões salariais de caráter geral, linear e impessoal à Reclamante, beneficiada pela Lei 8.878/94, para fins de reposicionamento na carreira e recomposição salarial, a partir do retorno às atividades, o Tribunal Re-

gional proferiu acórdão contrário à Orientação Jurisprudencial Transitória 56 da SBDI-1 do TST, compreendida à luz da jurisprudência prevalecente deste Tribunal Superior. Recurso de Revista provido. **(Ementa ADV 164317\*)**

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO – VERBA PERCEBIDA POR MAIS DE DEZ ANOS – ADICIONAL DE INCORPORAÇÃO – INTEGRALIDADE. A Subseção Especializada em Dissídios Individuais, ao julgar o Processo nº TST-E-RR-7800-14.2009.5.06.0021, em sua composição completa, na sessão realizada em 26-9-2013, privilegiou a tese de que, ainda que a pretensão do reclamante tenha origem em norma empresarial interna que disciplina os critérios de cálculo das vantagens pessoais, e não em norma legal, a controvérsia se sujeita à prescrição quinquenal parcial, sob o fundamento de que não se trata de alteração do pactuado por ato único do empregador, mas de descumprimento do pactuado, lesão de trato sucessivo, a qual se renova a cada mês em que a empregadora deixa de cumprir o que foi previamente pac-

tuado e efetua o pagamento a menor. Portanto, nos termos do referido precedente jurisprudencial e conforme se verifica pelo acórdão regional, a pretensão ora discutida não está embasada em ato lesivo único da empregadora, e sim em ato lesivo sucessivo, razão pela qual efetivamente não se aplica à hipótese a prescrição total, prevista na Súmula 294/TST, mas a prescrição parcial quinquenal. Precedentes. No que tange ao pagamento do adicional de incorporação, a atual jurisprudência do c. TST, solidamente fundamentada nos princípios da estabilidade financeira e da irredutibilidade salarial, tem afastado a aplicação do normativo interno da CEF, que instituiu o “adicional de incorporação”, com a previsão de incorporação apenas proporcional de função de gratificação percebida por mais de 10 – dez anos –, causando diretamente prejuízos financeiros ao empregado e, portanto, menos benéfica do que a previsão vertida na Súmula nº 372, I, do c. TST. Recurso de Revista conhecido por má aplicação da Súmula 294/TST e provido. **(Ementa ADV 164313\*)**

PENSÃO POR MORTE – RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES *POST MORTEM* – PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO – IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. Nos termos do art. 74 da Lei 8.213/91, a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do Segurado falecido, não sendo exigido o cumprimento de carência. Para que seja concedida a pensão por morte, faz-se necessária a comprovação da condição de dependente, bem como a qualidade de Segurado, ao tempo do óbito, sendo

imprescindível o recolhimento das contribuições respectivas pelo próprio Segurado, quando em vida, para que seus dependentes possam receber o benefício de pensão por morte, o que não é o caso dos autos. Esta Corte firmou a orientação de que, pretendendo a parte a obtenção de pensão por morte, não há base legal para uma inscrição *post mortem* ou para a regularização das contribuições pretéritas não recolhidas em vida pelo *de cuius*. Recurso Especial do INSS provido. **(Ementa ADV 164475\*)**

---

## TRIBUTÁRIO

---

EXECUÇÃO FISCAL – DEFERIMENTO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS DO DEVEDOR – DEVER DO JUÍZO DE COMUNICAR A DECISÃO. Da interpretação do art. 185-A do CTN se depreende que a comunicação da decisão que determinou a indisponibilidade dos bens da executada deverá ser realizada pelo juízo competente. Precedente: REsp. 1.611.966/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 13-9-2016. Recurso Especial provido. **(Ementa ADV 164246\*)**

---

\* Utilize os números para buscar a íntegra dos acórdãos relacionados no site [www.advocaciadina-mica.com](http://www.advocaciadina-mica.com).

Menção a ser feita nas peças processuais e após cada acórdão do STF disponibilizado: **Repositório autorizado de jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, conforme Registro nº 049 INT-11, concedido nos parâmetros da Resolução nº 330/2006.**

Menção a ser feita nas ementas do TST: **Repositório autorizado de jurisprudência do TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, conforme Registro nº 36/2010, de acordo com o Ato TST.GP nº 421/99, e com as alterações constantes do Ato TST.GP nº 651/2009.**

# Já viu a livraria da COAD?

- ✓ Obras selecionadas
- ✓ Autores especialistas
- ✓ Atestado de qualidade COAD
- ✓ Conteúdos atualizados

Confira alguns dos nossos títulos



**Novo Regulamento do Imposto de Renda**  
Consolidação das legislações das PFs e PJs.



**eSocial**  
Guia prático e simplificado.



**Pis/Pasep e Cofins**  
Como Calcular e Recolher



**Simples Nacional**  
Entenda o regime em 2019.



**Contabilidade Fundamental**



**IRPJ Para Contadores**  
CSLL, PIS/PASEP, Cofins e Simples Nacional.

Acesse nossa loja e confira todos os livros:  
[lojacoad.com.br](http://lojacoad.com.br)

