

Dotti.

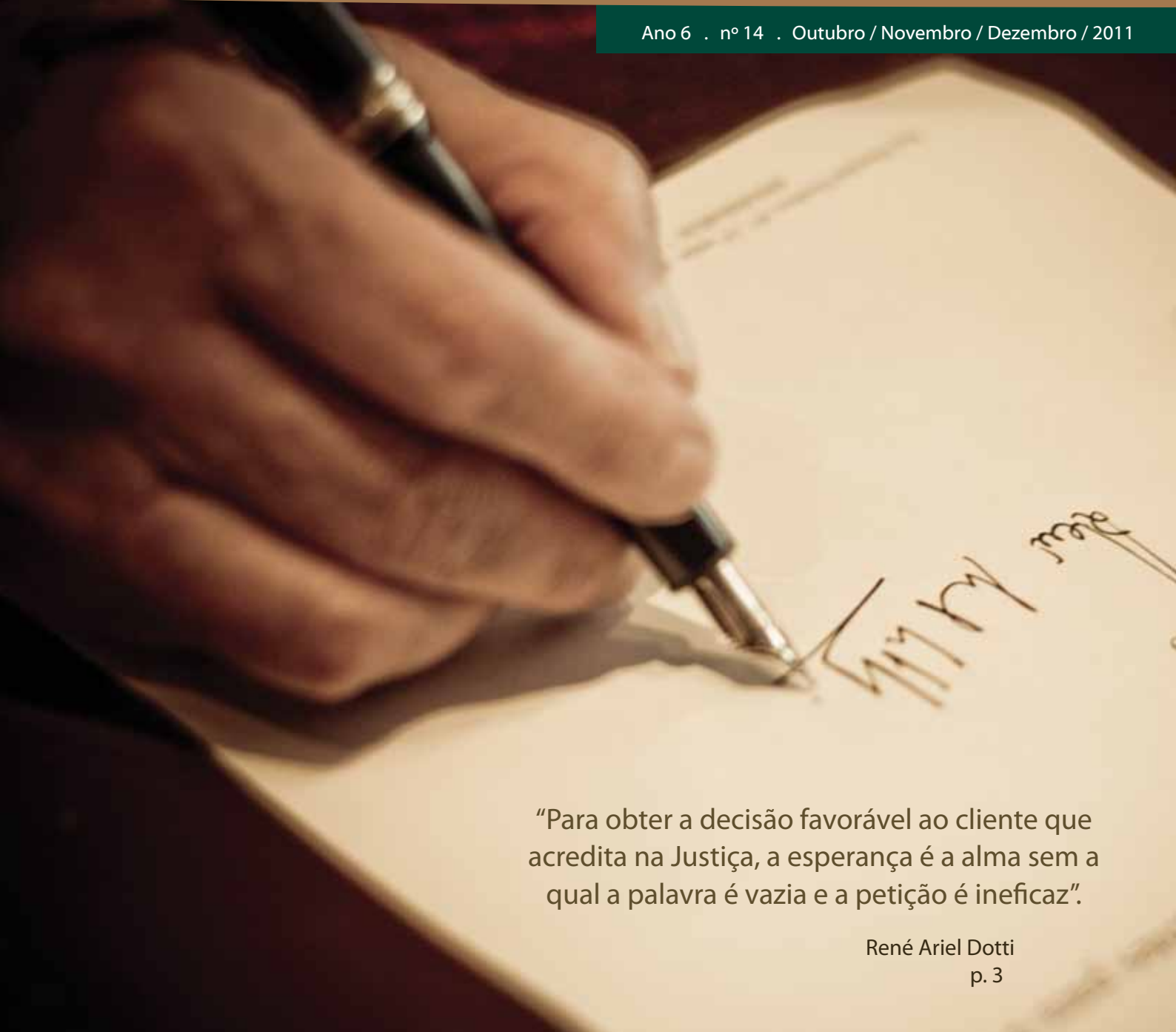
50 ANOS

ÉTICA & SOLIDARIEDADE DESDE 1961

René Ariel Dotti . Rogéria Dotti . Julio Brotto
Patrícia Nymberg . Alexandre Knopfholz
Fernanda Pederneiras . Francisco Zardo . Vanessa Scheremeta
José Roberto Trautwein . Fernando Welter
Gustavo Scandelari . Murilo Varasquim . Rafael de Melo
Vanessa Cani . Cícero Luvizotto . Mariana Guimarães
Luis Otávio Sales . Guilherme Alonso . Thais Guimarães
Alisson Nichel . Laís Bergstein . Gilliane Pombo
André Meerholz . Renata Steiner . Diana Geara

Edição Comemorativa dos 50 anos do Escritório Professor René Dotti

Ano 6 . nº 14 . Outubro / Novembro / Dezembro / 2011



“Para obter a decisão favorável ao cliente que acredita na Justiça, a esperança é a alma sem a qual a palavra é vazia e a petição é ineficaz”.

René Ariel Dotti
p. 3

O resgate de valores éticos no processo civil

Rogéria Dotti
p. 5

Abusividade da cláusula indenizatória em contrato de penhor

Julio Brotto e Vanessa Scheremeta
p. 5

Alternância de residência na guarda compartilhada

Fernanda Pederneiras
p. 9

Estado do Paraná celebra protocolo de acordo e atrai R\$ 1,5 bi em investimentos

Francisco Zardo
p. 11

Empresário: vilão do Estado?

Alexandre Knopfholz
p. 13



50 ANOS DE TRABALHO E ESPERANÇA

O nosso Escritório completa meio século no mês de novembro deste ano. A inicial maiúscula é justificável, porque não indica somente o compartimento de um imóvel destinado à leitura e ao ato de escrever. É muito mais que isso: é o lugar para onde acorrem as pessoas que têm um problema para resolver e precisam de orientação legal ou, na maioria das vezes, ações específicas para a defesa de direitos e interesses.

Antes, na Alameda Doutor Muricy, no edifício AZULAY, logo acima da *Farmácia Colombo*. Anos mais tarde, aqui, no *Edifício Nerina Caillet*. A pequena distância entre um ponto e outro também encurta a passagem do tempo, pois as lembranças podem ser reunidas em duas palavras: *trabalho* e *esperança*. Em uma das passagens de *Cândido*, o imortal poeta e prosador francês FRANÇOIS-MARIE AROUET, consagrado **VOLTAIRE** (1694-1778), disse que o trabalho nos afasta de três grandes males: o tédio, o vício e a necessidade.

Realmente, os seres humanos procuram atingir determinado objetivo através de um conjunto de atividades, produtivas ou criativas. Na advocacia, a representação judicial ou extrajudicial para assuntos contenciosos é a modalidade laborativa que se destaca em relação às demais, pela maior carga de responsabilidade legal e ética. A Constituição Federal declara que o Advogado é *indispensável para a administração da Justiça*.

Mas para o bom cumprimento de um mandato, independentemente de sua finalidade material ou moral, o trabalho não é suficiente. É fundamental que a procuração seja alimentada pelo sentimento da esperança, que, ao lado da caridade e da fé, é uma das três virtudes da Teologia. A palavra e a petição, escrita ou oral, são os instrumentos de trabalho do Advogado e os meios pelos quais ele reivindica direitos e defende interesses de terceiros. Mas, para obter a decisão favorável ao cliente que acredita na Justiça, a esperança é a alma sem a qual a palavra é vazia e a petição é ineficaz.

Se alguém perguntar como posso definir, em poucas palavras, o meio século de existência do nosso Escritório, eu respondo: com *trabalho* e *esperança*.

RENÉ ARIEL DOTTI

EDITORIAL

50 Anos de Trabalho e Esperança <i>(René Ariel Dotti)</i>	3
---	---

DIREITO CIVIL

O Resgate de Valores Éticos no Processo Civil <i>(Rogéria Dotti)</i>	5
Abusividade da Cláusula Indenizatória em Contrato de Penhor <i>(Julio Brotto e Vanessa Scheremeta)</i>	5
A Responsabilidade dos Bancos pelo Protesto de Duplicatas Endossadas <i>(Patrícia Nymberg)</i>	6
O Cheque Pré-Datado e o Prazo Prescricional <i>(José Roberto Trautwein)</i>	6
Lucros Cessantes: a Lógica do Razoável <i>(Fernando Welter)</i>	7
A Exploração dos Recursos Minerais e a Indenização ao Proprietário do Terreno <i>(Murilo Varasquim)</i>	7
O Dever de Mitigação do Próprio Prejuízo <i>(Vanessa Cani)</i>	8
A Responsabilidade das Empresas de Vigilância Monitorada <i>(Cícero Luvizotto)</i>	8
A Causa Primária na Responsabilidade Civil <i>(Laís Bergstein)</i>	8
Controle de Cláusulas Abusivas em Contratos de Plano de Saúde <i>(Renata Steiner)</i>	9

DIREITO DE FAMÍLIA

Alternância de Residência na Guarda Compartilhada <i>(Fernanda Pederneras)</i>	9
A Nova Regra para Autorização de Viagens de Crianças e Adolescentes ao Exterior <i>(Thais Guimarães)</i>	9
Adoção <i>(Gilliane Pombo)</i>	10
A Responsabilidade Civil Decorrente da Conduta Omissiva Paterna <i>(Diana Geara)</i>	10

DIREITO ADMINISTRATIVO

Estado do Paraná Celebra Protocolo de Acordo e Atrai R\$ 1,5 Bilhões em Investimentos <i>(Francisco Zardo)</i>	11
O Acesso às Cópias do Processo de Licitação não se Limita ao Fornecimento do Edital e Atos Posteriores <i>(Mariana Guimarães)</i>	11
A Caracterização de Improbidade Administrativa não Autoriza o Enriquecimento Ilícito do Estado <i>(Alisson Nichel)</i>	12
O Reajuste dos Preços Registrados <i>(André Meerholz)</i>	12

DIREITO CRIMINAL

Empresário: Vilão do Estado? <i>(Alexandre Knopfholz)</i>	13
Intenção de Matar em Acidentes de Trânsito <i>(Gustavo Scandelari)</i>	13
Reflexos da Copa do Mundo de 2014 na Legislação Penal <i>(Rafael de Melo)</i>	14
Limites para a Quebra de Sigilo Bancário <i>(Luís Otávio Sales)</i>	14
A Atipicidade do "Estelionato Judiciário" <i>(Guilherme Alonso)</i>	14

ESPAÇO LIVRE DOS ESTAGIÁRIOS

Decisão Permite Retificação de Sobrenome para Possibilitar Direito à Dupla Cidadania <i>(Amanda Tortelli Bavaresco)</i>	15
Responsabilidade do Provedor por Conteúdo Disponibilizado na Internet <i>(Bárbara L. Wolski Corrêa)</i>	15
Suposição de Ameaça a Testemunhas não Justifica Prisão Cautelar <i>(Barbara Sayuri Poffo Taniguti)</i>	16
A Exposição Midiática de Investigações Criminais <i>(Bruno Correia)</i>	16
O PLS 93/2011 e o Princípio da Presunção de Inocência <i>(Carolina Goslar)</i>	16
O Avanço Brasileiro na Política de Combate aos Cartéis <i>(Felipe Braz Guilherme)</i>	17
Anulação de Paternidade Reconhecida Voluntariamente Exige Prova do Vício de Consentimento <i>(Luiz Fernando De Souza Higa)</i>	17
A Supremacia do Interesse Público sobre o Privado sob a Ótica do Direito Penal <i>(Khalil Vieira Proença Aquim)</i>	18
A Supremacia do Interesse Público sobre o Privado sob a Ótica do Direito Administrativo <i>(Filipe Lima Vidinich)</i>	18
Deficiência Física não Impede Posse de Aprovado em Cargo Público <i>(Kellen Maria Correia Loureiro)</i>	19
O Princípio da Insignificância nos Crimes Contra a Adm. Pública e o Entendimento dos Tribunais Superiores <i>(Thuan Felipe Gritz Dos Santos)</i>	19
Produtos Defeituosos e a Proteção do Consumidor <i>(Victor Sangiuliano Santos Leal)</i>	19

O RESGATE DE VALORES ÉTICOS NO PROCESSO CIVIL

ROGÉRIA DOTTI

“Não tenho caminho novo. O que tenho de novo é o jeito de caminhar”
(THIAGO DE MELLO)

O acúmulo cada vez maior de processos e a consequente demora na prestação jurisdicional geram a necessidade de mudanças. O Direito Processual Civil precisa realizar um resgate dos valores éticos, assim como vêm fazendo, por exemplo, o Direito Civil e o Direito Constitucional.

É preciso compreender que, além do interesse particular dos litigantes, o processo civil visa acima de tudo uma finalidade pública – a paz social. E justamente por isso devem existir sanções processu-

ais para punir a má conduta processual. Segundo EDUARDO COUTURE, o particular só pode utilizar o tempo e energia dos tribunais na medida do necessário para que ocorra a tutela jurídica (Couture, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 4ª edição, Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007, p. 119).

Logo, é fácil concluir que a litigância de má-fé e a protelação não prejudicam apenas a parte adversa. Elas causam prejuízo a toda a coletividade na medida em que geram uma perda de tempo e um trabalho desnecessário ao Poder Judiciário.

Nesse contexto, a proposta de refor-

ma do Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 8.406/2010) para incluir a sucumbência recursal (ou seja, a condenação do recorrente vencido ao pagamento de uma nova verba honorária) pode ser um caminho no desestímulo à protelação. Afinal, as partes e seus advogados refletirão antes de interpor recursos que, em muitos casos, se mostram protelatórios e infundados.

Ainda que não se tenha em mãos um sistema completamente novo, deve-se ao menos mudar a forma de olhar o processo. Como diria o poeta THIAGO DE MELLO: *“Não tenho caminho novo. O que tenho de novo é o jeito de caminhar”*.

ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA INDENIZATÓRIA EM CONTRATO DE PENHOR

JULIO BROTTTO E VANESSA SCHEREMETA

A TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS – TNU – pacificou o entendimento acerca da nulidade da cláusula contida em contratos de mútuo com garantia pignoratícia (penhor), que prevê indenização de apenas 1,5 vezes o valor da avaliação em caso de perda das jóias. A decisão foi tomada em causa patrocinada pelo nosso ESCRITÓRIO no julgamento do *Pedido de Uniformização de Jurisprudência* nº 2007.70.50.002188-8, ocorrido em 14/06/2011. Durante o julgamento, a Turma de Uniformização confirmou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em causas envolvendo instituições financeiras e o mutuário. A partir de então, entendeu que a cláusula que limita o direito do contratante ao ressarcimento integral do prejuízo (assim considerado o valor real dos bens entregues em penhor) é nula por ser nitidamente abusiva.

O caso versava sobre uma cliente que mantinha joias de família empenhadas, as quais foram furtadas da CAIXA

ECONÔMICA FEDERAL em 2006. Em primeiro grau, foi concedida a indenização pelo seu valor de mercado, apurado em prova pericial. Posteriormente, em segunda instância foi reformada a decisão para aplicar a limitação prevista no contrato (1,5 vezes o valor da avaliação feita pela CEF, que costumeiramente é muito inferior ao valor real). No caso concreto, a avaliação representava um valor cinco vezes inferior àquele apontado pela perícia. Com a decisão da TNU, restabeleceu-se a sentença.

O Pedido de Uniformização de Jurisprudência é um recurso próprio dos JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS, cabível quando se constatar divergência jurisprudencial em questões de direito material entre Turmas Recursais diversas ou entre a Turma Recursal e a jurisprudência sumulada ou pacificada do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ou da própria TURMA NACIONAL. Quando a divergência se dá entre Turmas de diferentes Regiões, ou entre uma Turma

e a jurisprudência do STJ ou da própria Turma Nacional de Uniformização, o pedido é analisado por esta. E os efeitos da decisão do incidente são bem descritos por FLÁVIA DA SILVA XAVIER e JOSÉ ANTÔNIO SAVARIS: *“a decisão dos incidentes de uniformização produz efeito além do processo em que é proferida – efeito externo – servindo como fonte de pacificação e estabilização da jurisprudência, pretensamente vinculando as instâncias inferiores dos Juizados Especiais”* (in *Recursos cíveis nos juizados especiais federais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 222). Tal vinculação decorre não somente do disposto no art. 14, §§ 6º e 9º da Lei nº 10.259/2001, mas também de Questões de Ordem da própria Turma Nacional (nº 1, 13 e 16).

No caso narrado, reconheceu-se a divergência jurisprudencial com a pacífica jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Com isso, criou-se precedente importante a respeito do assunto, a orientar todos os JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS e TURMAS RECURSAIS do país.

A RESPONSABILIDADE DOS BANCOS PELO PROTESTO DE DUPLICATAS ENDOSSADAS

PATRICIA NYMBERG

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA definiu duas teses referentes à responsabilidade de bancos no protesto de duplicatas endossadas.

Em se tratando de endosso-mandato, restou definido que *“só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto, se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula.”* (Recurso Especial nº 1.063.474).

Trata-se de situação na qual o endossante (credor) encarrega o endossatário (o banco) dos atos necessários para o

recebimento dos valores representados no título, transferindo a este apenas seus direitos cambiais. Nesse tipo de endosso, o endossatário-mandatário responderá por eventual culpa se extrapolar dos poderes outorgados ou agir com negligência, como na hipótese de protestar título que já tinha ciência de ser inválido ou estar quitado.

Em se tratando de endosso-translativo, restou definido que *“o endossatário que recebe, por endosso translativo, título de crédito contendo vício formal, inexistente a causa para conferir lastro à emissão de duplicata, responde pelos danos causados diante de protesto indevido, res-salvado seu direito de regresso contra os*

endossantes e avalistas.” (Recurso Especial nº 1.213.256).

Nesta modalidade de endosso, o endossador transfere ao endossatário o título e todos os direitos nele incorporados. Porém, incumbe ao endossatário a verificação da existência de aceite ou de comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação de serviços antes de promover o protesto, a fim de conferir que não se trata de emissão de duplicata ‘fria’. Nesta hipótese, o banco não poderá protestar o título nem mesmo para se resguardar em futura ação de regresso contra o endossante, porque, se receber título evidentemente sem causa, assumirá os riscos da inadimplência.

O CHEQUE PRÉ-DATADO E O PRAZO PRESCRICIONAL

JOSÉ ROBERTO TRAUTWEIN

A Lei nº 7.357/1985 estabelece o prazo de seis meses, contados da expiração do termo para a apresentação do cheque para pagamento perante o banco sacado, para o ajuizamento de Execução objetivando o ressarcimento dos prejuízos ocasionados pela devolução do título por ausência de fundos.

Assim, como o prazo de apresentação para pagamento varia de 30 a 60

dias, conforme o cheque seja emitido na mesma praça ou em outra, entende-se que o prazo prescricional pode ser de sete a oito meses respectivamente.

Ocorre que a utilização do *cheque pré-datado* pelo comércio gerou dúvidas acerca do início da contagem do prazo prescricional. Ora se entendia que a *“circunstância de haver sido aposta no cheque data futura, (...) traz como única consequência prática a ampliação real do prazo de apresentação”* (STJ, Recurso Especial nº 16.855/SP). Também se sustentava que *“É certo que os cheques eram pré-datados, mas como se tratam de títulos de crédito com ordem de pagamento à vista, (...) o prazo prescricional inicia-se da data da emissão e não da data convencional entre as partes”* (TJ/PR, Apelação Cível nº 722.991-4).

A dúvida até então existente foi dirimida pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, cujo

site (www.stj.jus.br) noticiou em 04/10/2011 que a *“SEGUNDA SEÇÃO NÃO ADMITE DILAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL EM CASO DE EMISSÃO DE CHEQUE PÓS-DATADO”*.

Informou-se, ainda, que a Ministra Relatora NANCY ANDRIGHI fundamentou suas conclusões dizendo que *“Ainda que, na sociedade hodierna, a emissão de cheques pós-datados seja prática costumeira, não encontra previsão legal. Admitir-se que do acordo extracartular decorram os efeitos almejados pela parte recorrente, importaria na alteração da natureza do cheque como ordem de pagamento a vista, além de violação dos princípios da literalidade e abstração”* (Recurso Especial nº 1.068.513/DF).

Diante disso, competirá aos comerciantes adaptar-se a nova regra, evitando-se, assim, a perda do direito do ajuizamento da Execução e a submissão à demora natural do processo de conhecimento.



LUCROS CESSANTES: A LÓGICA DO RAZOÁVEL

FERNANDO WELTER

Aquele que viola direito alheio e causa danos patrimoniais ou morais comete ato ilícito, ficando civilmente obrigado a reparar o dano.

No que concerne aos danos patrimoniais (ou materiais), o princípio da restituição integral determina que a indenização devida à parte prejudicada compreenda não apenas o que ela efetivamente perdeu (*danos emergentes*), mas também o que deixou de ganhar (*lucros cessantes*).

O exemplo acadêmico, do motorista de táxi que tem seu carro atingido por terceiro, clarifica bem a questão. As despesas necessárias ao conserto do veículo são assim qualificadas como *danos*

emergentes. Já os *lucros cessantes*, no exemplo, se traduziriam na expectativa de faturamento que o motorista viu frustrar-se pela impossibilidade de utilização do seu veículo no período em que ele permaneceu na oficina.

A situação acima não causa maiores perplexidades, bastando que se demonstre em juízo qual é a média de faturamento líquido diário do motorista, consideradas eventuais situações especiais (feriados, fim de semana etc.).

Casos existem, todavia, em que a aferição da expectativa financeira quebrada pelo ato ilícito está longe de ser tarefa fácil, como no da parte que, em decorrência de um ato ilícito, acaba tendo um

contrato rompido.

Se esse contrato vigorava por prazo indeterminado, como determinar o que a parte deixou de ganhar? Dito de outra forma: por quanto tempo o contrato presumivelmente seria mantido não fosse o ilícito? Meses? Anos?

A Lei não oferece uma solução segura, determinado que a indenização compreenda o que *razoavelmente* se deixou de lucrar. Com essa locução empregada pela Lei, relega-se a avaliação da extensão do dano à prudência e sensibilidade do Juiz, que terá a difícil missão de conjecturar, dentro de uma projeção segura, o ganho que seria realmente esperável pela parte lesada.

A EXPLORAÇÃO DOS RECURSOS MINERAIS E A INDENIZAÇÃO AO PROPRIETÁRIO DO TERRENO

MURILO VARASQUIM

A Constituição Federal e o Código Civil esclarecem que a aquisição do solo não abrange os recursos minerais existentes no local, sobretudo porque eles pertencem à União. Assim, quem pretende obter a licença para explorar economicamente uma jazida deve requerê-la junto ao DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL (DNPM). Como para obter a autorização não se exige a propriedade do terreno, em diversas ocasiões o detentor da licença não é o dono do solo.

Nesse caso, prevalece o interesse de quem recebeu a concessão para explorar os recursos minerais, por se tratar de direito oponível a terceiros, nas mesmas condições que os chamados *direitos reais*. Em outras palavras: por mais que o proprietário do terreno utilize a área economicamente, ele não pode impedir a extração dos minérios. Tanto é assim que o Código de Mineração garante que “no curso de qualquer medida judicial não

poderá haver embargo ou sequestro que resulte em interrupção dos trabalhos de lavra” (art. 57).

Naturalmente, para não deixar o superficiário ao relento, a própria Constituição assegura a sua participação nos resultados da lavra (§ 2º do art. 176). Essa remuneração consiste no recebimento de uma renda pela ocupação do terreno e uma indenização pelos prejuízos causados com a exploração. O art. 27 do Código de Mineração estabelece ainda quais os critérios que devem ser observados na compensação financeira. São eles: a) A renda não pode exceder ao

rendimento líquido que a área ocupada proporcionaria ao dono do solo; e b) A indenização não deve ultrapassar o valor venal da área efetivamente tomada. O mesmo artigo prevê que no caso de inutilização de toda a propriedade para fins agrícolas, a indenização corresponderá ao valor total do terreno, por mais que apenas parte dele tenha sido explorado.

Como se vê, buscou-se o equilíbrio necessário para não onerar demasiadamente uma atividade essencial ao desenvolvimento do país e ao mesmo tempo recompor financeiramente o prejuízo pela extração.



O DEVER DE MITIGAÇÃO DO PRÓPRIO PREJUÍZO

VANESSA CANI

Deriva do princípio da boa-fé objetiva o dever do credor de mitigar suas próprias perdas, visando não agravar a situação do devedor. Ou seja, o credor deve cooperar com o devedor no adimplemento das suas obrigações.

Referido dever consta do Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil, assim ementado: *“O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”*.

Extrai-se da doutrina de VERA MARIA JACOB DE FRADERA que *“inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro com situações em que o credor se mantém inerte face o descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar a sua própria perda.”* (FRADERA, Vera Maria Jacob. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* in: Revista Trimestral de Direito Civil. RTDC, v. 5. nº 19, jul/set, 2004, pág. 110).

Deste modo, por exemplo, não pode o credor permanecer inerte, aguardando o transcurso de tempo significativo para a propositura de ação visando à retomada de imóvel, objeto de contrato de financiamento, sobretudo em decorrência da ausência de pagamento das contraprestações devidas pelo devedor, pois isso somente contribuiria para seu maior endividamento; igualmente não pode o credor retardar a execução de multa diária determinada em razão de descumprimento de ordem judicial, deixando-a aumentar de modo exorbitante.

A negligência do credor resultante no agravamento desnecessário ao devedor, consoante entendimento que vem se manifestando na doutrina e jurisprudência, pode acarretar em sanções consistentes na redução do seu crédito, ou até mesmo eventuais perdas e danos.

A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DE VIGILÂNCIA MONITORADA

CÍCERO LUVIZOTTO

A crescente onda de violência urbana preocupa todos os cidadãos.

Atualmente, é comum ouvirmos relatos, tanto pela mídia quanto por pessoas próximas, de tristes histórias de furtos ou roubos que, além do prejuízo material, deixam marcas indeléveis na psique de suas vítimas.

Historicamente as festas de final ano e as férias escolares são os meses que apresentam a maior incidência de furtos e roubos a residências.

Ciente dessa situação o cidadão busca proteger seu patrimônio de todas as formas possíveis com grades, cercas elétricas e alarmes ligados a empresas de vigilância monitorada.

Nessa última situação, o contrato entabulado entre o indivíduo e a empresa possui características muito peculiares, uma vez que ela se torna a guardiã do imóvel, assumindo a responsabilidade

de promover todos os atos necessários à manutenção da integridade do bem quando sua central recebe o sinal de violação do alarme.

Quando a empresa, por sua culpa, não realiza tais atos surge o direito do contratante de ser indenizado. Esse foi o recente entendimento do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ.

Nos autos da *Apelação Cível* nº 732.631-6, o Poder Judiciário determinou o pagamento de indenização por danos morais e materiais a uma empresa e seu proprietário que, mesmo após ter acionado em duas oportunidades o “botão pânico” para comunicar um assalto, não teve o atendimento adequado por parte da empresa de vigilância.

Assim, cabe ao consumidor que se sentir prejudicado pela má prestação de algum serviço buscar a guarida do Poder Judiciário para a reparação de seus danos.

A CAUSA PRIMÁRIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

LAÍS BERGSTEIN

A responsabilidade civil é baseada na compreensão de que toda pessoa que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar um direito e causar dano a outrem, é obrigada a repará-lo. Para tanto, é necessário que haja um nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o resultado danoso: o dano deve decorrer da conduta, em uma perfeita relação de causa e efeito.

A dificuldade de caracterização do dever de indenizar reside nos casos que reúnem múltiplas condições e circunstâncias contributivas para o evento danoso. Diante disso, a maior parte da doutrina e da jurisprudência brasileira sustenta, a partir da análise do disposto no art. 403 do Código Civil, a incidência da teoria da causalidade adequada ou da causa primária no

âmbito das relações civis.

Isto significa que, para fins de responsabilidade civil extracontratual, ainda que várias condições tenham concorrido para o dano, somente será considerada causa apta a desencadear a responsabilidade civil aquela que tenha sido mais adequada à produção do resultado. Ou seja, o dever de indenizar é atribuído somente à pessoa que contribuiu decisivamente para a ocorrência do dano.

Um exemplo da aplicação desta teoria é o de atropelamento de pedestres devido à falta de sinalização ou às más condições da via. Nestes casos, a responsabilidade civil pode incorrer sobre o ente responsável pela manutenção da rodovia e não sobre o condutor (neste sentido os Recursos nº 619118-8 e 648104-9 do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ).

CONTROLE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

RENATA STEINER

A discussão sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações estabelecidas entre usuário e plano de saúde parece ser página virada no Direito brasileiro. É evidente que a relação estabelecida é de consumo, ensejando ao consumidor a possibilidade de invocar a proteção específica do CDC, especialmente quanto à inversão do ônus da prova, a responsabili-

dade objetiva e o controle judicial de cláusulas abusivas. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem desempenhado relevante papel na concretização dos direitos dos consumidores de planos de saúde. Elucidativo de tal postura é o recente julgado da 4ª Turma daquele Tribunal, que entendeu abusivo o aumento proposto pelo Plano em decorrência da mudança de faixa etária. Se

é certo que o aumento de idade incrementa os riscos do contrato, é também certo que o aumento somente será legal quando previsto contratualmente, obedecendo as disposições da Lei nº 9.656/1998, e desde que observado o princípio da boa-fé objetiva. Foi este o entendimento externado no julgamento do *Recurso Especial* nº 866840-SP, em 07/06/2011.

ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA NA GUARDA COMPARTILHADA

DIREITO DE FAMÍLIA

FERNANDA PEDERNEIRAS

A guarda compartilhada, definida pelo art. 1.583, § 1º como *“a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”*, não pressupõe a alternância de residência da criança, condição esta de outra modalidade de guarda, a alternada. Esta não tem previsão legal expressa e vem sendo criticada pela doutrina, jurisprudência e profissionais da psicologia, na medida em que gera alto grau de instabilidade na criança, que se vê diante de um verdadeiro rodízio, dividindo-se entre diferentes regras de conduta.

Em recente julgado, a ministra NANCY ANDRIGHI, relatora do *Recurso Especial* nº 1.251.000/MG, após discorrer de forma memorável sobre os fundamentos e condições para a atribuição da guarda compartilhada, ressalta o que segundo ela se traduz na verdadeira *“força transformadora”* da inovação legal que formalizou o instituto da guarda compartilhada.

Para a ministra, o compartilhamento da custódia física possibilita que ambos os genitores participem efetivamente do cotidiano do filho. Salienta a relatora que não está a se falar em guarda alternada, mas sim, no estabelecimento de um lapso temporal no qual a custódia física perma-

nece com um dos genitores, num processo integrativo, que possibilite a convivência baseada na interação familiar.

Todavia, é certo que o ambiente gerado pela separação do casal, marcado por mágoas e frustrações recíprocas, raras vezes favorece o relacionamento parental ideal, e a estrutura judiciária pouco contribui para a amenização do litígio.

Assim, considerando-se não haver fórmulas estanques para a regulamentação do convívio familiar, *“tantos arranjos se farão necessários quantos forem os casos de fixação de guarda compartilhada”*, como bem salientado no acórdão mencionado.

A NOVA REGRA PARA AUTORIZAÇÃO DE VIAGENS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES AO EXTERIOR

THAIS GUIMARÃES

Com a proximidade das festividades de final de ano, algumas situações relativas às viagens com os filhos menores ao exterior ainda geram dúvidas.

Quando crianças e adolescentes residentes no Brasil viajarem com ambos os genitores para fora do país não é exigida autorização judicial. Quando acompanhado de apenas um dos genitores, é necessária a autorização expressa do outro. A intervenção do judiciário é exigida somente quando um ou ambos os pais estiverem em lugar incerto ou quando um deles não

conceder a autorização de viagem.

No caso do menor viajar sozinho ou acompanhado de terceiros, a autorização deverá ser concedida por ambos os genitores.

Em qualquer hipótese, a autorização deverá ser redigida em duas vias, acompanhada de uma foto atual do menor, de cópia autenticada de seu documento de identificação, devendo constar o período de viagem fixado pelos pais.

Anteriormente exigia-se o reconhecimento de firma por *“verdadeiro”* ou *“autenticidade”*, isto é, com a presença do

signatário perante o Cartório.

Com o advento da Resolução nº 131 do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, publicada no dia 1º de junho do corrente ano, possibilitou-se o reconhecimento de firma por semelhança, o que dispensa o comparecimento do signatário no momento da chancela do tabelião. Esta medida visou simplificar o procedimento, facilitando a vida de muitos pais que acabam não tendo disponibilidade de tempo para se deslocar ao Cartório.

ADOÇÃO

GILLIANE POMBO

O último balanço do CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO (CNA), realizado pelo CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) e divulgado no dia 31/08/2011, revelou que o Brasil tem atualmente 4.856 crianças e adolescentes aptos a serem adotados, enquanto o número de pretendentes chega a 27.478. Ou seja, a quantidade de pessoas interessadas em adotar é quase seis vezes maior que de disponíveis para adoção.

De acordo com o levantamento, quanto mais velha a criança, menores são suas chances de ser inserida em uma nova família. Isso porque a predileção dos pretendentes é por crianças com até dois anos de idade.

A morosidade e ineficácia do procedimento prorrogam por anos o direito de crianças abandonadas a ter uma fa-

mília. Esse panorama precisa ser mudado e, para tanto, é necessário criar novas políticas públicas voltadas para essa área e repensar as já existentes.

É dever da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais à vida, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, resguardando-os de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência e crueldade.

Estes menores, embora abrigados, não possuem a assistência que lhes é devida, o que contraria o princípio da proteção do melhor interesse da criança que deve prevalecer sobre qualquer outro bem juridicamente tutelado.

A adoção é o mais nobre ato de amor dedicado a estas crianças marcadas pelo abandono. É preciso priorizar e facilitar

a obtenção, para cada uma delas, de um LAR - na definição de MARIA BERENICE DIAS: Lugar de **A**feto e **R**espeito.



A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA CONDUTA OMISSIVA PATERNA

DIANA GEARA

Ao julgar o *Recurso Especial* nº 757411/MG, em 29/11/2005, no qual o recorrente objetivava condenar seu pai biológico a repará-lo pelos danos morais decorrentes de seu abandono afetivo, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA entendeu que “*escapa ao arbítrio do judiciário obrigar alguém a amar*”, fundamentando que “*não haveria prática de ato ilícito na conduta do pai de abandonar moralmente o filho*”, e ainda que a punição ao pai que abandona sua prole seria a destituição do poder familiar (deixar formalmente de ser pai). Porém, ante a relevância do tema, sem dúvida político-social, e dian-

te dos vastos fundamentos legais (arts. 227 e 229 da CF, 15 e 19 do ECA, e 1634 do CC), os quais permitem concluir que a paternidade é uma obrigação jurídica, diversos juristas têm insistido (e com razão) em rediscutir a responsabilidade decorrente da conduta omissiva dos pais que abandonam seus filhos. Neste sentido, é válido citar o recente precedente do TJ/SC, *Apelação Cível* nº 2011.043951-1, no qual foi reconhecido como ato ilícito o fato de o pai, ciente de sua paternidade, negar-se a tratar seu filho como tal, discriminando-o em relação aos demais de sua prole, mesmo com condi-

ções financeiras para assim não agir. No entanto, o referido julgado fez a ressalva de que, a condenação não é decorrente da falta de afeto, mas sim em razão da ausência de auxílio material, durante a menoridade do filho. Portanto, ainda que o precedente do TJ/SC não traduza o reconhecimento do abandono afetivo como ato ilícito, trata-se de um passo importante no sentido de reconhecer que as condutas omissivas paternas (ainda que exclusivamente materiais) são causadoras de transtornos de ordem moral aos filhos, e igualmente, que tais danos são passíveis de reparação pecuniária.

ESTADO DO PARANÁ CELEBRA PROTOCOLO DE ACORDO E ATRAI R\$ 1,5 BILHÕES EM INVESTIMENTOS

FRANCISCO ZARDO

No dia 05 de outubro de 2011, o Estado do Paraná celebrou Protocolo de Acordo com a montadora de veículos Renault. A empresa investirá 1,5 bilhões de reais na expansão da sua fábrica, em São José dos Pinhais. Em contrapartida, o Estado concederá benefícios como a prorrogação dos prazos de pagamento de ICMS.

Na década de 90, o Governo do Paraná celebrou diversos protocolos dessa natureza, com o objetivo de atrair indústrias, dentre as quais se destaca a própria Renault, a Volkswagen e a Companhia Siderúrgica Nacional. Contudo, o Governo seguinte deixou de observar tais acordos, o que ensejou a propositura de ações judiciais. Em alguns casos, foi o Ministério Público que promoveu ações civis públicas para anular os acordos, ao

argumento de que causariam dano ao patrimônio público.

Apesar disso, o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ tem reiteradamente reconhecido a validade destes instrumentos, o que confere segurança aos investidores. Segundo a Corte, *“Os Estados têm, nos termos do art. 174 da Constituição Federal, o poder de intervir no domínio econômico para incentivar, estimular e proteger determinada atividade econômica que, no entender de cada um deles, mostre-se útil para o seu desenvolvimento econômico e social”* (1ª Câmara Cível, *Apelação Cível* nº 156.514-0, rel. Juiz Convocado EDUARDO SARRÃO, DJ. 28/09/04). Outro aspecto considerado é a boa-fé, que exige respeito aos compromissos assumidos: *“Se assim é, e se os contratan-*

tes são obrigados a guardar os princípios e boa-fé, devendo vincular-se ao que honraram cumprir e à própria legislação que tratou da matéria, não se pode dizer que, por se tratar da Administração Pública, tais deveres possam ser simplesmente ignorados, em razão das prerrogativas que possui” (2ª Câmara Cível, *Apelação Cível* nº 552.333-7, rel. Des. ANTONIO RENATO STRAPASSON, DJ. 25/08/09).



O ACESSO ÀS CÓPIAS DO PROCESSO DE LICITAÇÃO NÃO SE LIMITA AO FORNECIMENTO DO EDITAL E ATOS POSTERIORES

MARIANA GUIMARÃES

Um dos princípios constitucionais da Administração Pública é o da publicidade (CF, art. 37, *caput*), que confere aos cidadãos o direito de acesso a informações, de modo a propiciar conhecimento e controle pelos interessados diretos e pela própria população.

O art. 63 da Lei de Licitações assegura **expressamente** *“a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado, a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos”*. Sendo assim, não se pode cercear o acesso às cópias

de documentos públicos não sigilosos, eis que os *“agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância”* do princípio *“da publicidade”* (Lei nº 8.429/92, art. 4º).

A publicidade não se limita à sua fase externa, posterior à publicação do edital e convocação dos interessados. É preciso que se franqueie aos cidadãos também os atos antecedentes, a chamada fase interna, na qual a Administração **justifica e motiva** qual a necessidade administrativa e quais as regras regeirão a disputa. Somente por meio de sua divulgação possibilitar-se-á um controle e

fiscalização efetivos, pois pouco adianta conhecer a exigência posta no edital sem se saber os motivos que levaram sua inclusão.

Destarte, é dever do agente público franquear a íntegra do processo licitatório, com a devida motivação dos atos praticados, se assim requerido. Consequentemente, a negativa em fornecê-la ofende a direito líquido e certo do particular, o que dá azo a impetração de Mandado de Segurança para sua obtenção (TJSP, *Apelação com Revisão* nº 8541365100, j. 10.03.2009).

A CARACTERIZAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO AUTORIZA O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ESTADO

ALISSON NICHEL

Dentre as inúmeras sanções previstas pela Constituição Federal (art. 37, §4º) e pela Lei nº 8.429/93 (art. 12) como consequências pela prática do ato de improbidade, há uma que tem por finalidade específica proteger o patrimônio público: *ressarcimento integral do dano causado ao erário*. Como se evidencia da própria denominação desta penalidade, o sujeito ímprobo será condenado a ressarcir o erário apenas quando restar configurado que o ato por ele praticado efetivamente causou dano ao patrimônio público.

Entretanto, apesar da clareza da

questão, algumas decisões judiciais têm determinado o ressarcimento até mesmo nos casos em que o erário não foi lesado, sobretudo nas hipóteses em que se analisa a contratação de particular pelo Poder Público.

Por outro lado, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA tem reiterado o entendimento segundo o qual, ainda que caracterizada a improbidade do ato de contratação, caso os serviços para os quais o particular foi contratado tenham sido realizados, a aplicação da pena de ressarcimento será ilegítima: “a jurisprudência deste Tribunal já pacificou-se no

sentido de que se não houver lesão, ou se esta não restar demonstrada, o agente poderá ser condenado às demais sanções previstas (...). No entanto, face à inexistência de lesividade ao erário público, é incabível a incidência da pena de multa, bem como de ressarcimento aos cofres públicos. (...) Este Tribunal entende que, se os serviços foram prestados, não há que se falar em devolução, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado” (STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 1238466, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ. 14/09/2011).

O REAJUSTE DOS PREÇOS REGISTRADOS

ANDRÉ MEERHOLZ

O sistema de registro de preços, previsto no art. 15, II da Lei nº 8.666/93, não consiste em tipo ou modalidade de licitação. Trata-se de sistema de contratação no qual, ao final de uma licitação, é formalizada uma ata de registro de preços, fixando condições para contratações futuras, como prazos, quantidades e principalmente preços, para todo seu período de vigência.

Em razão da dinâmica deste sistema, na maioria dos casos o particular fica obrigado a manter seu preço por prazo superior a 1 (um) ano, período comumente aplicado para a vigência das atas de registro de preços. Isto porque raramente o seu início coincide com a data de abertura das propostas na licitação, momento em que o

particular se vincula a fornecer pelo preço proposto.

O art. 3º da Lei nº 10.192/01 estabelece o reajuste dos contratos da Administração Pública com periodicidade anual. Trata-se de proteção aos contratantes contra os efeitos de um processo inflacionário em uma economia. Neste sentido, o reajuste não configura majoração real dos preços, mas somente recomposição do poder aquisitivo defasado pela inflação ao longo de certo período. Não por acaso são estipulados indicadores inflacionários como indexadores.

Sendo assim, é cabível o reajuste dos preços registrados nas hipóteses em que o preço proposto vincule o particular por prazo superior a 1 (um) ano. O reajuste é

um dos meios disponíveis para conferir efetividade à proteção constitucional do direito a manutenção das condições efetivas da proposta (CF, art. 37, XXI).



EMPRESÁRIO: VILÃO DO ESTADO?

ALEXANDRE KNOPFHOLZ

Está arraigado no senso comum da população o brocardo de que “rico não vai para a cadeia”, ou, ainda, que “empresário sempre fica impune”. Este entendimento está na ideologia popular sufragada pelo próprio histórico do Direito Penal dos últimos séculos.

Contudo, os tempos mudaram. Quicá no afã de compensar o longo período de impunidade, os grupos sociais, o Estado e a própria política criminal escolheram o empresário e as classes antes consideradas imunes como os novos inimigos a serem combatidos. Na seara criminal, tal situação acarreta

uma série de repercussões, tais como a proliferação de tipos penais, o aumento desproporcional de penas, além da responsabilização penal da pessoa jurídica e a supressão de garantias processuais.

Trata-se de uma grave constatação, prejudicial ao bom andamento do Estado Democrático de Direito. De fato, “Tão nefasta quanto a ideia, herdada da criminologia positivista, do estereótipo do criminoso pertencente às ‘classes inferiores’, é a inversão do preconceito, o estigma às avessas, o incentivo e o aplauso a toda sorte de abuso ou arbitrariedade dirigido aos outrora inatin-

gíveis acusados de delitos econômicos”. (JOSÉ CARLOS TÓRTIMA, *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*, p. 4).

Após séculos reprimida, a sanha acusatória contra os novos inimigos surge com força total. A mudança opera-se, contudo, com exageros e de forma extremada. Afinal, conforme decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça, “não há, na formação de sociedade empresária, ao menos em princípio, o desígnio de cometer crimes” (STJ, RHC 29028/PR, 6ª Turma, Rel. Des. Conv. do TJSP CELSO LIMONGI – DJe de 28.9.11).

INTENÇÃO DE MATAR EM ACIDENTES DE TRÂNSITO

GUSTAVO SCANDELARI

Pode parecer nova, mas a discussão a respeito de *qual* seria a intenção do motorista que, conduzindo em *excesso de velocidade* e/ou *embriagado*, provoca a morte de outra(s) pessoa(s) é antiga. Ela remonta à distinção entre o que se convencionou chamar de *dolo eventual* e *culpa consciente* em Direito Penal. O primeiro é caracterizado pela **aceitação**, por parte do motorista, do resultado *morte*. Distingue-se da segunda quando o agente, embora prevenido a possibilidade de ocorrência do mesmo resultado, **deseja poder evitá-lo**. Como se vê, o fator determinante é uma circunstância **subjetiva**. E essa conclusão é pacífica na literatura especializada.

Recentemente, o SUPREMO TRIBU-



NAL FEDERAL reafirmou essa orientação ao decidir que um motorista que dirigiu *embriagado* e provocou a morte de outra pessoa *não teve a intenção* de causá-la. Na ocasião, o tribunal consignou: “observa-se ter havido **mera presunção**

acerca do elemento volitivo imprescindível para configurar-se o *dolo*, não se atendendo, pois, para a distinção entre *dolo eventual* e *culpa consciente*. (...) Do exame descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, **não restou demonstrado** que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas **consentindo** em que produziria o resultado, o qual pode até ter previsto, mas **não assentiu** que ocorresse” (Habeas Corpus nº 107801). Essa decisão, de setembro deste ano, ao exigir a **prova** de que o condutor teria *consentido* com a morte de alguém nada mais faz do que aplicar a correta interpretação da lei vigente – em respeito ao *princípio constitucional da legalidade*.

REFLEXOS DA COPA DO MUNDO DE 2014 NA LEGISLAÇÃO PENAL

RAFAEL DE MELO

Foi encaminhado, pelo governo federal, ao Congresso Nacional o projeto da denominada Lei Geral da Copa, que terá por finalidade internalizar algumas normas estabelecidas pela FIFA para a realização das Copas de 2013 e 2014.

Dentre as previsões, encontramos regras de natureza criminal, mais precisamente relacionadas aos direitos de propriedade industrial.

Chama atenção a criminalização de uma conduta denominada “marketing de emboscada por intrusão”, que em linhas

gerais trata-se de atrair indevidamente a atenção dos espectadores dos Eventos para marca não associada oficialmente à sua organização.

A pena provavelmente estabelecida ao novo tipo penal será de três meses a um ano, classificando-o como crime de menor potencial ofensivo e atribuindo, portanto, a competência para o Juizado Especial Criminal.

Aprovado o projeto, o que certamente ocorrerá, cuidados deverão ser adotados pelos proprietários dos esta-

belecimentos comerciais locais. Uma descuidada iniciativa de aumentar suas vendas com os Eventos Esportivos relacionados às Copas de 2013 e 2014 poderá render aos empresários a desagradável experiência de figurar como réu em procedimento criminal ou, até mesmo, sofrer a imposição de uma pena.

Leis como o Estatuto do Torcedor e Lei Pelé terão aplicação subsidiária à futura norma, respeitando-se, ainda que de forma genérica, os direitos dos espectadores dos espetáculos esportivos naquilo que couber.

LIMITES PARA A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

LUIS OTÁVIO SALES

A Lei Complementar nº 105/01 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e estabelece condições para a quebra de sigilo bancário. É comum a quebra de sigilo bancário de contribuintes em processos fiscais (que geralmente redundam em processos criminais) por determinação direta de autoridades administrativas, como, por exemplo, BANCO CENTRAL DO BRASIL e RECEITA FEDERAL, com amparo na previsão do art. 6º. Isso, porém, é intervenção abusiva e ilegal.

Essa modalidade de invasão da intimidade, enquanto medida de exceção em nosso modelo constitucional, necessita de autorização **judicial** – cabendo ao Juiz, e não à administração tributária, avaliar a necessidade de quebra do sigilo bancário como meio de prova. Esse foi o entendimento do Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do *Recurso Extraordinário* nº 389808, em 15/12/2010. Em paralelo à autorização do Judiciário, é imprescindível a existência de uma causa provável, ou seja, indícios

concretos quanto à ocorrência de um fato ilícito, não sendo possível a devassa financeira para simples averiguação.

Essas orientações garantistas conferem atualidade à seguinte frase: “*The Power to tax is not the power to destroy while this Court sits*” (tradução: “o poder de tributar não significa o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema”), proferidas como “*dissenting opinion*”, em 1928, no julgamento do caso “*Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox*” (277 U.S. 218).

A ATIPICIDADE DO “ESTELIONATO JUDICIÁRIO”

GUILHERME ALONSO

O Ministério Público corriqueiramente denuncia advogados ou partes em processos judiciais por supostas condutas “fraudulentas” cometidas no curso de feitos em que estão envolvidos. Como exemplo, há defensores denunciados pela realização de acordos “casados” (cuja intenção de realização é anterior ao processo) ou partes que são igualmente acusadas por apresentarem laudos de avaliação de bens supervalorizados.

Nesses casos, haveria uma aparente configuração de *estelionato* (art. 171 do Código Penal), porque seria possível a de-

limitação da *vantagem indevida* (valor do acordo ou eventual caução obtida com o laudo), do *prejuízo alheio* (muitas vezes traduzido em dano a algum credor) e do *meio fraudulento* utilizado para *induzir ou manter em erro* o Poder Judiciário (o próprio “acordo” ou o laudo).

No entanto, a tipicidade do tipo do art. 171, CP é meramente superficial. É que falta idoneidade ao *meio* empregado, pois a obtenção de *vantagem indevida* não decorreria de *ato fraudulento*, mas de “*decisão judicial decorrente do exercício constitucional do direito de*

ação e em feito sujeito ao pleno contraditório” (TRF4 – *Apelação Criminal* nº 2006.71.07.000368-9).

A falta de previsão legal também é argumento considerado para se afastar o *estelionato judiciário*. Esse ponto, porém, pode mudar: o Projeto de Lei nº 7.177/2010, de autoria do Deputado CARLOS BEZERRA, em trâmite na Câmara dos Deputados, pretende a criação do tipo do art. 347-A, que criminaliza a “*simulação processual*”, que nada mais é do que a figura do “*estelionato judiciário*”.

ESPAÇO LIVRE DOS ESTAGIÁRIOS

DECISÃO PERMITE RETIFICAÇÃO DE SOBRENOME PARA POSSIBILITAR DIREITO À DUPLA CIDADANIA

AMANDA TORTELLI BAVARESCO
Acadêmica do 2º ano da Faculdade de Direito de Curitiba

Recentemente, a 4ª Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA garantiu a descendentes de italianos a correção na grafia do sobrenome em seus registros de nascimento e casamento para que possam pleitear dupla cidadania.

Já havia sido concedido à família o direito da retificação tanto em primeira quanto em segunda instância. Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso ao STJ argumentando que a modificação do nome patronímico poderia causar desagregação nas anotações registrais brasileiras e, principalmente, que haveria necessidade da presença

em juízo de todos os interessados – herdeiros – para a retificação do nome de família. Por unanimidade de votos, negou-se provimento do *Recurso Especial* nº 1.138.103/PR.

O Ministro Relator LUIS FELIPE SALOMÃO expôs que vige no Direito a regra da “inalterabilidade relativa” do nome civil, a qual merece modificação excepcionalmente em casos previstos em lei ou por meio de decisão judicial quando há motivo justo, consoante art. 57 da Lei de Registros Públicos. Pelo entendimento do Ministro, possibilitar a concretização do

direito à dupla cidadania, garantido no art. 12, § 4º, II, “a”, da Constituição da República, representa *motivo justo*. Do voto do relator também se extrai a desnecessidade da presença em juízo de todos os integrantes da família, já que os efeitos da decisão limitam-se aos requerentes.

O direito ao nome é uma expressão concreta do princípio da dignidade da pessoa humana. Diante disso, a decisão do STJ, ao permitir a correção do nome patronímico, representou a garantia de manter a fidelidade à própria identidade dos ancestrais italianos.

RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR POR CONTEÚDO DISPONIBILIZADO NA INTERNET

BÁRBARA L. WOLSKI CORRÊA
Acadêmica do 4º ano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Em recente decisão, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA negou provimento ao *Recurso Especial* interposto em face da decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO que isentou o Google do pagamento de indenização por danos morais em decorrência de conteúdos disponibilizados em sites de relacionamento.

A Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI sustentou que a responsabilidade do provedor deve ficar restrita à natureza da atividade por ele desenvolvida, não podendo ser considerado defeituoso o site que não filtra o material nele inserido. A

verificação antecipada das informações disponibilizadas na *internet* eliminaria um de seus maiores atrativos, que é a transmissão de dados em tempo real.

Todavia, embora não exista responsabilidade objetiva quanto à fiscalização, assim que o provedor tiver conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no *site* **deverá removê-los imediatamente**, sob pena de responder pelos danos respectivos. Outrossim, deverá adotar providências que possibilitem a individualização do usuário do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por

culpa *in omittendo*.

Neste sentido, o Projeto de Lei nº 4.906/01, do Senado Federal, reconhece a incidência do CDC no comércio eletrônico e isenta os provedores da responsabilidade pelo conteúdo das informações transmitidas, desobrigando-os de fiscalizar mensagens de terceiros. Entretanto, responsabiliza civil e criminalmente o provedor de serviço que, tendo conhecimento inequívoco da prática de crime em arquivo eletrônico por ele armazenado, deixa de promover a imediata suspensão ou interrupção de seu acesso.

SUPOSIÇÃO DE AMEAÇA A TESTEMUNHAS NÃO JUSTIFICA PRISÃO CAUTELAR

BARBARA SAYURI POFFO TANIGUTI
Acadêmica do 3º ano da Faculdade de
Direito de Curitiba

A 6ª Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA concedeu *Habeas Corpus* para um acusado de homicídio, decidindo inadequada a prisão cautelar, a qual foi decretada e mantida pelas instâncias inferiores sob o argumento de que as testemunhas poderiam se sentir ameaçadas se o acusado estivesse em liberdade. Para a relatora, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, não havia provas concretas para a manutenção da prisão preventiva, sendo esta fixada apenas com base em gravidade abstrata e suposições, entendendo que, se a regra é a liberdade, é necessário que se fundamente com argumentos concretos a sua privação.

Em se tratando da restrição de um direito fundamental, é mister que se respeite o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, sendo incompatível a determinação de atos contrários a esta máxima sem que haja real necessidade e justificativa.

Nas palavras da Ministra: “A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a esmerada prestação jurisdicional, ou seja, quando presente, mercê de elementos concretos, alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal, não se sustentando por meras suposições, referências aos termos legais e nem pela fuga do réu que, por si só, não justifica o encarceramento antecipado”. (STJ, *Habeas Corpus* nº 100565).

A EXPOSIÇÃO MIDIÁTICA DE INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

BRUNO CORREIA
Acadêmico do 5º ano da Faculdade de Direito de Curitiba

Tornou-se bastante comum, de alguns anos para cá, a exploração, pela imprensa, de fatos objeto de investigações criminais ainda prematuras. Respeitada a liberdade de imprensa e o interesse público da informação, notícias parciais a respeito de crimes sob apuração podem gerar danos irreparáveis aos suspeitos.

Por conta do interesse social em determinados casos, a mídia encontra nas ocorrências policiais a pauta diária para divulgar manchetes. Informações vazadas por servidores públicos, por particulares comprometidos com determinadas versões dos fatos, entrevistas cedidas por autoridades e outras circunstâncias podem enquadrar um *suposto* autor do crime como o *culpado*, antes mesmo da

produção de provas pela defesa.

A publicidade excessiva, além de expor o rumo das investigações – e, com isso, prejudicá-las – fomenta um ilegal prejulgamento do investigado pela opinião pública, que exigirá a imediata repressão e a futura condenação de um cidadão que, ao final do processo, poderá ser considerado **inocente**.

O panorama tende a mudar com a possível aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, que cuida da reforma do Código de Processo Penal e exige diligências da autoridade policial a fim de que o investigado, vítima e testemunhas não sejam submetidos à exposição dos meios de comunicação, assim como prevê o sigilo necessário à preservação da intimidade e vida privada (art. 10).

O PLS 93/2011 E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

CAROLINA GOSLAR
Acadêmica do 3º ano da Universidade Positivo

Com o intuito de criar um banco de dados genéticos para identificação de autores de crimes graves, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal aprovou, em 14/09/2011, o Projeto de Lei nº 93/2011, de autoria do Senador CIRO NOGUEIRA. O projeto prevê alterações na Lei nº 12.037/09, incluindo nova redação ao art. 5º, que, atualmente, dispõe sobre a identificação criminal por meio de processo datiloscópico e fotográfico. Referida lei passaria a prever a coleta do perfil genético de condenados e investigados como forma de identificação criminal.

Outra alteração determinará que os condenados sejam submetidos à

extração de DNA para um banco de dados sigiloso, que poderá ser acessado pela polícia mediante autorização judicial. Mas, armazenar material genético de um simples *suspeito* não afrontaria a *presunção de inocência*? Como obrigar um indivíduo constitucionalmente considerado *inocente* a submeter-se a essa grave forma de intervenção pública?

O Projeto ainda depende de aprovação da Câmara dos Deputados. Até o fechamento desta edição, a posição é a de que o PLS foi remetido à Câmara em 04/10/11, a qual poderá aprová-lo ou arquivá-lo. Se aprovado, dependerá, ainda, de sanção da Presidente da República.

O AVANÇO BRASILEIRO NA POLÍTICA DE COMBATE AOS CARTÉIS

FELIPE BRAZ GUILHERME

Acadêmico do 3º ano da Universidade Positivo

Desde o advento da Lei nº 8.884 de 1994, que regula as infrações contra a ordem econômica, o SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC), competente para a promoção de uma economia competitiva, vem ganhando força na repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil.

Isso é devido ao fortalecimento dos aparatos legais de investigação e persecução das práticas anticoncorrenciais. É o caso da introdução da política de leniência, que confere ao autor de ilícitos contra a concorrência a prerrogativa de colaborar nas investigações do processo administrativo, apresentando provas

inéditas e relevantes para a solução do caso; em contrapartida, o agente se beneficia com a redução da penalidade imposta pelo CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE.

Durante a Conferência Anual do “*National Institute on White Collar Crime*”, realizada em fevereiro de 2010, o Vice-Procurador-Geral Adjunto de Execução Penal da Divisão Antitruste dos Estados Unidos, SCOTT D. HAMMOND, destacou os avanços do Brasil na política de combate aos cartéis. Foi apontada a evolução da execução penal antitruste que, nas últimas duas décadas, desconstituiu grandes cartéis no Estado brasileiro.

Por fim, HAMMOND ressaltou enfaticamente o trabalho conjunto do SBDC com o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, que conferiu maior seriedade nas investigações de crimes contra a ordem econômica, tendo o combate aos cartéis como uma prioridade.



ANULAÇÃO DE PATERNIDADE RECONHECIDA VOLUNTARIAMENTE EXIGE PROVA DO VÍCIO DE CONSENTIMENTO

LUIZ FERNANDO DE SOUZA HIGA

Acadêmico do 4º ano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Anular o registro de nascimento, por meio de ação negatória de paternidade, só é possível quando há prova clara e incontestável de vício de consentimento, como coação irresistível, dolo ou indução em erro.

Em recente julgado, a 3ª Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*Recurso Especial* nº 1098036/GO, julgado em 23/08/2011), em voto do Relator Ministro SIDNEI BENETI, acompanhado de forma unânime, sob esse fundamento, negou provimento ao recurso de um pai que pretendia anular o registro do filho por ele assumido previamente.

Em 1999, pai e filho se submeteram a exame de DNA, o qual confirmou não haver vínculo biológico entre eles. O pai

só entrou com a ação anulatória quatro anos depois.

Ao pedir a anulação, declarou o autor que sempre soube que não era o pai biológico da criança, mas mesmo assim concordou em registrá-la como sua por pressão de seus próprios pais.

Seguindo a decisão de primeiro grau (2008/0239670-2), o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS negou provimento ao recurso de apelação, considerando que a paternidade foi reconhecida voluntariamente no passado e que não havia no processo prova suficiente da alegada coação psicológica.

No julgamento do *Recurso Especial*, que manteve a decisão do Tribunal *a quo*, o Mi-

nistro SIDNEI BENETI afirmou que o exame de DNA realmente afastou a paternidade biológica, porém não ficou demonstrado que o registro foi feito sob coação.

Ainda segundo o Relator, citando precedentes da Corte, quando alguém que não é pai biológico registra voluntariamente uma criança como sua, esse registro até pode ser anulado no futuro, desde que haja prova convincente de que a pessoa foi induzida em erro ou coagida a reconhecer a paternidade.

Sem essa prova, não há como desfazer um ato realizado de vontade própria, em que a pessoa, mesmo sabendo não haver vínculo biológico com o menor, aceitou reconhecê-lo como filho.

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL

KHALIL VIEIRA PROENÇA AQUIM

Acadêmico do 5º ano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Diferentemente do que se vê nas outras áreas do Direito, na esfera criminal não há de se falar em confronto do *interesse público* com o *privado*. O interesse é um só: a apuração da verdade real dos fatos para, se culpado o réu, a justa aplicação da pena.

Assim, incoerente dizer que na fase da pronúncia, no rito do júri, a dúvida deveria levar o réu a julgamento popular, pelo princípio jurisprudencial *in dubio pro societate*. Tal brocardo não é coerente com a máxima constitucional *in dubio pro reo*, como já vê

o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ (EICG nº 445954-3/01), devendo a dúvida verter sempre em favor do acusado.

Em outro enfoque, nota-se também a suposta contradição entre o *interesse particular* e o *público* nos casos em que há grande exposição dos fatos pela mídia. Considerando a supremacia das garantias individuais sobre a busca de repressão de suposto fato criminoso, anulações de provas e operações inteiras por vezes geram errônea *sensação de impunidade*.

Sensação indevida, por certo, visto

que não é de interesse coletivo a punição de um indivíduo de modo arbitrário. As garantias não são apenas do réu, mas de todos os cidadãos. A subversão dos valores gera nas massas o desejo de *vingança*, este sim um desejo individual, não coletivo, que é o de *justiça*.

Salutar se faz, então, a lição de VICTOR HUGO (1802-1885), de que *“a sociedade está entre o indivíduo e Deus. O castigo está acima dela, a vingança abaixo. Não deve ‘punir para vingar-se’, deve-se corrigir para melhorar”*.

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

FILIPPE LIMA VIDINICH

Acadêmico do 4º ano da Faculdade de Direito de Curitiba

No âmbito da Administração Pública, como reflexo de um dos fundamentos do próprio Estado, de gerir e organizar as relações sociais, o interesse coletivo deve, em regra, sobrepor-se ao particular. Tal supremacia figura, assim, como princípio geral do Direito, impedindo o administrador de atender a interesses próprios ou de um grupo determinado em detrimento de ações que atingiriam a sociedade como um todo.

Neste sentido, recente julgado do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RMS nº 28.552/MA) sedimentou entendimento segundo o qual, havendo dúvida sobre a idoneidade de contrato firmado entre particular e a Administração Pública, este poderia ser rescindido unilateralmente. O fundamento seria o vício – ainda que não comprovado cabalmente – que afrontaria o interesse público.

A prevalência do princípio, porém,

não é exclusiva e absoluta. Há situações, como no pagamento de indenização por desapropriação de imóvel, em que aparentemente interesse individual se reflete, em verdade, na expressão de *justiça*, que é do interesse coletivo.

Nas palavras de BARTOLOMÉ FIORINI, *“a realidade mostra interesses públicos de distintos graus de acentuação e âmbitos de execução”*. Compete, assim, ao julgador, apreciá-los de acordo com cada caso concreto.

DEFICIÊNCIA FÍSICA NÃO IMPEDE POSSE DE APROVADO EM CARGO PÚBLICO

KELLEN MARIA CORREIA LOUREIRO
Acadêmica do 2º ano da Faculdade de Direito de Curitiba

Recentemente, instaurou-se polêmica sobre a possibilidade de candidato com deficiência na fala ser excluído em exame admissional de saúde para a vaga de médico do trabalho. O entendimento da 5ª Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, expresso no voto do Ministro JORGE MUSSI no Recurso Especial nº 1.179.987, é de que a incompatibilidade entre a deficiência apresentada pelo candidato e as atribuições do cargo a serem desenvolvidos deve ser avaliada durante o estágio probatório e não na fase preliminar. A decisão garante ao aprovado a continuidade no processo seletivo.

A Lei nº 7.853/89 estabelece regras gerais sobre o apoio e a integração social

das pessoas portadoras de deficiência, por meio de ações afirmativas. A norma foi regulamentada pelo Decreto nº 3.298/99, que estabelece a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Tal decreto dispõe que o exame acerca da compatibilidade no desempenho das atribuições do cargo deve ser realizado por equipe multiprofissional, durante o estágio probatório.

Pode-se assim avaliar, neste período, a aptidão do candidato ao exercício do cargo, pois cumpre à Administração Pública observar características como a qualidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade do futuro servidor.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

THUAN FELIPE GRITZ DOS SANTOS
Acadêmico do 3º ano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Em linhas gerais, o *Princípio da Insignificância* ou da Bagatela retira do sistema penal o que não possui relevância, inadmitindo que algo de irrisório valor seja tutelado, corroborando o princípio que prevê a mínima intervenção penal.

No tocante aos crimes praticados contra a *Administração Pública*, a aplicação deste princípio enseja divergências perante as cortes superiores. Em recente decisão, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*Habeas Corpus* nº 147542/GO) manteve seu posicionamento desfavorável à sua aplicação. No caso, o funcionário público foi acusado de apropriar-se de pacotes de cigarros avaliados em **R\$27,35** - mesmo sendo ínfimo o valor, a corte manteve a condenação, sem levar em conta a ausência de prejuízo ao erário, devendo-se resguardar, acima de

tudo, a "Moral da Administração Pública".

Em contrapartida, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (*Habeas Corpus* nº 107370/SP) decidiu ser possível a aplicação deste princípio. Segundo o Ministro Relator GILMAR MENDES: "*Não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado Polícia e do Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R\$ 130,00*".

Em suma, o STJ atribui demasiado valor à "Moral da Administração Pública", enquanto o STF entende que os bons antecedentes do réu, o pequeno desvalor de sua conduta e a inexpressiva lesão jurídica causada tornam aplicável, mesmo em crimes contra a administração pública, o *Princípio da Insignificância*.

PRODUTOS DEFEITUOSOS E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

VICTOR SANGIULIANO SANTOS LEAL
Acadêmico do 3º Ano da Faculdade de Direito de Curitiba

O Código de Defesa do Consumidor prevê a obrigação do fornecedor de substituir partes do produto que apresentem vícios.

Não resolvido o problema no prazo de 30 dias o *consumidor*, com fundamento no art. 18, § 1º, do CDC, poderá optar, a sua escolha, pela substituição do produto, pela devolução do valor pago ou pelo abatimento proporcional do preço.

Para tanto, é necessário demonstrar que o vício torne o produto impróprio para consumo ou lhe diminua o valor. Deve-se, ainda, comprovar que o problema foi apresentado ao fornecedor e não foi solucionado dentro do prazo legal.

Importa destacar que o *consumidor* deve observar o prazo decadencial de 90 dias para buscar seus direitos. Ocorre que, segundo entendimento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (*Recurso Especial* nº 547.794/PR), esse prazo é computado apenas após o término da garantia contratual.

Quando a situação excede o mero dissabor cotidiano, o *consumidor* pode, sem prejuízo das medidas mencionadas, pleitear indenização por danos morais. Em precedentes da Corte Superior, encontramos exemplos de tais excessos como: a demora injustificada no conserto de automóvel (*Recurso Especial* nº 257.036/RJ), o automóvel zero-quilômetro que apresenta, em seus primeiros meses de uso, diversos defeitos (*Recurso Especial* nº 286.202/RJ) e o defeito que coloca em risco a vida dos ocupantes do veículo e dos demais motoristas, como é o caso de falha no sistema de freios (*Recurso Especial* nº 324.629/MG).

Expediente

Boletim Trimestral do Escritório Professor René Dotti

Rua Marechal Deodoro, 497 | 13º andar
CEP 80020 320 | Curitiba - PR
Tel. 41 3306 8000 | Fax 41 3306 8008
www.dotti.adv.br | escritorio@dotti.adv.br

Outubro / Novembro / Dezembro / 2011
Ano 6 | Número 14

Tiragem: 1.500 exemplares
Foto da capa: Henrique Borges
Impressão e acabamento: Maxi Gráfica

Projeto gráfico e diagramação:
IEME Comunicação | www.iemecomunicacao.com.br

Jornalista Responsável: Taís Mainardes DRT-PR 6380

Publicação periódica de caráter informativo com circulação dirigida e gratuita.

2011. Direitos autorais reservados para Dotti & Advogados Associados.