



BO

LE

PGE-SP

VOLUME 47 | NÚMERO 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2023

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

ISSN 2966-1862



BO

PGE-SP

**VOLUME 47 | NÚMERO 3
SETEMBRO/DEZEMBRO 2023**

LE

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

EXPEDIENTE

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Inês Maria dos Santos Coimbra

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO ADJUNTO

Caio Cezar Guzzardi da Silva

PROCURADOR DO ESTADO CHEFE DE GABINETE

Eric Ronald Januário

SUBPROCURADORA-GERAL DA CONSULTORIA GERAL

Alessandra Obara Soares da Silva

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA ÁREA DO CONTENCIOSO GERAL

Bruno Lopes Megna

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA ÁREA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-FISCAL

Danilo Barth Pires

CORREGEDOR-GERAL

Anselmo Prieto Alvarez

Fábio Tribold Gastaldo

(a partir de 11/10/2023)

OUVIDORIA

Regina Maria Sartori

CONSELHO DA PGE

Inês Maria dos Santos Coimbra (Presidente)

Anselmo Prieto Alvarez, Fábio Tribold

Gastaldo (a partir de 11/10/2023)

Bruno Lopes Megna, Danilo Barth Pires,

Alessandra Obara Soares da Silva,

Lucas Pessôa Moreira, Gustavo Campos Abreu,

Luísa de Oliveira Drummond,

Ana Paula Vendramini, Rafael Modesto Rigato,

Milena Carla A. P. Rosa, Diego Brito Cardoso,

Raquel Cristina Marques Tobias,

André Domingues Figaro, Paulo Henrique

Godoy, Pablo Francisco dos Santos,

Rafael Politi Esposito Gomes,

Jéssica Lorencette Godoy, João Guilherme

Simões Herrera, Rafael Barroso de Andrade,

Wesley de Castro Dourado Cordeiro,

Eduardo Luiz de Oliveira Filho.

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADOR DO ESTADO CHEFE

Cintia Byczkowski

ASSESSORIA

Valter Farid Antonio Junior

Fernanda Lopes dos Santos

COMISSÃO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Cintia Byczkowski

SECRETÁRIO EXECUTIVO

Valter Farid Antonio Junior

MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL

Adriana Masiero Rezende,

Alexandre Ferrari Vidotti, Guilherme

Malaguti Spina, Lucas Soares de Oliveira,

Luciano Alves Rossato, Paulo Alves Netto de

Araújo, Rafael Issa Obeid, Patrícia Helena

Massa, Sueine Patrícia Cunha de Souza.

REDAÇÃO E CORRESPONDÊNCIA

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos

da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo,

Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 –

São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7005.

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

PROJETO E PRODUÇÃO GRÁFICA

Procurador(a) do Estado responsável:

Fernanda Lopes dos Santos

Equipe: Juliana Aguilera do Nascimento Silva
Guedes, Andreluci de Oliveira B. Figueiredo e
Maisa Maciel Rodrigues

Créditos: Dandara Colins Carvalho Dias (posts do
Instagram – Principais Notícias) e Fernanda Lopes
dos Santos (posts do Instagram – Cursos e Eventos
do Centro de Estudos e ESPGE)

PROJETO GRÁFICO:

Tikinet Edição Ltda.

Rua Santanésia, 528, 1º andar - Vila Pirajussara

CEP 05580-050 – São Paulo – SP - Brasil

(11) 2361-1808 / 2361-1809

comercial@tikinet.com.br

Revisão de Texto e Editoração:

Piero Younan Kanaan | Tikinet

Diagramação: Isac Santos | Tikinet

TIRAGEM: BOLETIM ELETRÔNICO

As colaborações poderão ser encaminhadas
diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro
de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças
processuais somente serão publicados com a
aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões
neles contidas são de exclusiva responsabilidade
dos respectivos autores, não vinculando a
Administração Pública.

SUMÁRIO

• Apresentação	09
• Cursos e Eventos	10
• Principais notícias	23
• Artigo	26
As presunções no processo civil: aspectos teóricos e práticos	27
Citação por meio do aplicativo WhatsApp e suas implicações	56
• Ementário da Procuradoria Administrativa	78
• Ementário da Procuradoria para Assuntos Tributários	83

APRESENTAÇÃO

O presente boletim traz as principais notícias divulgadas nas redes sociais da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP) e do Centro de Estudos da PGE-SP (CEPGE), e conta com a brilhante participação de dois colegas estudiosos do direito processual civil.

O primeiro artigo, de autoria do procurador do estado Caio Leão Câmara Felga, ilustra o uso das presunções no processo civil. O texto aponta não apenas para a tradicional diferença entre as presunções judiciais e legais (estas últimas divididas em relativas e absolutas), com apresentação de conceitos e exemplos; como também busca distinguir a presunção judicial das regras de experiência e a presunção legal absoluta da ficção jurídica. O necessário balizamento no uso das presunções é fator decisivo para observância do princípio da livre persuasão racional do julgador (art. 371 do Código de Processo Civil (CPC)).

O segundo artigo, de autoria do procurador do estado Norberto Oya, traz interessante reflexão a respeito do uso do aplicativo WhatsApp para citação em processos judiciais, partindo de decisão negativa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), apontando para a necessidade do uso da tecnologia, porém com indispensável e específico regramento que garanta a observância do contraditório e da ampla defesa.

No mais, este boletim conta novamente com a colaboração da Procuradoria Administrativa (PA) e da Procuradoria de Assuntos Tributários (PAT), mantendo os leitores informados sobre os valiosos pareceres, a partir dos ementários ora publicados.

Boa leitura!

FERNANDA LOPES DOS SANTOS

Procuradora do Estado

Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

CURSOS E EVENTOS



ce_pge_sp Com uma delegação de 21 Procuradores, a PGE/SP participa do 1º Seminário do FONACON (Fórum Nacional das Procuradorias Consultivas das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal) em Vitória/ES, de 13 a 15 de setembro. Na cerimônia de abertura esteve presente o Governador do Estado do Espírito Santo, Renato Casagrande. A conferência inaugural foi ministrada por Gustavo Binenbojm (PGE/RJ). O evento, que tem como tema central: "Lei n. 14.133/21: Desafios e oportunidades sob a perspectiva da Advocacia Pública a nova Lei de Licitações", teve no segundo dia painéis com exposições da Procuradora-Geral do Estado de São Paulo, Dra. Inês Coimbra, Dra. Luciana Augusta Sanchez (AJG-PGE/SP), Dra. Alessandra Obara (Suprocuradora-Geral da Consultoria Geral, PGE/SP) e Dra. Patrícia Ulson Pizarro Werner (CJ/TCE-PGE/SP).



ce_pge_sp Em 15/09, a Procuradora Chefe do Centro de Estudos da PGE-SP, Cintia Byczkowski, participou da reunião do FONACE (Fórum Nacional dos Centros de Estudos e Escolas das PGEs e PGDF) em Vitória/ES. Após a reunião, os procuradores Chefes dos Centros de Estudos realizaram uma visita técnica na Escola da PGE-ES para conhecer o Programa de Residentes Jurídicos, e na ocasião participaram de uma palestra ministrada pelo Procurador do Estado de Alagoas e atual Presidente do FONACE, Luis do Vale, sobre "Direito da Inteligência Artificial: dilemas e expectativas".



ce_pge_sp Na última terça-feira (13), ocorreu a primeira reunião de alinhamento estratégico da equipe do Centro de Estudos da PGE/SP, coordenada pelos procuradores Dra. Cintia Byczkowski, Dr. Valter Farid e Dra. Fernanda Lopes. O encontro contribuiu para o aprimoramento das atividades do setor e foi uma oportunidade de fomentar a cooperação e o bem-estar dos servidores. Os temas abordados foram significativos na identificação das melhores soluções rumo ao desenvolvimento assertivo e qualificado do departamento.



ce_pge_sp Na manhã desta quinta-feira (28), recebemos a visita do Procurador-Chefe do Centro de Estudos e Informações Jurídicas da PGE/ES, Dr. Rodrigo Francisco de Paula. Na ocasião, estavam presentes a Procuradora-Chefe do Centro de Estudos da PGE/SP, Dra. Cintia Byczkowski (à esquerda), e a Dra. Fernanda Lopes dos Santos (à direita).



ce_pge_sp Na manhã da última segunda-feira recebemos a visita do Procurador do Município de Aracaju, Dr. Paulo De Tarso Sampaio, que veio buscar inspiração e ideias para consolidação do Núcleo de Estudos da PGM/AJU. Presentes a Procuradora-Chefe do Centro de Estudos da PGE, Dra. Cintia Byczkowsky e os Procuradores Valter Farid Antonio Junior e Fernanda Lopes dos Santos #pgesp #pgmaju #direito #estudosjuridicos #estadosp



ce_pge_sp Registros do 2º encontro de servidores da PGE/SP que aconteceu entre os dias 23 a 25 de novembro. Foi um momento enriquecedor, repleto em novos conhecimentos e uma excelente oportunidade para reforçarmos o intercâmbio de ideias. Todos desfrutaram de um local seguro, de paz e tranquilidade, renovando as boas perspectivas de um trabalho próspero e valoroso.



ce_pge_sp Ainda sobre o 2º Encontro dos Servidores, o evento contou com a apresentação do grupo @osmentalistas, palestras dos procuradores do estado Cintia Byczkowski, Renata Pugliesi, Lenita Pinho e Rafael de Fassio e dos servidores Lais Rocha, Alexandre Gianechini, Thais Barbosa, Thiago Blumer e Maria Deusilene Teixeira, bem como dinâmica facilitada pela Cais Consultoria.



ce_pge_sp A Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos/ Escola Superior da PGE-SP comunica que estão abertas as inscrições para o 2º Congresso Paulista de Direito Administrativo, que será realizado nos dias 07 e 08/12/2023, no auditório do Centro de Estudos da PGE/SP (Rua Pamplona, 227, 3º andar). As inscrições deverão ser realizadas por meio do link abaixo, no qual também consta a programação completa: <https://www.sympla.com.br/evento/2-congresso-paulista-de-direito-administrativo/2218032>

O evento também será transmitido via streaming, com link que será oportunamente oferecido aos participantes.

REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA, ECONOMIA DIGITAL E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: NOVOS DESAFIOS PARA O DIREITO

Palestrante:

Ministro Luís Roberto Barroso

Presidente do Supremo Tribunal Federal



AUDITÓRIO DO CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA
DO ESTADO DE SÃO PAULO
Rua Pamplona, 227 - 3º andar

15/12 - 15H



ce_pge_sp SAVE THE DATE!

O Centro de Estudos da PGE/SP comunica que, no dia 15/12/23, 15h, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Luís Roberto Barroso, ministrará palestra, no auditório do CEPGE, sobre o tema "Revolução tecnológica, economia digital e inteligência artificial: novos desafios para o Direito".

As inscrições para 90 vagas presenciais e 200 via streaming, destinadas a Procuradores do Estado, começarão no dia 04/12/2023, via site da ESPGE.

[#direitodigital](#) [#inteligenciaartificial](#) [#STF](#)



MESA DE DEBATES

“O marco legal do saneamento básico na prática: desafios da universalização e nova regionalização”

PARTICIPANTES

- CAIO CESAR ALVES FERREIRA RAMOS**
PROCURADOR DO ESTADO
- CAMILA ROCHA CUNHA VIANA**
PROCURADORA DO ESTADO
- CLAUDIA POLTO DA CUNHA**
PROCURADORA DO ESTADO
- FLÁVIA DELLA COLETTA DEPINÉ**
PROCURADORA DO ESTADO
- MATHEUS ALVES NASCIMENTO**
PROCURADOR DO ESTADO
- VERA CRISTINA CASPARI MONTEIRO**
ADVOGADA E PROFESSORA DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA FGV DIREITO SP E DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. DOUTORA PELA USP E MESTRE PELA PUC/SP. SÓCIA DE SUNDFELD ADVOGADOS.

19 de dezembro de 2023, das 14h30 às 16h30

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp A Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos - Escola Superior da PGE COMUNICA aos Procuradores do Estado que estão abertas inscrições para participar da mesa de debates “O marco legal do saneamento básico na prática: desafios da universalização e nova regionalização”, a ser realizado exclusivamente via plataforma Microsoft-Teams. As inscrições deverão ser realizadas por meio do link abaixo, no qual também consta a programação completa:
https://www.pge.sp.gov.br/ESPEGE_2016/Restrito/Aluno/PopUp/ComunicadoCursoESPEGE.aspx?p1=MjUy&p2=NjAx&p3=1

#direito #pgesp #cepgesp #procuradores #mesadedebates #saneamentobasico



ce_pge_sp Nos dias 7 e 8 de dezembro, o Centro de Estudos e Escola Superior da PGE/SP, em parceria com a Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP, promoveu o 2º Congresso Paulista de Direito Administrativo. Foram 9 painéis sobre temas atuais da área (inovação, nova lei de licitações, concessões, direito regulatório, propriedade imaterial da Administração pública, consensualidade e combate à corrupção, controle pelos tribunais de contas e processo administrativo), que contaram com a participação de juristas de destacada atuação profissional e acadêmica.

O evento contou, ainda, com mesa de abertura prestigiada pelas seguintes autoridades: Inês Coimbra, Procuradora Geral do Estado; Vanderley Federighi, Desembargador Presidente da Seção de Direito Público do TJSP; Leonardo Sica, Vice Presidente da OAB/SP; Wallace Martins, Subprocurador Geral de Justiça; Alfredo Attí Junior, Presidente da Academia Paulista de Direito; Gilmar Pereira Miranda, representante da PGM/SP e Vitor Covolato, presidente da comissão organizadora do Congresso.

[#pgesp](#) [#cepgesp](#) [#oabsp](#) [#direitoadministrativo](#) [#inovacao](#)
[#direitosanitario](#) [#direitodamoda](#) [#procuradores](#)



ce_pge_sp Ontem (12), no CEPGE/SP, ocorreu a inauguração do projeto Autor Gravando, um bate-papo com a presença do Prof. Dr. Alaôr Café Alves sobre o seu livro "Estado e Ideologia: Aparência e Realidade". O diálogo foi conduzido pela Dra. Julia Cara Giovannetti.

#pgesp #cepgesp #autorgravando #estado #ideologia #direito
#procuradores



ce_pge_sp Na última sexta-feira (15), o CEPGE/SP teve a honra de receber o Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Luís Roberto Barroso, que proferiu palestra intitulada "Revolução Tecnológica, Economia Digital e Inteligência Artificial: Novos Desafios para o Direito". Após a palestra, ocorreu a cerimônia de entrega do Prêmio PGE 2022 ao Procurador do Estado Mateus Camilo Ribeiro da Silveira.

Créditos das imagens: [@pgespoficial](#) e [@ce_pge_sp](#)

[#pgesp](#) [#cepgesp](#) [#ministrobarroso](#) [#revolucaotecnologica](#)
[#premio](#) [#procuradores](#) [#direito](#)

PRINCIPAIS NOTÍCIAS



pgespficial A procuradora geral do Estado, Inês Maria dos Santos Coimbra, palestrou no Curso Superior de Polícia Integrado – CSPI/2023, realizado pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, nesta terça-feira (12). O evento foi realizado na Academia de Polícia (Acadepol) e é destinado a delegados de Polícia e oficiais da Polícia Militar.



pgespoficial  Conheça a experiência da Maria Eduarda Uchiyama, residente jurídica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

O prazo das inscrições para o Programa de Residência Jurídica termina amanhã (26).

Vem pra PGE/SP!



pgespoficial Nesta terça-feira (26), a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP) e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) assinaram um acordo de cooperação técnica. O aplicativo “Dívida Aberta” da PGFN passará a disponibilizar os débitos inscritos em dívida ativa estadual pendentes de regularização. Essa atuação integrada entre as administrações tributárias da União e dos Estados tem previsão na Constituição Federal.



ARTIGO

**AS PRESUNÇÕES NO PROCESSO CIVIL:
ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS**

AS PRESUNÇÕES NO PROCESSO CIVIL: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS

Caio Leão Câmara Felga¹

RESUMO

Este artigo pretende organizar o entendimento em torno das presunções no processo civil; estabelecendo, por meio de uma perspectiva analítica, os fundamentos, as classificações e as definições para, em seguida, extrair repercussões jurídicas práticas em conformidade com o Código de Processo Civil 2015.

Palavras-chave: Presunções. Presunções Legais. Presunções Relativas. Presunções Absolutas. Presunções Judiciais.

1. INTRODUÇÃO

Parte-se no estudo do pressuposto de que o conhecimento da verdade dos fatos no processo é relativo, na medida em que se relaciona com o contexto em que surge, com o método adotado para apreendê-lo e com a quantidade e a qualidade de informações que se dispõem no processo².

1 Procurador do Estado de São Paulo. Graduado e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

2 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 105.

Por outro lado, reconhecer que o conhecimento da verdade é relativo não impede que os enunciados fáticos trazidos pelas partes ao conhecimento do juiz sejam verificados como verdadeiros ou falsos, uma vez que se trata de descrições pertinentes a algum fato³.

Todavia, ao mesmo tempo em que é relativo, o conhecimento da verdade dos fatos no processo é objetivo, pois independe das condições subjetivas e individuais daquele que aprecia as provas e julga o caso⁴.

Compreendida, assim, que uma verdade absoluta dos fatos não pode ser alcançada pelo processo, e que esse processo lida, em realidade, com enunciados fáticos, os quais poderão ter grau de confirmação diversos, com maior ou menor aproximação da verdade, conclui-se que a verdade não precisa ser alcançada para a prolação de uma sentença, em que pese deva ser buscada na maior medida possível⁵.

Assim, entender que a prova não pode buscar uma verdade absoluta dos fatos, em que pese a verdade deva ser uma preocupação da ciência processual, abre caminho para o uso das presunções no processo, ou seja, de expedientes que consideram um fato como ocorrido, independentemente de sua efetiva comprovação.

Nesse caminhar, as presunções, seja por previsão legal ou por raciocínio judicial, são vitais para que o magistrado possa formar racionalmente sua convicção judicial ou, ainda, superar eventual *non liquet*, com a finalidade de decidir e colocar termo ao conflito jurídico.

Entretanto, em que pese essenciais para o momento decisório, a revisão da doutrina revela certa discordância, em especial no que diz respeito às classificações, às definições e às consequências jurídicas das presunções no âmbito do processo civil. De fato, aponta Raymundo Gama⁶, que o termo presunção, de ma-

3 Nas palavras de Taruffo (*Ibidem*) “[...] o enunciado é verdadeiro ou não: não pode ser ‘mais ou menos’ verdadeiro. O que pode variar, dependendo das circunstâncias, é o grau de confirmação que pode ser atribuído a esse enunciado, com base nos conhecimentos e de acordo com as circunstâncias, pode existir uma maior ou menor aproximação à verdade”.

4 *Ibidem*, p. 105-106.

5 NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 147.

6 GAMA, Raymundo. Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach. In: DEL MAR, Maksymilian; TWINING, William (Org.). *Legal Fictions in Theory and Practice*. London: Springer, 2015, v. 110, p. 355-356.

neira geral, é comumente utilizado para representar diferentes realidades, entre elas: (a) designar um princípio ou máxima legal de argumentação; (b) descrever uma conexão entre dois fatos, no qual se presume a existência de um dos fatos a partir do outro; (c) constituir uma regra de direito material formulada em termos presuntivos; (d) por fim, constituir uma regra que inverte o ônus da prova.

Demais disso, observa-se na doutrina espaço, que pode ser preenchido pelo estudo, entre a teoria das presunções e suas repercussões práticas no processo, notadamente a melhor doutrina a permitir o controle das presunções por ocasião da decisão pelo magistrado.

Nessa perspectiva, este artigo procura contribuir com o tema das presunções no processo civil, buscando seus fundamentos, classificações e definições por meio de uma abordagem analítica do fenômeno, para, em seguida, extrair repercussões práticas em conformidade com o Código de Processo Civil (CPC) de 2015.

2. PRESUNÇÕES E O PROCESSO CIVIL

A presunção no campo do processo civil encontra profunda relação com o problema da verdade no processo. Com efeito, a presunção serve como importante meio para resguardo de determinados valores e para a formação de uma decisão racional, já que a verdade absoluta dos fatos dificilmente pode ser alcançada no processo.

Etimologicamente, presumir (do latim *praesumere*) consiste em tomar uma coisa como certa sem que esteja provada ou conhecida⁷. Em termos jurídicos, entende-se que as presunções são juízos lógicos do legislador ou do juiz em que se considera como certo ou provável um fato ou uma coisa⁸.

Vale esclarecer que o tema das presunções não constitui matéria exclusivamente afeta ao processo civil, tampouco ao tema das provas, em que pese seja feita tal relação com frequência pela doutrina⁹. De fato, exemplificativamente, as presunções são importantes mecanismos no direito constitucional (presunção de constitu-

7 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1981, tomo II, p. 693.

8 *Ibidem*, p. 694.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direitos Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55.

cionalidade das normas) e no direito administrativo (presunção de legitimidade dos atos administrativos).

Nesse caminhar, as presunções tratadas no processo civil modernamente são de duas ordens: as presunções legais e as presunções judiciais. Aquelas primeiras ainda se subdividem em presunções legais relativas e absolutas.

3. TEORIA DAS PRESUNÇÕES JUDICIAIS (SIMPLES OU HOMINIS)

Entre as presunções se encontram, conforme dito, as presunções judiciais (simples ou *hominis*)¹⁰. Com efeito, entende-se neste estudo, na esteira de Barbosa Moreira¹¹, que a presunção judicial constitui juízo lógico feito pelo magistrado sobre a existência de um fato conhecido e um desconhecido que logicamente ou com absoluta certeza pode ser inferido a partir do primeiro¹².

Não constitui, de modo algum, meio de prova, em que pese o art. 212 do Código Civil a arrole como tal. Representa, em verdade, o resultado de um raciocínio silogístico que ocorre na mente do próprio juiz, no qual se parte de um fato conhecido ou provado (fato base) para alcançar um fato presumido¹³.

De maneira geral, as presunções judiciais têm por função guiar o juiz na valoração das provas. Permitem, ainda, que o juiz verifique a verossimilhança das hipóteses fáticas trazidas pelas partes¹⁴. Cuida-se, assim, de instrumento valioso no cotidiano judicial, na medida em que a verdade absoluta dos fatos, como visto, é dificilmente alcançada no processo.

10 Curioso notar que Pontes de Miranda entende que a presunção judicial não poderia ser denominada também de presunção *hominis*. Para o autor, não é só o juiz que presume no processo, mas também as partes e terceiros. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo IV, p. 396.

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 56.

12 Vale registrar que semelhante raciocínio teria surgido na classificação de provas diretas e indiretas propostas por Carnelutti. Com efeito, esclarece o autor que a prova indireta tem lugar naquelas hipóteses em que o juiz conhece fato diferente daquele que se queria provar. Assim, na esteira do autor, a percepção do juiz não seria suficiente para buscar o fato que se quer provar, mas sim há de se integrar com um procedimento lógico de dedução do fato a se provar com a prova do fato conhecido. CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 62.

13 FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 313.

14 ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**, p. 694.

Do até então exposto, fácil perceber que no âmbito das presunções judiciais, o elemento de probabilidade é essencial¹⁵.

Seja lá como for, mais do que um simples raciocínio de um fato conhecido para outro presumido, a análise detida da presunção judicial revela um raciocínio complexo na mente do juiz, segmentado em etapas, no qual os conceitos de indício e regra de experiência assumem importante relevo. Vejamos, então, as etapas e como se relacionam os conceitos.

3.1 Presunção judicial e o fato base

Em um primeiro momento do raciocínio, o juiz, para formar sua convicção, observa que um determinado fato (fato base), uma vez provado com ajuda de qualquer meio de prova, pode permitir o conhecimento de outro fato (fato presumido) por meio de um raciocínio presuntivo¹⁶.

Apresenta Barbosa Moreira o seguinte exemplo: “ficou provado que, na ocasião em que praticara o crime, o réu estava na posse da única arma capaz de produzir a lesão: desse fato, já conhecido, extrai o órgão judicial a ilação de que foi o réu quem desfechou o golpe”¹⁷.

Ou seja, infere-se que o fato base, uma vez provado, é um ponto de partida para o raciocínio presuntivo do juiz, o qual permitirá o conhecimento de outro fato. Constitui, assim, a presunção judicial um ponto de chegada em que o conhecimento de outro fato é adquirido¹⁸.

O raciocínio mental feito pelo juiz nessa hipótese não se confunde com um meio de prova¹⁹, em que pese o Código Civil expressamente eleger a presunção como tal (art. 212)²⁰. Em verdade, a atividade probatória foi realizada antes, relativamente ao fato base, tendo por consequência permitir o estabelecimento da ocorrência de

15 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 312.

16 *Ibidem*.

17 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 57.

18 *Ibidem*, p. 58.

19 *Ibidem*, p. 57.

20 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 11 jan. 2002, página 1, art. 212.

outro fato²¹. Ou seja, o órgão judicial, por meio do raciocínio presuntivo, valora determinada prova para se convencer que outro fato ocorreu²².

O juiz, no entanto, não retira sua conclusão imediatamente da presunção judicial a partir do fato base. É necessário, antes, uma etapa intermediária a partir da qual se realizará verdadeiro raciocínio silogístico para alcançar a presunção judicial.

Nessa etapa intermediária, que constituirá tanto o ponto de chegada em relação ao fato base, como ponto de partida para o fato presumido, o indício ganha relevo.

3.2 Presunção judicial e indícios

O conceito de indício, revela Munoz Sabaté²³, é um dos mais confusos no direito probatório. De fato, há quem entenda que a presunção judicial e os indícios se confundem, como por exemplo na doutrina de Mittermayer²⁴; há também quem entenda que o indício e a presunção são espécies da prova indireta, como por exemplo Malatesta²⁵.

Seja lá como for, adota-se neste texto que o indício e a presunção judicial não se confundem, e tampouco são espécies de prova indireta: antes, em verdade, se complementam em um raciocínio presuntivo.

Com efeito, constitui o indício “o fato conhecido do qual se parte para o desconhecido, ou seja o fato conhecido em que se funda o raciocínio do juiz para chegar ao fato desconhecido”²⁶.

21 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 57.

22 *Ibidem*.

23 SABATÉ, Luis Munoz. *Técnica probatoria – estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Barcelona: Editorial Praxis, 1967, p. 181.

24 MITTERMAYER, Carlos Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal ó exposicion comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en alemania, francia, inglaterra, etc*. Madrid: Imprenta de la revista de legislacion, 1877, p. 360.

25 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2. ed. Lisboa: Livraria Classica Editora De A. M. Teixeira & Ca, 1927, p. 205.

26 MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria das provas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, [s. l.], v. 79, 1984, p. 193.

Já se observa, de plano, que o indício não constitui meio de prova “[...] pois, ainda que tenha o objetivo de demonstrar, de forma indireta (através de raciocínio judicial dedutivo), a afirmação do fato direto, antes deve ser elucidado por prova”²⁷.

Dentro desse esquema lógico, constitui o indício a etapa intermediária entre o fato base e o fato presumido. É, portanto, concomitantemente um ponto de chegada em relação ao fato base provado e um novo ponto de partida para o fato presumido²⁸. Com efeito, explica Barbosa Moreira:

Fica patente que a atividade mental do juiz não tem a mesma natureza das duas etapas do itinerário descrito. A passagem da prova (documental, testemunhal etc.) ao indício faz-se através de operação intelectual de estrutura diversa daquela através da qual se passa do indício à presunção. Na primeira, trata-se de examinar e valorar um *quid* material sensível, em que, por hipótese, se acha representado certo fato, exatamente para alcançar o conhecimento do fato representado. Na segunda, trata-se apenas de efetuar um raciocínio de tipo silogístico: o fato cuja existência se indaga não está representado no indício da mesma forma que este se encontrava representado no documento ou no depoimento da testemunha; mas o indício serve de *premissa lógica* para a afirmação ou a negação) do outro fato²⁹.

Fácil perceber que a segunda etapa, destinada a resultar na presunção judicial e que é realizada a partir da prova do fato base, não seria sequer necessária se este fato base, uma vez provado, fosse em si mesmo suficiente para o julgamento da causa³⁰.

Em conclusão, duas etapas ocorrem na mente do juiz para se alcançar a presunção judicial: uma etapa de conhecimento de um fato por meio de uma prova, que levará ao indício; uma segunda etapa em que o indício constitui premissa lógica dentro de um raciocínio silogístico para se alcançar a conclusão, que é a própria presunção judicial.

Poderia se perguntar, então: considerando que o raciocínio operado pelo juiz na segunda etapa é silogístico e que uma das premissas lógicas é o próprio indício, qual a outra premissa lógica que parte o julgador para alcançar a conclusão? É o que se verá em seguida.

27 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 121.

28 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 59.

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*, p. 58.

3.3 Presunção judicial e regras de experiência

De fato, embora a forma pela qual a presunção judicial se realiza (ou seja, o raciocínio empregado pelo juiz) não tenha previsão expressa no ordenamento, o que faz sentido, já que seria impossível regular o pensamento do juiz³¹, certo é que o ordenamento brasileiro cuidou ao menos de prever a existência da premissa maior no raciocínio silogístico resultante na presunção judicial: a regra de experiência.

O estudo das regras de experiência, que já data mais de um século, iniciou na Alemanha e tinha por objetivo analisar o problema de o juiz invocar, nas razões de decidir, certos conhecimentos que adquiriu fora do processo e que, portanto, colheu não por meio de provas, mas em função de circunstâncias pessoais³².

Em que pese a preocupação possa parecer legítima, tendo em vista a necessidade de se evitar arbitrariedades pelo julgador, observa Barbosa Moreira³³ constituir absurdo exigir que o juiz se desprenda de todas as noções que nutriu ao longo da vida enquanto membro de uma comunidade.

Nessa linha de raciocínio, sublinha Stein que o princípio do livre convencimento motivado (que foi adotado em nosso CPC no art. 371)³⁴ desligou o juiz das ataduras que antes constituíam óbice à aplicação de sua experiência de vida nas decisões judiciais, o que representou avanço para o processo melhor alcançar a verdade dos fatos³⁵.

Com efeito, o ordenamento brasileiro, pautado na livre persuasão racional do juiz (art. 371)³⁶, traz a previsão das regras de experiências, as quais, como veremos, guardam profunda relação com as presunções judiciais. Nesse sentido, as regras de

31 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos – Traducción de Jordi Ferrer Beltrán*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 471.

32 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil : segunda série*, 1988, p. 61.

33 *Ibidem*, p. 62.

34 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, Seção 1, data da publicação: 17 mar. 2015, página 1, art. 371.

35 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999, p. 41.

36 BRASIL. *Op. cit.*, art. 371.

experiência se encontram previstas no art. 375 do CPC³⁷, no art. 5º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis³⁸ e no art. 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)³⁹.

As regras de experiência constituem aquilo que ordinariamente o juiz observa enquanto partícipe da sociedade, com caráter de generalidade e abstração⁴⁰. Ou seja, por meio de um processo indutivo (do particular para uma premissa geral), o juiz, com base no que ordinariamente observa em sua convivência social, cria determinadas regras de experiências das quais fará uso no processo⁴¹.

Do conceito acima, percebe-se que a regra de experiência não se confunde com os fatos notórios. Com efeito, os fatos notórios são aqueles “cuja ciência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem no ambiente sociocultural em que se acha inserido o juiz”⁴² e, por conseguinte, independem de prova (art. 374, I, do CPC)⁴³. Logo, percebe-se a distinção: os fatos notórios, como o próprio nome indica, são fatos, acontecimentos singulares; enquanto as regras de experiência são regras com caráter de generalidade e abstração formadas indutivamente por aquilo que o juiz observa de acontecimentos semelhantes⁴⁴.

Vale salientar que a simples pluralidade de casos em um mesmo sentido não é suficiente para formar uma regra de experiência⁴⁵. A regra de experiência surge

37 Art. 375. “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 376.

38 Art. 5º. “O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”. BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, data da publicação: 27 set. 1995, página 15033, art. 5.

39 Art. 852-D. “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 9 ago. 1943, página 11937, art. 852-D.

40 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: segunda série*, p. 62.

41 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 53.

42 MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 62.

43 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 374, I.

44 *Ibidem*, p. 61-62.

45 STEIN, Friedrich. *Op. cit.*, p. 25.

quando pensamos nesses casos como aplicação de uma regra e a estabelecemos como tal, de modo a se esperar que em casos futuros se observe o mesmo resultado dos casos passados que formaram a regra de experiência⁴⁶.

Da definição apresentada e das distinções feitas, já se observa que as regras de experiência carecem de certeza lógica e constituem na realidade valores aproximados da verdade⁴⁷. Estruturam-se, assim, na probabilidade⁴⁸.

Segue-se a isso que sua vigência depende de que em novos casos observados se demonstre que a regra de experiência formulada e até então aplicada não seja falsa⁴⁹. Logo, a credibilidade da regra de experiência aumenta conforme cresce o número de casos em que a regra é manifestada e validada; do contrário, a credibilidade é reduzida quando outras regras de experiência surgem para excepcioná-la, impossibilitando sua utilização⁵⁰.

Avançando no tema, observa-se que as regras de experiência se dividem em dois tipos: as regras de experiência comum e as regras de experiência técnica. Nesse sentido, as comuns são generalizações que se extraem da sociedade e que se alicerçam em crenças, regras morais, leis naturais ou científicas⁵¹. Por sua vez, as técnicas são aquelas regras que decorrem do próprio pensamento técnico-científico⁵².

Curioso notar que as regras de experiência comum, conforme definição acima utilizada, podem se basear em leis científicas, o que poderia gerar conflito com as próprias regras de experiência técnica. Porém, não há de se confundir: enquanto a regra de experiência técnica se alicerça no pensamento científico, a comum é; na verdade, uma versão popular acerca do pensamento científico⁵³.

46 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 25.

47 *Ibidem*, p. 37.

48 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 76.

49 STEIN, Friedrich. *Op. cit.*, p. 37.

50 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 76-77.

51 *Ibidem*, p. 171.

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

Feita a breve explicação, é fácil perceber que a regra de experiência tem várias finalidades. Tem por finalidade, por exemplo, valorar o conjunto probatório⁵⁴ servir de auxílio para a interpretação de normas jurídicas⁵⁵. Chama a atenção, em razão do objetivo do estudo, a finalidade, em conjunto com os indícios, de formular as presunções judiciais⁵⁶.

À luz disso, no raciocínio silogístico realizado pelo juiz para se alcançar a presunção judicial, a regra de experiência constituirá a premissa lógica maior⁵⁷.

Barbosa Moreira⁵⁸ traz o seguinte exemplo: “em geral, o crime é cometido pela pessoa que possuía a arma adequada; ora, a pessoa que possuía a arma adequada é o réu; logo, o crime deve ter sido cometido pelo réu. De onde tirou o órgão judicial, para assim raciocinar, a premissa maior? Da observação do que ordinariamente acontece”.

Assim, a presunção judicial tem relação tanto com o fenômeno indutivo quanto com o dedutivo: de um lado, forma-se a regra de experiência por meio de indução do que o juiz ordinariamente observa em sua vida; de outro lado, as regras de experiência (premissa maior), em conjunto com os indícios (premissa menor), formam um raciocínio dedutivo que deságua na própria presunção judicial⁵⁹.

Demais disso, percebe-se, conforme elucida Calamandrei⁶⁰, que a sentença é fruto de uma lógica judicial empregada pelo julgador que não se diferencia de questões práticas postas aos humanos que estão fora do processo, com a diferença, no entanto, de que o Estado assume para si o monopólio e a responsabilidade da resolução judicial, de modo que a razão do juiz é uma razão oficial e garantida pelo Estado.

54 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: segunda série*, p. 63.

55 *Ibidem*, p. 64.

56 *Ibidem*, p. 63.

57 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 23.

58 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 68.

59 SABATÉ, Luis Munoz. *Técnica probatoria – estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, p. 187.

60 CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia – conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la universidad nacional autonoma de Mexico*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 32.

Em suma, a regra de experiência (premissa maior) em conjunto com o indício (premissa menor), a partir de um raciocínio silogístico, resultam na presunção judicial. A partir de agora, então, serão discutidas as repercussões práticas.

4. REPERCUSSÕES PRÁTICAS DAS PRESUNÇÕES JUDICIAIS

Conforme visto, a presunção judicial é resultado de um complexo raciocínio ocorrido na mente do juiz: (i) em primeiro lugar, tem-se a descoberta de um fato base, provado por qualquer meio de prova, o qual levará a um indício; (ii) o indício, ponto de chegada relativamente ao fato base, é o ponto de partida para um raciocínio silogístico voltado a criar a presunção judicial. Para conformar esse raciocínio jurídico, o juiz se vale das regras de experiência, criadas indutivamente por aquilo que observa ordinariamente em sua vida, por também ser um membro da comunidade.

Embora, em termos teóricos, o raciocínio operado na mente do juiz possa parecer complexo, visualizar o fenômeno de maneira analítica pode ajudar em termos práticos. É o que se passará a ser feito nos tópicos seguintes.

4.1 Repercussões práticas: fato base ou indício

Em primeiro lugar, para a formação de uma presunção judicial, o fato base, isto é, o fato que uma vez provado dá azo ao indício, deve sempre ser provado⁶¹.

Fácil perceber, nessa linha de raciocínio, não existir óbice sobre a possibilidade de afastar a prova que recai sobre o fato base por meio de outras provas produzidas nos autos, de modo a rechaçar a própria presunção judicial⁶².

Segue-se, para além disso, que o magistrado pode indeferir eventual produção de prova para provar o fato base, se entender que do fato base não resultará qualquer presunção judicial⁶³; afinal, devem ser indeferidas no processo as provas consideradas inúteis ou protelatórias (art. 370, parágrafo único, do CPC)⁶⁴.

61 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, p. 699.

62 *Ibidem*, p. 705.

63 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 161.

64 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 370, § único.

Por fim, tema interessante e polêmico na ciência processual diz respeito à possibilidade de se valer do comportamento das partes no processo como um indício (seja a favor ou contra a parte). Em nosso sentir, na esteira de Munhoz Sabaté⁶⁵, o juiz pode sim se valer do comportamento das partes no processo para formar sua convicção. A ideia, no entanto, não é se valer do indício como punição aos comportamentos das partes, ou mesmo delas exigir uma sinceridade ou bondade que evidentemente jamais existiria no processo⁶⁶. Em realidade, parte-se do raciocínio de que determinadas ações das partes no processo não estão desconectadas das afirmações de fatos que as partes levam à apreciação do juiz⁶⁷. No entanto, não é exatamente a falta de moralidade das partes que leva ao indício ora estudado, mas sim a falta de colaboração específica das partes no processo que normalmente é exigida, como, por exemplo, ser sincero nas afirmações de fato, não impedir a contraprova, consentir com inspeções etc⁶⁸; exigências de colaboração esta, que no caso brasileiro, tem inclusive previsão em uma série de dispositivos normativos, a exemplo do princípio da cooperação (art. 6 do CPC)⁶⁹ e da necessidade de que as partes exponham os fatos de acordo com a verdade (art. 77, I, do CPC)⁷⁰.

4.2 Repercussões práticas: regras de experiência

Diversamente do fato base ou indício, a regra de experiência, a princípio, não precisa ser provada pelas partes⁷¹. Constitui, como visto, uma regra que auxilia o juiz, criada por aquilo que o próprio julgador observa ordinariamente, enquanto indivíduo que convive em comunidade.

Vale afastar desde já a ideia de que a máxima de experiência empregada pelo juiz deve necessariamente ser observada pelo órgão revisor, a não ser que haja

65 SABATÉ, Luis Munoz. Técnica probatoria – estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, p. 389 e ss.

66 *Ibidem*, p. 390.

67 *Ibidem*.

68 *Ibidem*, 391.

69 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 6.

70 *Ibidem*, art. 77, I.

71 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015, p. 126.

prova em sentido contrário⁷². Afinal, o Tribunal, composto por juízes, também se valerá da experiência de vida deles para aplicação do direito⁷³. Até porque, em geral, o Tribunal é composto por juízes mais experientes, de modo que faz pleno sentido valer-se disso para o controle das regras de experiência usadas pelo magistrado que prolatou a sentença.

Sem embargo, o problema prático neste tópico é o de que a regra de experiência eleita para realizar o raciocínio presuntivo, de maneira geral, sequer é enunciada pelo magistrado na decisão⁷⁴. Ou seja, o raciocínio ocorre apenas na mente do juiz, que em geral enuncia na sentença apenas sua conclusão diversamente da presunção legal, que tem sua existência já positivada no ordenamento⁷⁵.

Diante da impossibilidade de se regular a regra de experiência, que se cuida em realidade de raciocínio do juiz; resta, então, a necessidade de se criar critérios para racionalizar sua aplicação. O ponto de partida para um exame racional, nesse caso, é o próprio princípio da livre persuasão racional, insculpido no art. 371 do CPC, no qual se exige motivação racional do magistrado por ocasião do julgamento⁷⁶.

A partir da livre persuasão racional (art. 371 do CPC)⁷⁷, é imprescindível que a regra de experiência seja demonstrada na decisão. Essa é a única maneira de garantir a racionalidade em sua utilização e, ao mesmo tempo, a possibilidade de seu controle pelas partes, evitando-se que o juiz as utilize sem qualquer critério⁷⁸.

Sucede que, sendo uma construção do que ordinariamente é percebido pelo magistrado, a regra de experiência deve ser na decisão também demonstrada no tempo e no espaço. Logo, mais do que enunciar a regra de experiência, deve o julgador demonstrar que a regra de experiência ainda se mantém vigente no momento

72 STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*, p. 128.

73 *Ibidem*.

74 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, p. 699.

75 *Ibidem*.

76 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 174.

77 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 371.

78 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 174.

em que a decisão é prolatada, bem ainda se extrai daquela comunidade em que o fato a ser demonstrado se insere⁷⁹.

De outro giro, notadamente quanto à regra de experiência técnica, o já citado art. 375 do CPC⁸⁰ deixa claro pela possibilidade de seu uso no processo; ressalvado, no entanto, o exame pericial. Quer indicar o dispositivo normativo que a regra de experiência técnica deve ser comum a todos; do contrário, caso seja uma regra de conhecimento exclusiva de uma dada expertise, ainda que o juiz seja conhecedor de tal regra, deve proceder à produção de prova pericial⁸¹.

Sucede ainda ser plenamente possível existir eventual conflito entre as regras de experiência comum e as regras de experiência técnicas. Prevalece, sem embargo, a regra de experiência técnica, pois do contrário haveria uma regra de experiência comum negada pela própria ciência⁸², o que fere a necessidade de que a decisão seja racional, tal como demanda o princípio da livre persuasão racional.

4.3 Repercussões práticas da inferência lógica que resulta na presunção judicial

Por se tratar de raciocínio mental do juiz; e que, portanto, carece de regulamentação do ordenamento, o controle das inferências lógicas entre as premissas e a conclusão não é tarefa fácil no processo.

O ponto de partida para controlar em alguma medida a inferência lógica entre as premissas que resultará na presunção judicial é o princípio da livre persuasão racional (art. 371 do CPC)⁸³, no qual se exige do juiz motivação racional de sua decisão.

Com efeito, parte-se aqui da ideia de que o grau de certeza de uma inferência lógica se alicerça no valor cognoscitivo das premissas adotadas como critério para

79 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 174-175.

80 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 375.

81 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 78.

82 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 176.

83 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 371.

sua formação⁸⁴. Ou seja, “o grau de credibilidade da presunção judicial repousa na convicção da procedência da ilação formulada”⁸⁵.

A partir de tal raciocínio, é possível formular graus racionais de confirmação da inferência lógica que resulta na presunção judicial, os quais podem ser úteis para o controle da decisão judicial:

- a) Em primeiro, há aquelas inferências baseadas em noções de experiência comum que correspondem a leis científicas de caráter universal, ou seja, baseada em uma regra de experiência técnica. A conclusão, nesse caso, tem caráter de certeza dedutiva⁸⁶;
- b) Em outros casos, a inferência é baseada em experiência comum que corresponde a generalizações não universais, ou seja, que importam em alto nível de probabilidade de frequência estatística. A conclusão, nesse caso, será altamente confiável, com caráter de certeza prática⁸⁷;
- c) Outras vezes, a inferência se funda em senso comum que exprime a normalidade de certos acontecimentos. Nesse caso, a inferência não terá caráter dedutivo, produzindo conclusões com grau variado e de confiabilidade não tão alta⁸⁸;
- d) No mais, tem-se aqueles casos em que a inferência se alicerça em pseudoregras, ou seja, regras sem qualquer fundamento em realidade empírica, constituindo, em verdade, preconceitos dos mais variados gêneros. Resultam em conclusões equivocadas e carentes de qualquer grau de confirmação considerável⁸⁹.

Assim, observa-se, a depender do grau de confirmação, que a inferência lógica pode ter caráter de certeza dedutiva ou, ainda, ser uma conclusão plenamente equivocada, fruto de preconceitos, de modo que o uso da presunção judicial deve ser feito de maneira comedida pelo magistrado. Sem embargo, nada impede, quando

84 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos* – Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 242.

85 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 160.

86 TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 242.

87 *Ibidem*.

88 *Ibidem*.

89 *Ibidem*, p. 243.

a conclusão for duvidosa, que a presunção judicial seja utilizada como elemento convergente com outras provas para se obter a comprovação do fato desconhecido⁹⁰.

Do exposto, é fácil perceber ser plenamente possível variados raciocínios presuntivos que podem ser extraídos de um ou mais fatos bases. Se os raciocínios levarem a uma única conclusão, haverá maior grau de confirmação da presunção; se, no entanto, as conclusões forem diferentes, prevalecerá aquela com maior grau de confirmação⁹¹. Será possível, inclusive, que um único raciocínio presuntivo, a depender do seu grau de confirmação, afaste variados outros raciocínios convergentes em conclusão diversa⁹².

5. TEORIA DAS PRESUNÇÕES LEGAIS

Constituem as presunções legais aquelas regras jurídicas em que se presume a existência de um fato que se requer como característica definidora para a produção de um efeito jurídico⁹³.

Deveras, ao contrário das presunções judiciais, que decorrem da atividade do julgador, as presunções legais decorrem de regras criadas pelo legislador, fundadas, de maneira geral, em considerações de probabilidade, de razões políticas ou de justiça⁹⁴.

Nessa perspectiva, Echandia⁹⁵ esclarece que as presunções legais nascem no âmbito material e, portanto, tem inicialmente atuação extraprocessual. São, portanto, regras de direito material⁹⁶, criadas com a finalidade de conferir seguran-

90 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*, p. 473.

91 *Ibidem*, p. 476.

92 *Ibidem*, p. 477.

93 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002, p. 238. Interessante o relato de Rosenberg no sentido de que por muito tempo se confundiu as presunções legais com as regras sobre ônus da prova. Assim, entendia-se que quando o ônus da prova recaía sobre o autor, é porque haveria presunção em favor do réu, e assim por diante. *Ibidem*, p. 234.

94 GAMA, Raymundo. *Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach*, p. 361.

95 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 695.

96 Diversamente, Mauro Cappelletti e Joseph Perillo entendem que somente a presunção absoluta são regras de direito material, o que, conforme reconhece o autor, tem consequência importantes, especialmente para saber qual a lei (se material ou processual) que regularia a presunção. CAPPELLETTI, Mauro; PERILLO, Joseph M. *Civil Procedure in Italy*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1965, p. 214.

ça a certas situações sociais, políticas, familiares e patrimoniais reputadas como relevantes pelo legislador⁹⁷.

Na esteira de Pontes de Miranda⁹⁸, a presunção legal se funda em presumir fatos que não se poderia conhecer facilmente ou que fugiriam a uma certa investigação. Como consequência, pontuam Allen e Callen⁹⁹ que referidas presunções acabam por realocar os riscos da prova, determinando-se o perdedor naquelas hipóteses em que nenhuma das partes logrou êxito em comprovar os fatos do processo.

Em que pese nasçam no campo material, os efeitos da presunção legal são sentidos também no processo, especialmente na seara das provas¹⁰⁰. Daí decorre diferença importante entre a presunção legal e a judicial: estas últimas, como acima visto, cumprem funções apenas processuais¹⁰¹.

Curioso ser possível, no entanto, presunções voltadas a regular situações exclusivamente processuais, na medida em que permitem considerar como verdadeiro um fato para a estabilidade do próprio procedimento¹⁰². É a hipótese contida no art. 344 do CPC¹⁰³, segundo a qual, ocorrida à revelia, seguirá o seu efeito material de presumir verdadeiro os fatos formulados pelo autor.

Não se pode deixar de reconhecer, porém, que a presunção judicial e a legal se aproximam em sua estrutura: “Numa e noutra, estabelece-se entre dois fatos certa relação que permite, verificado o primeiro, afirmar (ao menos como provável) a ocorrência do segundo, pelo simples motivo de andarem normalmente junto”¹⁰⁴.

Mas de maneira alguma os institutos se confundem. Com efeito, difere a presunção judicial da presunção legal no fato de que, na primeira, incumbe ao órgão

97 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 695.

98 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 393-394.

99 ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig. R. The Juridical Management of Factual Uncertainty. *Internacional Journal of Evidence and Proof*, Illinois, v. 7, p. 1-30, 2003, p. 5.

100 ECHANDIA, Hernando Devis. *Op. cit.*, p. 695.

101 *Ibidem*.

102 *Ibidem*, p. 702.

103 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art.344.

104 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: segunda série*, p. 59.

judicial valorar a correlação entre o fato conhecido e o desconhecido¹⁰⁵; no caso da presunção legal, o próprio legislador estabelece de antemão a correlação entre o fato conhecido e o desconhecido, o que dispensa o livre convencimento do juiz sobre o fato presumido caso não haja prova em sentido contrário¹⁰⁶.

Em síntese, como aduz Rosenberg¹⁰⁷, a presunção legal não cuida de comprovação de fatos, mas sim de simples aplicação do direito.

Tem-se que as presunções legais se dividem em dois tipos: a presunção relativa e a presunção absoluta. Passaremos, então, a discorrer sobre as classificações, buscando ao final aprimorar o entendimento prático sobre o assunto.

5.1 Teoria das presunções legais absolutas

Correntemente se diz que a presunção legal absoluta, ou ainda presunção *iuris et de iure*, constitui espécie de presunção “[...] acompanhada de proibição feita ao adversário de lhe destruir o efeito pela prova do contrário”¹⁰⁸. No entanto, observando-se acuradamente o fenômeno, a figura em questão se relaciona exclusivamente com o direito material¹⁰⁹.

Com efeito, o entendimento completo da presunção absoluta pressupõe o conhecimento anterior da estrutura das normas jurídicas. Nesse caminho, sublinha Geraldo Ataliba¹¹⁰ que a norma é estruturada em hipótese, mandamento e sanção. Assim, “verificada cada hipótese, o mandamento atua, incide. Acontecido o fato previsto na hipótese da lei (hipótese legal), o mandamento, que era virtual, passa a ser atual e se torna atuante, produtivo dos seus efeitos próprios [...]”¹¹¹.

105 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil: segunda série*, p. 60.

106 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 257.

107 *Ibidem*, p. 255.

108 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As presunções na teoria das provas*, p. 213.

109 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 166.

110 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

111 *Ibidem*.

Assim, na esteira de Andrea Proto Pisani¹¹², o que faz a presunção absoluta é, dentro de uma certa hipótese de incidência, tornar desnecessário, para a produção de determinado efeito jurídico, a ocorrência de um fato. Bem exemplifica Barbosa Moreira:

Suponhamos que, *em regra*, a existência ou a validade de certo ato, ou a produção de certo efeito, fique condicionada à concorrência dos elementos ou requisitos *a*, *b* e *c*, mas que, em alguma hipótese particular, quiçá para facilitar a satisfação de interesse julgado merecedor de mais forte proteção, queira o legislador dispensar um deles – *c*, por exemplo. Em vez de dizer que bastam *a* e *b* para que exista ou valha o ato, ou para que se produza o efeito, diz que, sob aquelas circunstâncias peculiares, se *presume* (de modo absoluto) a presença de *c*¹¹³.

Conclui-se que a presunção absoluta não se relaciona com o campo das provas¹¹⁴. Ao contrário da presunção relativa, a presunção absoluta dispensa o próprio fato para a produção de um determinado efeito jurídico¹¹⁵. Em outras palavras, a presunção absoluta atua diretamente no plano material e não no processual¹¹⁶.

A ficção jurídica, de certa forma, muito se assemelha com a presunção absoluta. Com efeito, a ficção jurídica também constitui obra do legislador e consiste em supor como existente ou inexistente um fato para produção de determinado efeito jurídico. A diferença, no entanto, é que na ficção jurídica, é muito provável que as coisas na realidade tenham ocorrido de maneira diversa¹¹⁷.

Igualmente às presunções absolutas, as ficções se fundamentam em razões de conveniência política legislativa e social¹¹⁸. Como exemplo, tem-se a ficção prevista no art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), no sentido de que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Cuida-se de evidente ficção, pois, é impossível que qualquer ser humano conheça por completo todo o ordenamento jurídico.

112 PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014, p. 440.

113 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 63.

114 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 395.

115 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 64

116 PISANI, Andrea Proto. *Op. cit.*, p. 440.

117 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.*, p. 393.

118 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 708.

Daí porque, com frequência, confunde-se ficção jurídica com presunção legal absoluta, como inclusive já o fez o próprio legislador no art. 385 do CPC, em que se previu a pena de confissão caso a parte não compareça ao depoimento ou, comparecendo, se recuse a depor. Com efeito, aduz Barbosa Moreira¹¹⁹ no sentido de que “[...] é evidente que, se a parte não comparece, ou se recusa a prestar depoimento, de modo nenhum *confessa*: o fato da confissão, em tal hipótese, é fato que não se pode considerar senão como *inexistente*”.

Ao fim e ao cabo, consigna-se que o uso da ficção, tal como a presunção absoluta, tende a ser progressivamente menos utilizado com o passar do tempo¹²⁰. Uma vez que a presunção absoluta e a ficção jurídica apenas atuam no campo normativo, infere-se ser suficiente que a técnica legislativa seja apurada para que determinados efeitos jurídicos se produzam a partir de uma hipótese fática bem montada¹²¹. Em outras palavras, “a lei *não precisa* ‘fingir’ que se deu o fato x para atribuir os respectivos efeitos a qualquer fato diverso de x: entra na sua normal competência, quando assim o entenda [...] tratar igualmente situações desiguais”¹²².

5.2 Repercussões práticas das presunções legais absolutas

A primeira dificuldade prática parece surgir com a própria identificação da presunção absoluta no ordenamento. Com efeito, analisa Maluf, que em razão de sua excepcionalidade, somente quando a lei determinar, ou proibir expressamente prova em contrário, admitir-se-á sua presença¹²³.

Em verdade, Maluf¹²⁴ sublinha não se exigir que a lei declare a natureza absoluta da presunção. Caso, então, surja dúvida quanto a natureza, observa o autor, escorado em Câmara Leal e Carvalho Santos, que o melhor critério será buscar o que

119 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 55.

120 *Ibidem*.

121 *Ibidem*.

122 *Ibidem*.

123 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As presunções na teoria das provas*, p. 204.

124 *Ibidem*.

levou o legislador a estabelecer a presunção, vislumbrando se a presunção obedece a uma razão de ordem pública que justifique ser de natureza absoluta¹²⁵.

Para além disso, em que pese se reconhecer que a presunção absoluta (e em mesmo sentido a ficção jurídica) atue exclusivamente no campo do direito material, pois dispensam o próprio fato para a produção de um dado efeito jurídico¹²⁶, consequência prática importante é a desnecessidade de produção de prova do fato absolutamente presumido.

Nesse sentido, o art. 374, IV, do CPC¹²⁷ prescreve que não dependem de prova os fatos cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, sendo plenamente aplicável, portanto, às presunções absolutas¹²⁸.

A dispensa, no entanto, para além do artigo citado, se dá também porque para produzir determinado efeito jurídico, dispensa-se a ocorrência na hipótese de incidência de um ou mais fatos. Logo, a prova, em verdade, é irrelevante¹²⁹, de modo que não deve ser admitida, afinal, devem ser indeferidas as provas consideradas irrelevantes ou inúteis, na forma do art. 370, parágrafo único, do CPC¹³⁰.

No mais, tendo em vista que a presunção absoluta nada tem relação com a matéria de provas, constituindo um recorte fático da hipótese de incidência para produção de determinados efeitos jurídicos, não há de se falar na aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no art. 373, § 1º, do CPC¹³¹.

5.3 Teoria das presunções legais relativas

De maneira geral, constitui a presunção relativa espécie de presunção legal na qual se considera como certo determinado fato enquanto não fornecida nenhuma

125 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As presunções na teoria das provas*, p. 204.

126 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 64

127 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 374, IV.

128 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 150.

129 FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 315..

130 BRASIL *Op. cit.*, art. 370, § único.

131 *Ibidem*, art. 373, § 1º.

prova em contrário¹³². Acresce Pisani¹³³ que as presunções legais relativas constituem técnicas legislativas para qualificar como impeditivos, ao invés de constitutivos, fatos que compõem uma dada hipótese de incidência para que se produzam determinados efeitos jurídicos.

Reconhece-se que tais presunções devem estar previstas no ordenamento, daí inclusive o nome “presunção legal”, mas com frequência o legislador se vale de uma série de termos para expressar a presunção¹³⁴. Por vezes, inclusive, somente expressa a conclusão da presunção.

De todo modo, em que pese nasça no direito material, como acima visto, importante consequência jurídica da presunção legal relativa se dá no campo da distribuição do ônus da prova¹³⁵.

Nessa perspectiva, a consequência jurídica da presunção legal não é necessariamente a inversão do ônus da prova, como é comum se dizer. Logo,

[...] o resultado da aplicação da regra *especial* (contida no dispositivo que estabelece a presunção) pode perfeitamente coincidir, em determinados casos, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra geral de distribuição daquele ônus¹³⁶.

Assim, a presunção legal relativa se trata de uma regra especial de ônus da prova¹³⁷ relativamente àquelas previstas no art. 373 do CPC¹³⁸.

Com efeito, por de certa forma atuar no campo da distribuição do ônus da prova, as regras de presunção nada dizem respeito aos meios de prova, tampouco à atividade de instrução. Constituem, em termos gerais, regras de julgamento para superar o *non liquet*¹³⁹. Ou seja, as presunções relativas assumem importante relevo na hipótese de insuficiência probatória.

132 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 694.

133 PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 441.

134 ECHANDIA, Hernando Devis. *Op. cit.*, p. 706.

135 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 60.

136 *Ibidem*.

137 *Ibidem*.

138 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 373.

139 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, 61.

Assim, sublinha Barbosa Moreira¹⁴⁰ que: “em hipóteses tais, para não ser injusto, pondo sobre os ombros do interessado carga pesada demais, o legislador prefere definir-se pela solução oposta, dispensado a prova de que os acontecimentos realmente seguiram o curso normal, o curso que seria de esperar que seguissem”.

Acresce ainda Perelman¹⁴¹ que a presunção legal relativa concede uma vantagem a uma das partes em nome de outras considerações e outros valores que não a verdade objetiva; o que, no entanto, não impede que a verdade seja buscada no processo, afinal, a presunção em questão permite prova em contrário.

Do exposto, fácil perceber que a presunção relativa, na realidade, facilita a prova da parte favorecida por ela “[...] sob o pressuposto de que outra orientação poderia frustrar a tutela jurisdicional acaso necessária”¹⁴². Facilita, além disso, a própria função do juiz por ocasião do julgamento, tendo em vista eventual prova de determinado fato que pode vir a ser muito difícil¹⁴³.

Assim, a presunção legal relativa, como regra especial de ônus da prova, deve ser usada como último recurso no processo e apenas quando houver insuficiência probatória por ocasião do julgamento. Sem embargo, até o momento do julgamento, o processo deve ser orientado para buscar a verdade na maior medida possível, com ampla produção de provas, inclusive determinadas de ofício pelo magistrado, na forma do art. 370 do CPC¹⁴⁴. É que, na linha de Ferrer-Beltrán¹⁴⁵,

[...] somente se o processo judicial cumpre a função de determinar a verdade das proposições referidas aos fatos provados poderá o direito ter êxito como mecanismo pensado para dirigir a conduta de seus destinatários.

140 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direitos processual civil*, p. 62.

141 PERELMAN, Chaïm. *A lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 44.

142 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 165.

143 PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.*, p. 44.

144 Sobre o tema da ampla produção de provas de ofício pelo juiz, faz-se menção aos ensinamentos de William Santos Ferreira (FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*, p. 234.).

145 FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução de Vitor Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 45.

5.4 Repercussões práticas das presunções legais relativas

Em termos práticos, a presunção legal relativa, como visto, serve como regra especial de ônus da prova relativamente àquelas previstas estaticamente no art. 373 do CPC¹⁴⁶.

Para facilitar o estudo em sua prática, tem-se que a presunção legal relativa se constitui de três elementos: 1º) o fato conhecido; 2º) o fato desconhecido; 3º) e o nexó de causalidade entre o fato conhecido e o fato desconhecido¹⁴⁷.

Com efeito, na presunção relativa, o fato desconhecido é tido por havido pela lei. Mas a presunção legal relativa só se opera quando quem a invoca provar o fato conhecido do qual ela emana¹⁴⁸. Ou seja, a presunção legal relativa, no que diz respeito àquele que a invoca, não o exime de nada fazer no processo, pelo contrário, “quem a invoca deverá necessariamente demonstrar que está na situação de poder invocá-la”¹⁴⁹. De modo que a presunção legal exime aquele por ela favorecido de provar o fato presumido, mas não os fatos nos quais a lei alicerça a presunção¹⁵⁰.

Na esteira desse raciocínio, entende-se que a presunção relativa, uma vez que constitui regra especial de ônus da prova, pode ser alterada tendo em vista a distribuição dinâmica da prova prevista no art. 373, § 1º, do CPC¹⁵¹, respeitados os requisitos ali previstos. Cuida-se, inclusive, de interpretação que bem exprime a ideia de que o processo, conquanto não busque uma verdade absoluta dos fatos, pode na maior medida possível tentar alcançá-la.

Ao fim e ao cabo, em termos práticos, chama ainda atenção, no campo das presunções legais relativas, os possíveis conflitos que no caso concreto podem estabelecer com outras presunções ou provas. Vejamos:

- a) Havendo conflito entre a presunção legal relativa e a prova feita em sentido contrário, a presunção relativa, como visto, pode plenamente ceder espaço à prova, avaliação que deve ser feita conforme o conjunto probatório do caso concreto.

146 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 373.

147 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As presunções na teoria das provas*, p. 210.

148 *Ibidem*.

149 *Ibidem*.

150 *Ibidem*, p. 211.

151 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 373, § 1º.

No entanto, remanescendo dúvida quanto à prova do fato, deve prevalecer na sentença a presunção já criada em lei¹⁵².

- b) Por sua vez, havendo conflito entre a presunção relativa e a absoluta, deverá prevalecer a presunção absoluta, uma vez que esta não admite prova em contrário¹⁵³.
- c) De outro giro, havendo conflito entre a presunção legal relativa e a presunção judicial, não há, a princípio, presunção que deva prevalecer. Ou seja, as presunções em questão não guardam entre si força abstratamente maior do que a outra. A avaliação de qual presunção deve prevalecer será feita no caso concreto, de acordo com o princípio da livre persuasão racional do juiz¹⁵⁴.
- d) Por fim, havendo conflito entre as presunções legais relativas, a solução segue padrão parecido com o item anterior. Nesse caminho, “[...] não haverá outra saída senão buscar a sua solução nas circunstâncias do caso concreto. Nesse caso, o juiz deverá, motivadamente, acolher uma das presunções, afastando a outra”¹⁵⁵.

6. CONCLUSÃO

Compreender que o processo não pode buscar uma verdade absoluta dos fatos, em que pese a verdade deva ser uma preocupação da ciência processual, abre caminho para o uso das presunções no processo civil.

Assim, este artigo, pautado por este raciocínio, buscou trazer aspectos teóricos e práticos das presunções judiciais e legais (relativas e absolutas) no âmbito processual civil, em conformidade com o CPC de 2015, procurando preencher o espaço entre a teoria das presunções e suas repercussões práticas no processo, notadamente a melhor permitir o controle das presunções por ocasião da decisão.

Conforme se observou, os institutos em apreço se aproximam. Afinal, em um ou outro caso se estabelece, a partir da prova de um fato, o conhecimento de outro fato desconhecido. No entanto, as diferenças entre os institutos são claras: ao contrário das presunções judiciais, que decorrem da atividade mental do julgador, as presun-

152 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*, p. 705.

153 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*, p. 168.

154 *Ibidem*.

155 *Ibidem*.

ções legais decorrem de regras criadas pelo legislador por força de variadas razões políticas e sociais.

Ao fim e ao cabo, as presunções são instrumentos essenciais à atividade do magistrado. Deveras, as presunções, seja por previsão legal ou por raciocínio judicial, são vitais para que o juiz possa formar racionalmente sua convicção judicial, aproximando-o da verdade; ou, ainda, superar eventual *non liquet* em matéria fática, com a finalidade de colocar termo ao conflito jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ALLEN, Ronald J.; CALLEN, Craig. R. The Juridical Management of Factual Uncertainty. *Internacional Journal of Evidence and Proof*, Illinois, v. 7, p. 1-30, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 11 jan. 2002, página 1.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, Seção 1, data da publicação: 17 mar. 2015, página 1.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, data da publicação: 27 set. 1995, página 15033.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 9 ago. 1943, página 11937.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia* - conferencias pronunciadas en la facultad de derecho de la universidad nacional autonoma de Mexico. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

CAPPELLETTI, Mauro; PERILLO, Joseph M. *Civil Procedure in Italy*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1965.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1981, tomo II.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução de Vitor Paula Ramos. Salvador: Juspodivm, 2021.

GAMA, Raymundo. Presumptions and Fictions: A Collingwoodian Approach. In: DEL MAR, Maksymilian; TWINING, William (Org.). **Legal Fictions in Theory and Practice**. London: Springer, 2015, v. 110.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. 2. ed. Lisboa: Livraria Classica Editora De A. M. Teixeira & Ca, 1927.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. As presunções na teoria das provas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, [s. l.], v. 79, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITTERMAYER, Carlos Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal ó exposicion comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en alemania, francia, inglaterra, etc**. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislacion, 1877.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direitos processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil: segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La valaración de la prova**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

PERELMAN, Chaïm. **A lógica jurídica: nova retórica**. Tradução Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 6. ed. Napoli: Jovene, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. Tomo IV.

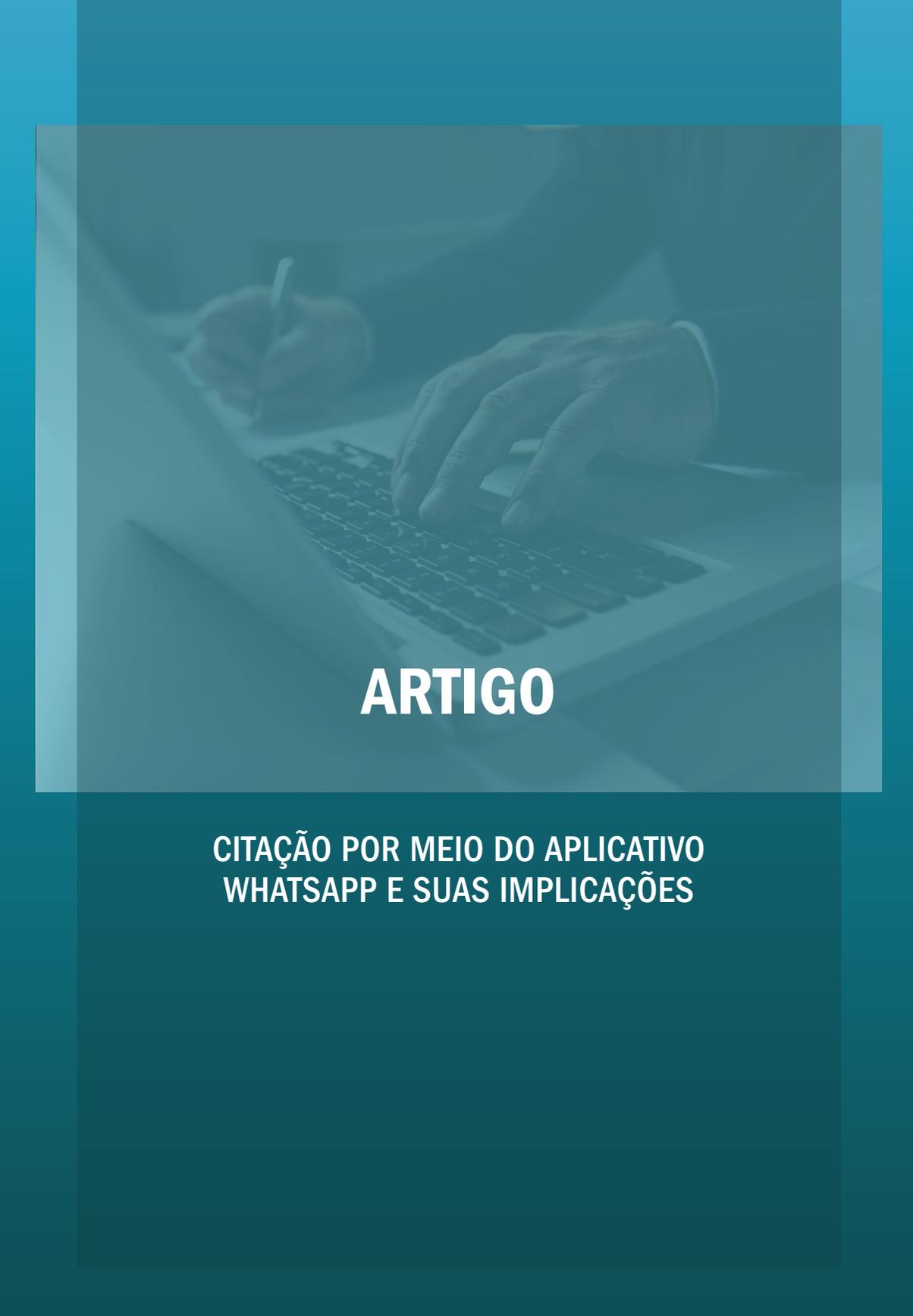
ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2002.

SABATÉ, Luis Munoz. **Técnica probatoria**. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Barcelona: Editorial Praxis, 1967.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.



ARTIGO

**CITAÇÃO POR MEIO DO APLICATIVO
WHATSAPP E SUAS IMPLICAÇÕES**

CITAÇÃO POR MEIO DO APLICATIVO WHATSAPP E SUAS IMPLICAÇÕES

Norberto Oya¹

RESUMO

O presente trabalho faz um comentário acerca do acórdão que abordou a citação pelo aplicativo WhatsApp, já nos termos da Lei n. 14.195, de 26 de agosto de 2021, com suas implicações.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015. Citação. WhatsApp.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se analisar o julgamento de agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP)², tirado nos autos do processo de execução por quantia certa fundada em título executivo extrajudicial decorrente de crédito de honorários advocatícios contratuais, sendo agravante e agravado pessoas físicas.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Processual Civil e Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

2 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 29ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 2198627-81.2021.8.26.0000. Desembargador Relator Fabio Tabosa, v.u., julgamento em: 08 set. 2021, disponibilizado em: 21 set. 2021, DJE n. 3365, trânsito em julgado em: 25 out. 2021.

A execução fora distribuída em 14 de junho de 2021 e a decisão recorrida foi publicada em 20 de agosto de 2021³.

O agravante-exequente requereu a citação do agravado-executado por meio do aplicativo WhatsApp ou e-mail. O juízo de primeiro grau indeferiu o pedido, sob o fundamento de ausência de previsão legal. Apontou ainda que por ocasião do isolamento social, decorrente da covid-19, possibilitou-se a citação por meios virtuais em casos urgentes. Mas, como o trabalho presencial dos oficiais de justiça retornou, não mais se justificava a situação emergencial autorizadora.

A 29^a Câmara de Direito Privado do TJ-SP, em 8 de setembro de 2021, desproveu o recurso de agravo de instrumento, por votação unânime, e manteve a decisão do juízo *a quo*.

O desembargador relator Fabio Tabosa reconheceu a importância da modernização dos atos processuais, mas ponderou que a citação é ato rígido do ponto de vista formal, e sujeito a requisitos que não podem ser negligenciados pela importância de que se reveste. Citou o art. 246, do Código de Processo Civil (CPC)⁴, já com a nova redação oriunda da Lei n. 14.195, de 26 de agosto de 2021; porém, frisou que esse dispositivo está direcionado para pessoas jurídicas que necessitam se cadastrar no sistema de processos em autos eletrônicos mantidos pelo Poder Judiciário. No caso, a pretensão do agravante tinha em mira citar pessoa física, por meio de singela mensagem enviada por correio eletrônico ou aplicativo telefônico.

2. DELIMITAÇÃO TEÓRICA DO PROBLEMA JURÍDICO

O problema técnico-jurídico em debate é a possibilidade, ou não, da citação por meio do aplicativo WhatsApp.

Para tanto, impõe-se fazer uma digressão histórica da citação até o surgimento da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o atual CPC⁵, e intro-

3 De acordo com o histórico dos Autos 1000245-45.2021.8.26.0523, do Foro de Salesópolis/SP. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=EJ0000DZT0000&processo.foro=523&processo.numero=1000245-45.2021.8.26.0523&uuidCaptcha=sajcaptcha_022285fca-87b443f989aaf6ddb3126c. Acesso em: 1 fev. 2022.

4 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, data da publicação: 17 mar. 2015, página 1, art. 246.

5 *Ibidem*.

duziu, entre suas hipóteses de concreção, o meio eletrônico (at. 246, inciso V, na redação anterior).

Em seguida, apresenta-se a Lei n. 14.195/2021, de 26 de agosto de 2021⁶, que, entre outros temas nela tratados, tornou como forma preferencial a citação por meio eletrônico.

Ainda são indicados outros aplicativos de mensagens como alternativa ao WhatsApp, que integram a multiplataforma de mensageiros eletrônicos.

3. HISTÓRIA DA CITAÇÃO

Ao passar um olhar para o tema da citação no direito brasileiro, desde as Ordenações do Reino, encontram-se diversas formas de sua materialização, até a chegada do atual CPC, dando ênfase à forma realizada por carta.

Das Ordenações Filipinas (1603-1916)⁷ extrai-se que a citação, como ato principal e essencial do processo, tinha por fim cientificar o réu do objeto do litígio para que, comparecendo em juízo, ali pudesse confessar ou contestar a procedência desse litígio. Os modos de citação eram: pessoal (na pessoa do réu ou de seu procurador), por palavra ou por carta, por mandado, por pregão, com hora certa, por edital, e por precatória.

Para Souza Pinto⁸, a citação por carta era a feita pelo escrivão, por determinação do juiz ou a requerimento da parte, quando o réu, por sua posição social, merecesse respeito e acatamento, ou então relacionado ao autor na razão de pai ou superior.

6 BRASIL. Lei n. 14.195, de 26 de agosto de 2021. Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira), sobre as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, sobre a profissão de tradutor e intérprete público, sobre a obtenção de eletricidade, sobre a desburocratização societária e de atos processuais [...]. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 27 ago. 2021, página 4.

7 ALMEIDA. Cândido Mendes de. *Axiomas e brocardos de direito extraídos da legislação brasileira*. Auxiliar Jurídico. Apêndice às Ordenações Filipinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1870, v. II, p. 528.

8 PINTO, José Maria Frederico Souza. *Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro*. Tomo primeiro. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert Editores, 1850, p. 98 e 118.

Pereira e Souza⁹ anota que a citação é o ato pelo qual alguém, a requerimento da parte ou *ex-officio*, é chamado a juízo para ulteriores efeitos jurídicos. A citação é o princípio e fundamento do juízo. É feita por despacho, mandado, carta, precatória e edital. Será por carta quando a parte for pessoa qualificada (cuja designação fica ao livre arbítrio do juiz, com ou sem indicação das partes, e até fica ao arbítrio do escrivão). Também conhecida como missiva ou carta civil por escrivão, e levada por oficial de justiça, deve-se assegurar sua entrega.

De acordo com o Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850¹⁰, o art. 39 dispunha das formas de citação: por despacho ou mandado do juiz, por precatória, por edital ou com hora certa. Já o art. 40¹¹ frisava que o procedimento para citação por meio do oficial de diligência exigia que este deveria ler ao citando o requerimento da parte com o despacho do juiz, ou o mandado por este assinado, dando-lhe a contrafé, ainda que este não quisesse. Deveria, ainda, o oficial anotar se o citando recebeu ou não quis recebê-la.

A citação seria por despacho quando feita dentro da cidade, vila ou seus arrabaldes¹², e por mandado quando for dentro do termo.

A citação é a base da ação e do julgamento, é a peça mais necessária de todo o processo¹³ e sua razão de ser repousa no próprio direito natural. A citação é a lei da natureza e das gentes, sendo um princípio sagrado que ninguém pode ser julgado se não for chamado a se defender¹⁴.

9 SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. **Primeiras linhas sobre o processo civil**. Acomodadas ao foro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier Editor, 1906, p. 62-63, 75, 463.

10 IMPERIO DO BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no processo comercial. **Coleção de Leis do Império do Brasil**: Rio de Janeiro, 1850, página 271, v. I, tomo XIII, pt. II, art. 39.

11 *Ibidem*, art. 40.

12 Subúrbio, bairro afastado da cidade, de acordo com o dicionarista Francisco da Silveira Bueno. BUENO, Francisco da Silveira. Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa. São Paulo: Saraiva, 1968, v. 1.

13 BORDEAUX, Raymond. **Philosophie de la procedure civile: memoire sur la reformation de la justice**. Evreux: A. Herissey, 1857.

14 RIBAS, Antonio Joaquim. **Consolidação das leis do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915, art. 132.

Como princípio elementar do direito, ninguém deve ser condenado sem ser ouvido (*nemo inauditus damnari potest*). Se alguém vem pleitear a tutela do Estado, deve, portanto, dar ciência ao réu da sua pretensão, para que este possa se defender. E a citação por mandado é a concretização da regra de que ela deve ser pessoal¹⁵.

De acordo com o Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, Lei Estadual n. 2.421, de 14/01/1930¹⁶, a citação podia ser feita por despacho, mandado, carta do escrivão, carta precatória ou ordem, edital e pregão (art. 182).

Na época, apenas os Códigos de Processo Estaduais do Rio Grande do Sul (Lei n. 507, de 22 de março de 1909, art. 274, “a”); Bahia (Lei n. 1.121, de 02 de agosto de 1915, art. 75, 1º); Espírito Santo (Lei n. 1.055, de 23 de dezembro de 1915, art. 15, VI); e os Códigos Judiciários dos Estados de Santa Catarina (Lei n. 1.640, de 03 de novembro de 1928, art. 552, III); Rio de Janeiro (Lei n. 1.580, de 20 de janeiro de 1919, art. 1.102, “e”), cuidaram da forma de citação pelo correio ou carta do escrivão.

Segundo Camara Leal¹⁷, a citação por carta do escrivão somente se efetivaria quando a lei assim o determinasse, a qual seria remetida pelo correio por via postal, sob registro, ou pelo oficial de justiça, quando a parte o requerer ou quando determinada, dado os interesses dessa parte.

Ao cuidar da citação contida no CPC/1939, Pontes de Miranda¹⁸ assinala que é ato escrito e essencial, pelo qual se comunica ao citando de que, a partir daquele momento, vai se estabelecer a demanda judicial (conteúdo implícito). Mais, se dá conhecimento ao citando da petição inicial e do tempo em que a demanda será tratada (conteúdo explícito). O art. 161, do CPC/1939¹⁹, discorria sobre as formas

15 MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1941, v. II, p. 143.

16 SÃO PAULO. Lei Estadual n. 2.421 de 14 de janeiro de 1930. **Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo**. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, publicado em: 23 fev. 1930, p. 1861, art. 182.

17 CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. **Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo comentado**. São Paulo: Saraiva, 1930. v. 1., p. 467-469.

18 MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, t. III, p. 39-41.

19 BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. **Coleção de Leis do Brasil**: Rio de Janeiro, 1939, v. 6, página 311, art. 161.

taxativas de citação (embora houvesse outros atos que o Código apresentou com outro nome): por mandado, com hora certa, por precatória ou rogatória e por edital.

4. CITAÇÃO POR MEIO ELETRÔNICO

O CPC/1973, no art. 213²⁰, definiu a citação como ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender. Visava, portanto, para que o réu soubesse o que se passa e conteste, ou se defenda ou não²¹.

Sendo papel fundamental no processo, a solidez da citação, garantida pelo contraditório e ampla defesa insculpidas na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso LV)²², possibilita ao réu a ciência de que contra ele corre uma ação.

No art. 222, incisos I a IV, do CPC/1973²³, constavam as diversas formas de citação, quais sejam: pelo correio, a regra (I), por oficial de justiça (II), por edital (III) e por meio eletrônico, conforme regulado em lei própria (IV).

Esse último inciso ingressou por meio da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006²⁴, que trata da informatização do processo judicial.

Por essa lei, meio eletrônico é qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais. A transmissão eletrônica é toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores (art. 1º, § 2º, incisos I e II)²⁵. O art. 5º²⁶ define que as intimações são feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem

20 BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 17 jan. 1973, página 537, art. 213.

21 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. tomo III, p. 202.

22 BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 5 out. 1988, página 1, art. 5º, inciso LV.

23 BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, art. 222, incisos I a IV.

24 BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Lei do Processo Judicial Eletrônico. *Diário Oficial da União*, seção 1, 20 dez. 2006, página 2.

25 *Ibidem*, art. 1º, § 2º, incisos I e II.

26 *Ibidem*, art. 5º.

na forma do art. 2^o²⁷ da referida lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

Está expresso na legislação que as citações, inclusive da Fazenda Pública, executadas as dos Direitos Processuais Criminal e Infractional, podem ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando (art. 6^o)²⁸. No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico. Mas, quando por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, tais atos processuais poderão ser praticados pela forma ordinária (art. 9^o e § 2^o)²⁹.

A citação pelo correio, como regra geral, tornou-se a forma difundida, dado seu modo mais prático, rápido e menos dispendioso, e se tornou possível pela Lei n. 8.710, de 24 de setembro de 1993³⁰. Antes, esse meio citatório só era permitido se o réu fosse comerciante ou industrial domiciliado no Brasil.

Na década de 1960, o serviço postal brasileiro necessitou de ser reorganizado, em decorrência dos setores produtivos do Brasil, de modo que o antigo Departamento de Correios e Telégrafos (DCT) não atendia a demanda dos usuários. Em 20/03/1969, pelo Decreto-Lei n. 509³¹, é transformado o DCT em empresa pública e passou a ser denominado Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)³².

Destaca Pontes de Miranda³³ que tanto o DCT (e depois o ECT) quantos seus funcionários, responsáveis e encarregados do manuseio e entrega das cartas, são considerados órgãos jurisdicionais auxiliares. Essa qualificação se justifica diante da

27 BRASIL. Constituição de 1988, art. 2^o.

28 *Ibidem*, art. 6^o.

29 *Ibidem*, art. 9^o, §2^o.

30 BRASIL. Lei n. 8.710, de 24 de setembro de 1993. Altera dispositivos da Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 27 set. 1993, página 14377.

31 BRASIL. Decreto-Lei n. 509 de 20 mar. 1969. Dispõe sobre a transformação do Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 21 mar. 1969, página 2441.

32 Disponível em: <https://www.correiosbrasil.org/historia-dos-correios/>. Acesso em: 1 fev. 2022.

33 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. tomo III, p. 272.

importância que se reveste o ato citatório e tanto a ECT, quanto seus funcionários, nessa qualidade, exercem uma atividade na condição de executor de ordens (*longa manus*) do Poder Judiciário.

Com o surgimento do CPC de 2015 os modos de cumprimento da citação passaram a ser: pelo correio; por oficial de justiça; pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório; por edital; e por meio eletrônico, conforme regulado em lei (art. 246, incisos I a V)³⁴. Definiu-se, também, que as intimações se realizam, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da lei (art. 270)³⁵.

34 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, data da publicação: 17 mar. 2015, página 1, art. 246, incisos I a V.

35 O Código de Processo Civil de Portugal (Lei n. 41, de 26 de jun. de 2013) traz no art. 219 o procedimento para realização de citações e notificações pela via eletrônica.

Artigo 219.º - Funções da citação e da notificação

1 - A citação é o ato pelo qual se dá conhecimento ao réu de que foi proposta contra ele determinada ação e se chama ao processo para se defender; emprega-se ainda para chamar, pela primeira vez, ao processo alguma pessoa interessada na causa.

2 - A notificação serve para, em quaisquer outros casos, chamar alguém a juízo ou dar conhecimento de um facto.

3 - A citação e as notificações são sempre acompanhadas de todos os elementos e de cópias legíveis dos documentos e peças do processo necessários à plena compreensão do seu objeto.

4 - Quando as citações e as notificações forem realizadas por via eletrônica:

a) Podem ser efetuadas através do envio de informação estruturada respeitante à identificação do processo e da interoperabilidade entre o sistema de informação de suporte à atividade dos tribunais e o sistema de informação do citando ou notificando;

b) Os elementos e cópias referidos no número anterior podem constar de outro suporte eletrónico acessível ao citando ou notificando.

5 - As citações e as notificações dirigidas a pessoas coletivas podem ser efetuadas por via eletrónica nos termos do número anterior, quando:

a) Tratando-se de entidade pública da Administração direta ou indireta do Estado, tal se encontre previsto em portaria dos membros do Governo responsáveis pela área da justiça e pela entidade pública em causa;

b) Tratando-se de outras pessoas coletivas, tal se encontre previsto em protocolo celebrado entre a pessoa coletiva e o Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça, I. P., e homologado pelo membro do Governo responsável pela área da justiça.

6 - As citações e as notificações realizadas nos termos do número anterior presumem-se efetuadas no 3.º dia posterior ao do seu envio para o sistema informático do citando ou notificando.

Alterado pelo/a Artigo 2.º do/a Decreto-Lei n. 97/2019.

PORTUGAL. Decreto-Lei n. 97/2019. Procede à alteração do Código de Processo Civil, alterando o regime de tramitação eletrónica dos processos judiciais. **Diário da República n. 142/2019**, série I de 2019 jul. 26, em vigor a partir de 2019 set. 16. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/169207608/202109200408/74221917/exportPdf/maximized/1/cacheLevelPage?rp=diploma>. Acesso em: 1 fev. 2022.

Coube à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, suas respectivas entidades da administração indireta, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública, no prazo de 30 (trinta) dias a contar de 17 de março de 2016, data da entrada em vigor do CPC, cadastrar-se perante a administração do tribunal no qual atuem para cumprimento do disposto nos arts. 246, § 2º, e 270, parágrafo único, do CPC³⁶.

Ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e, supletivamente, aos tribunais, competia regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e editando, para esse fim, os atos que forem necessários (art. 196, do CPC)³⁷.

O CNJ, para essa finalidade, editou a Resolução n. 234, de 13 de julho de 2016³⁸, que instituiu o Diário de Justiça Eletrônico Nacional (DJEN), a Plataforma de Comunicações Processuais (Domicílio Eletrônico) e a Plataforma de Editais do Poder Judiciário. O seu art. 4º, incisos I e II, repetiu o teor do art. 1º, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 11.419/2006³⁹.

É de se destacar que a citada Resolução CNJ n. 234/2016, no art. 2º, p. único⁴⁰, definiu que a Plataforma de Comunicações Processuais do Poder Judiciário deveria conter funcionalidade que permita a interoperabilidade com os órgãos do Poder Judiciário, bem como sistemas públicos e privados, nos termos do Modelo Nacional de Interoperabilidade (MNI), assegurados os requisitos de autenticidade e de integridade previstos no art. 195 do CPC⁴¹.

Contudo, mudança significativa surgiu em 26 de agosto de 2021, com a publicação da Lei n. 14.195⁴², que teve por objetivo desburocratizar e desenvolver

36 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, arts. 246, § 2º, e 270, parágrafo único.

37 *Ibidem*, art. 196.

38 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 234, de 13 de julho de 2016. **Diário de Justiça eletrônico do Conselho Nacional de Justiça**, n. 120, de 14 jul. 2016, p. 5-8, art. 2º, p. único.

39 BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Lei do Processo Judicial Eletrônico. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, 20 dez. 2006, página 2, art. 1º, § 2º, incisos I e II.

40 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Op. cit.**, art. 2º, p. único.

41 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 195.

42 Originária da conversão da Medida Provisória n. 1.040, de 29 de março de 2021, que dispunha sobre a facilitação para abertura de empresas, a proteção de acionistas minoritários, a facilitação do comércio exterior, o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos, as cobranças realizadas pelos conselhos profissionais, a pro-

o ambiente de negócios e investimentos do Brasil. Entre suas inovações, tornou a citação por meio eletrônico como procedimento preferencial, ao alterar a redação do art. 246, *caput*, do CPC⁴³, e transferiu ao CNJ sua regulamentação.

Entretanto, em 23 de setembro de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi acionado para apreciar a constitucionalidade da mencionada norma federal. A ação direta de inconstitucionalidade (ADI 7005) ataca os arts. 44 (que alterou os arts. 77, VII, 231, IX, 238, p. único, 246, 247, 397, I, II, III, 921, III, §§ 4º, 5º, 6º, 7º, do CPC), e 57, inciso XXXII (que revogou os antigos incisos do art. 246, do CPC), da Lei n. 14.195/2021⁴⁴.

fissão de tradutor e intérprete público, a obtenção de eletricidade e a prescrição intercorrente no Código Civil. A justificativa apresentada pelo Relator do Projeto de Lei, Deputado Marco Bertaiolli/SP, é que objetivou-se aprimorar o instituto da citação eletrônica e com isso angariar posições no indicador de execução de contratos, aferido anualmente pelo Doing Business (as alterações propostas somam até dois pontos para o país no ranking do Banco Mundial). As melhorias inseridas no projeto de lei de conversão não apenas representam boas práticas internacionais como também promovem a qualidade e a eficiência do sistema judicial, ao oportunizarem aos tribunais brasileiros a adoção de medidas para automatizar vários atos processuais, tema especialmente sensível nesse cenário de pandemia. Foram, portanto, acolhidos, na forma do Substitutivo, três emendas: Emenda n. 149 do Dep. Hugo Leal e Emenda n. 179 do Dep. Geninho Zuliani. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2275840>. Acesso em: 2 fev. 2022. Portanto, na origem, não havia proposta de alteração no Código de Processo Civil. Por essa razão, entende-se que a inovação no campo do processo civil pode ser considerado um “jabuti” ou contrabando legislativo, pela inserção em projeto de conversão de medida provisória em lei matéria estranha ao tema original. A esse respeito, o STF já se posicionou a respeito: “Emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória em lei. Conteúdo temático distinto daquele originário da medida provisória. Prática em desacordo com o princípio democrático e com o devido processo legal (devido processo legislativo)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5127**. Relator Min. Edson Fachin, julgamento em: 15 out. 2015). Dessa maneira, medida provisória não pode tratar de matéria relativa a processo civil (art. 62, 1º, I, b, da CF).

43 BRASIL. Lei n. 14.195, de 26 de agosto de 2021. Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários, sobre a facilitação do comércio exterior, sobre o Sistema Integrado de Recuperação de Ativos (Sira)[...]. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, seção 1, 27 ago. 2021, Página 4, art. 44.

44 Os fundamentos delineados na ADI 7005/STF são de ordem:

a) formal:

(i) viola princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, *caput*, parágrafo único; 2º, *caput*; 5º, *caput* e LIV, da CF/88);

(ii) versa sobre direito processual civil, que é matéria que a Constituição proíbe ser objeto de medida provisória (art. 62, § 1º, I, “b”, da CF/88);

b) material:

viola normas básicas intrínsecas à ideia de devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88).

Houve requerimento de medida cautelar para que o STF suste a eficácia dos arts. 44 e 57, XXXII, da Lei n. 14.195/2021, até decisão final de mérito.

Vale recordar que em 2017, o CNJ decidiu pela validade de intimação pelo WhatsApp⁴⁵. E há na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 1.595/2020,

Em 24/09/2021, os autos eletrônicos foram distribuídos ao Min. Luís Roberto Barroso. Em 19/11/2021, o Min. Luís Roberto Barroso emitiu despacho, cuja essência segue abaixo:

“[...] 8. A questão submetida à apreciação desta Corte é de inequívoca relevância, bem como possui especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, visto que a presente ação direta envolve a análise da compatibilidade formal e material de relevantes atos normativos federais com a Constituição Federal de 1988, além de abranger o debate constitucional acerca do devido processo legal.

9. Diante da presença dos requisitos legais, adoto o rito previsto no art. 10 da Lei n. 9.868/1999. Assim, determino as seguintes providências: (i) solicitem-se informações à Presidência da República, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, no prazo de cinco dias; (ii) em seguida, encaminhem-se os autos, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para manifestação, no prazo de três dias.

10. Decorridos os prazos, com ou sem manifestação, retornem conclusos os autos para exame do pedido cautelar.”

Em 3 de dezembro de 2021, a Advocacia Geral da União se manifestou pela legalidade da Lei n. 14.195/2021, sob os seguintes fundamentos:

constitucionalidade formal dos dispositivos atacados:

(i) possibilidade de apresentação de emendas parlamentares no curso do processo legislativo de aprovação das emendas provisórias, mas sem a estreiteza da pertinência temática invocada pelo autor da ADI, de modo não tolher e engessar o poder de emenda no curso do processo legislativo de apreciação de medidas provisórias;

(ii) os limites impostos à edição de medidas provisórias não se estendem aos projetos de lei de conversão, sob pena de desvirtuar o processo legislativo estabelecido na CF e indevida supressão das competências do Congresso Nacional;

material:

(i) não houve impugnação específica ao art. 397, do CPC;

(ii) é prestigiada a razoável duração do processo;

(iii) as modificações realizadas que tratam da citação e intimação visam a ajustar a sistemática dos referidos atos processuais à positivação, no art. 246, do CPC, da citação preferencialmente realizada por meio eletrônico. Essa medida atualiza o modelo de comunicação no processo civil de acordo com os avanços da tecnologia e não será aplicada de forma imediata ou sem critérios;

(iv) as alterações na sistemática dos atos processuais ora impugnadas têm caráter procedimental, são harmônicas entre si e representam uma necessária atualização dos fluxos comunicativos no âmbito do Poder Judiciário; (v) houve um esforço legislativo no sentido de permitir a racionalização das comunicações processuais, prestigiando-se o direito fundamental à razoável duração do processo; (vi) a suspensão da execução ocorrerá não apenas na hipótese de não serem localizados bens penhoráveis, mas também quando não for localizado o executado;

(vii) caso suspensa a tramitação, o prazo prescricional ficará suspenso por, no máximo, um ano, sendo que o termo inicial da prescrição no curso do processo será a ciência da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis.

45 O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou por unanimidade a utilização do aplicativo WhatsApp como ferramenta para intimações em todo o Judiciário. A decisão foi tomada durante o julgamento virtual do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0003251-94.2016.2.00.0000, que contestava a decisão da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), que proibira a utilização do aplicativo

de autoria do Senado Federal, que trata da intimação eletrônica por meio de aplicativo de mensagens multiplataforma⁴⁶.

Por não encontrar nas pesquisas julgado em matéria processual civil, é destacado o julgado paradigma da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ao julgar em 9 de março de 2021 o *Habeas Corpus* n. 641.877/DF, que impugnavam a citação por WhatsApp, o Ministro Relator Ribeiro Dantas o conheceu de ofício e anulou a citação pelo aplicativo por não constar nenhum comprovante quanto à autenticidade do citando-réu. Mas reconheceu, porém, a possibilidade do uso do aplicativo, e transferiu ao réu-citando o ônus de demonstrar a nulidade, uma vez que haverá ausência de nulidade se não se demonstrar o prejuízo (*pas nullité sans grief*):

[...] Com isso, é lícito assinalar que “sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Ibidem*, p. 27). Aqui se verifica, portanto, a ausência de nulidade sem demonstração de prejuízo ou, em outros termos, princípio *pas nullité sans grief*.

Nessa senda, registre-se não ser adequado fechar-se os olhos para a realidade. Excluir peremptória e abstratamente a possibilidade de utilização do Whatsapp para fins da prática de atos de comunicação processuais penais, como a citação e a intimação, não se revelaria uma postura comedida. Não se trata de autorizar a confecção de normas processuais por tribunais, mas sim o reconhecimento, em abstrato, de situações que, com os devidos cuidados, afastariam, ao menos, a princípio, possíveis prejuízos ensejadores de futuras anulações. Isso porque a tecnologia em questão permite a troca de arquivos de texto e de imagens, o que possibilita ao oficial de justiça, com quase igual precisão da verificação pessoal, aferir a autenticidade do número telefônico, bem como da identidade do destinatário para o qual as mensagens são enviadas.⁴⁷

O julgado, com votação unânime, foi além e engendrou três elementos indutivos para garantir a autenticidade do destinatário citado pelo WhatsApp. São eles:

no âmbito do Juizado Civil e Criminal da Comarca de Piracanjuba/GO. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/whatsapp-pode-ser-usado-para-intimacoes-judiciais/>. Acesso em: 02 fev. 2022.

46 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2243132>. Acesso em: 2 fev. 2022.

47 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Habeas Corpus* n. 641.877/DF. Relator Ministro Ribeiro Dantas. *Diário de Justiça eletrônico* (DJe), 15 mar. 2021, p. 1.

(I) número de telefone, (II) confirmação escrita e (III) foto individual. Com a concorrência desses elementos se poderia presumir que a citação se deu de maneira válida. Para demonstrar o prejuízo e, portanto, comprovar a nulidade da citação por meio do aplicativo mensageiro, necessitaria o réu-citando comprovar uma das hipóteses: (I) registro de ocorrência de furto/roubo ou perda do celular, na ocasião da citação; (II) contrato de permuta; (III) testemunha; (IV) outro meio válido. Outros julgados do STJ seguiram na mesma trilha⁴⁸.

No âmbito do TJ-SP, as Câmaras de Direito Criminal têm apresentado divergência quanto à possibilidade de citação pelo aplicativo WhatsApp em razão da epidemia de covid-19. De um lado, há desembargadores que entendem que o ato está em desconformidade com as disposições do Código de Processo Penal, além de configurar ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Outra corrente entende que, embora não haja previsão legal, a citação por WhatsApp não configura prejuízo ao réu e se justificaria diante da crise sanitária referente à covid-19⁴⁹.

Curioso é que, como já citado, a citação por meio eletrônico nos processos criminais é vedada pelo art. 6º da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006⁵⁰.

Na área cível, em abril de 2021, o desembargador relator Rômulo Russo, da 7ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, autorizou a citação pelo WhatsApp da parte contrária residente no exterior, em uma ação de alimentos, em razão da pandemia de covid-19⁵¹. Outros julgados do mesmo tribunal tomaram caminho oposto⁵².

48 Superior Tribunal de Justiça, precedentes: HC 699654/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, j. 16 nov. 2021; HC 679962/PR, Min. Jesuino Rissato (Desembargador convocado do TJDF), Quinta Turma, j. 05 out. 2021; HC 652.068/DF, Min. Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, j. 24 ago. 2021; AgRg no HC 141.245/DF, Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 13/04/2021; HC 644.543/DF, Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 09/03/2021; RHC 140.752/DF, Min Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 09/03/2021; HC 633.317/DF, Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 05/02/2021.

49 TJSP, julgados números: 2205393-87.2020.8.26.0000, 2003893-33.2021.8.26.0000, 2063142-12.2021.8.26.0000, 2281779-61.2020.8.26.0000, 2231411-48.2020.8.26.0000, 2210475-02.2020.8.26.0000, 2030174-26.2021.8.26.0000. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-13/tj-sp-diverge-possibilidade-citacao-telefone-whatsapp>. Acesso em: 22 fev. 2022.

50 BRASIL. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, art. 6º.

51 Por estar em segredo de justiça, não foi possível acessar o acórdão dos Autos n. 2071616-69.2021.8.26.0000. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-07/tj-sp-autoriza-citacao-parte-reside-exterior-whatsapp>. Acesso em: 2 fev. 2022.

52 TJ-SP, Agravo de Instrumento n. 2285278-53.2020.8.26.0000, de São Paulo, Rel. Des. Morais Pucci, 35ª Câmara, j. 19/02/2021; Agravo de Instrumento nº 2030799-60.2021.8.26.0000, de Diadema,

O julgado selecionado e referência para este ensaio é outro integrante do TJ-SP, que igualmente afastou a citação por meio do aplicativo WhatsApp, por não haver autorização legal, e já com menção à nova redação do art. 246, *caput*, do CPC⁵³.

O exequente requereu a citação do executado por meio do aplicativo WhatsApp ou e-mail. Em Primeiro Grau, em 20 de agosto de 2021, o pedido foi indeferido, sob o fundamento de ausência de previsão legal. O Juízo *a quo* apontou ter ocorrido citação por meios virtuais em casos urgentes, no caso do isolamento social, decorrente da covid-19. Todavia, com o retorno do trabalho presencial dos oficiais de justiça, não mais se justificava a situação emergencial autorizadora (Autos n. 1000245-45.2021.8.26.0523, da Vara única de Foro de Salesópolis/SP)⁵⁴.

Inconformado, o exequente manejou o Agravo de Instrumento, em 24 de agosto de 2021, o qual recebeu o n. 2198627-81.2021.8.26.0000. Distribuído para o Desembargador Relator Fabio Tabosa, da 29ª Câmara de Direito Privado, ele desproveu o recurso, em 08 de setembro de 2021, por votação unânime, cujo inteiro teor segue ao final, com trânsito em julgado em 25 de outubro de 2021⁵⁵.

O Desembargador Relator Fabio Tabosa alertou que embora seja importante a modernização dos atos processuais, em vista da eficiência da prestação jurisdicional, a citação é ato rígido do ponto de vista formal, e sujeito a requisitos que não podem ser negligenciados pela importância de que se reveste. A citação visa a integrar a parte contrária à relação processual, mas igualmente abrir-lhe oportunidade ao exercício do contraditório. Assentou a ausência de autorização legal para atender o pleito do agravante. Reconheceu que o CPC privilegia os meios eletrônicos em matéria de citação (art. 246), mas que a permissão legislativa não é genérica e indiscriminada, seja quanto à forma, seja quanto aos destinatários.

Rel. Des. L.G. Costa Wagner, 34ª Câmara, j. 30/04/2021; Agravo de Instrumento nº 2098795-75.2021.8.26.0000, de Santa Bárbara D'Oeste, Rel. Des. Campos Mello, 22ª Câmara, j. 12/05/2021.

53 BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, art. 246, *caput*.

54 SALESÓPOLIS. Vara única de Foro de Salesópolis. Execução de Título Extrajudicial n. 1000245-45.2021.8.26.0523. Juiz Joao Jose Custodio da Silveira. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=EJ0000DZT0000&processo.foro=523&processo.numero=1000245-45.2021.8.26.0523>. Acesso: 09 abr. 2024.

55 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (29ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento n. 2198627-81.2021.8.26.0000. Julgamento: 08 set. 2021, publicado em: 21 set. 2021, *Diário Eletrônico*: n. 3365, trânsito em julgado: 25 de outubro de 2021.

Até referiu-se à nova redação do art. 246, decorrente da Lei n. 14.195, de 26 de agosto de 2021⁵⁶.

No entanto, frisou que o dispositivo está direcionado para pessoas jurídicas que necessitam de se cadastrarem no sistema de processos em autos eletrônicos mantidos pelo Poder Judiciário. O que difere da situação apresentada nos autos recursais, pois a pretensão do agravante tem em mira citar pessoa física, por meio de singela mensagem, por correio eletrônico ou aplicativo telefônico.

Constata-se, desse modo, o conflito existente no âmbito do Judiciário em relação à aceitação, ou não, do uso do WhatsApp como meio citatório.

Seja como for, para a utilização dessa ferramenta tecnológica, seria recomendável ao Poder Judiciário realizar contrato com a empresa Facebook, proprietária do aplicativo WhatsApp. Ou ainda, formalizasse contrato também com outras empresas multiplataformas de mensageiro eletrônico, que transmitem mensagens de texto, áudio, foto e vídeo, criando opções aos jurisdicionados.

Ainda que seja o mais popularizado, o WhatsApp⁵⁷ impõe restrições para seus usuários. As exigências referem-se ao sistema operacional dos dispositivos eletrônicos portáteis utilizados pelos usuários (aparelho celular, tablet ou iPad): sistema operacional Android 4.1 e versões posteriores; iPhones com iOS 10 e versões posteriores; aparelhos com KaiOS 2.5.0 e versões posteriores, incluindo JioPhone e JioPhone 2⁵⁸.

56 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (29ª Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento n. 2198627-81.2021.8.26.0000.**

57 Mais de dois bilhões de pessoas, em mais de 180 países, usam o WhatsApp é um trocadilho com a frase “What’s Up” em inglês) para manter o contato com amigos e familiares, a qualquer hora ou lugar. O WhatsApp é gratuito (sujeito à cobrança de dados) e oferece um serviço de mensagens e chamadas simples, seguro e confiável para celulares em todo o mundo. O WhatsApp surgiu como uma alternativa ao sistema de SMS e agora possibilita o envio e recebimento de diversos arquivos de mídia: textos, fotos, vídeos, documentos e localização, além de chamadas de voz. Alguns de seus momentos mais importantes são compartilhados no WhatsApp. Por essa razão, implementamos a criptografia de ponta a ponta no nosso aplicativo. Por trás de cada decisão está o nosso desejo de possibilitar que as pessoas se comuniquem sem barreiras, em qualquer lugar do mundo. O WhatsApp foi fundado por Jan Koum e Brian Acton que, juntos, passaram quase 20 anos no Yahoo. O WhatsApp juntou-se ao Facebook em 2014, porém continua operando como um aplicativo independente e com o foco direcionado em construir um serviço de mensagens que seja rápido e que funcione em qualquer lugar do mundo. Disponível em: <https://www.whatsapp.com/about>. Acesso em: 3 fev. 2022.

58 Disponível em: <https://faq.whatsapp.com/general/download-and-installation/about-supported-operating-systems>. Acesso em: 3 fev. 2022.

Para contornar essa exigência, vale mencionar outros aplicativos tecnológicos concorrentes do WhatsApp, os quais também poderiam ser utilizados para esse fim: Signal, Telegram, Skype, Viber, Line, WeChat, ICQ, Kik, Librem Chat, Kakaotalk⁵⁹, Wire, Threema, Wickr.Me⁶⁰, Google Duo, KakaoTalk Messenger⁶¹ e Discord⁶².

Com isso, seria de bom alvitre o Poder Judiciário possibilitar alternativas aos jurisdicionados para receber citação por meio de plataforma de mensageiro eletrônico, com vistas a popularizar e difundir esse ato processual eletrônico.

Não se pode olvidar que essas empresas de tecnologia visam o lucro e, ao exercerem a atividade citatória junto com seus funcionários, cumprirão atividade executiva de ordem do Poder Judiciário. Logo, há de se impor obrigações para a(s) empresa(s) prestadora(s) desse serviço de envio de citação eletrônica, e possibilitar que o citando, se necessário, possa ter acesso à mensagem citatória que eventualmente ele venha a questionar, por ex., de não recebimento.

Mas não é só. Atualmente, quem já não recebeu e-mail ou mensagem falsa pelo WhatsApp, pelo qual o falsário se passa por servidor do Poder Judiciário, contendo teor de referência a ação judicial, e solicitando para o destinatário clicar em link contido na mensagem eletrônica.

Caso o destinatário da mensagem acione esse link, ele será direcionado a uma página falsa. A partir desse momento, o golpista inicia os passos para colher informações e dados pessoais do usuário-vítima, com o objetivo de lhe aplicar um golpe. O trapaceiro, é claro, ignora por completo a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018)⁶³.

59 Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2020/12/30/dicas-e-tutoriais/os-melhores-mensageiros-para-substituir-o-whatsapp-em-celulares-antigos/>. Acesso em: 3 fev. 2022.

60 Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/10/04/internet-e-redes-sociais/whatsapp-fora-do-ar-veja-8-aplicativos-alternativos-ao-mensageiro/>. Acesso em: 3 fev. 2022.

61 Disponível em: <https://www.oficinadanet.com.br/post/12454-10-aplicativos-para-substituir-o-whatsapp/>. Acesso em: 3 fev. 2022.

62 Disponível em: <https://www.techenet.com/2021/03/discord-alternativa-whatsapp-signal-telegram/>. Acesso em: 3 fev. 2022.

63 BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, seção 1, 15 ago. 2018, página 59.

Como é possível perceber, para a citação, como ato principal e essencial do processo, cumprir seu objetivo que é chamar a juízo o réu, o executado ou o interessado, impõe-se que o Poder Judiciário haja com prudência na efetivação da comunicação desse ato processual, em especial se pretende realizar por meio de aplicativo de mensagem. As cautelas da citação pelo correio podem servir como parâmetro inicial a ser obedecidas para citação por mensagem digital.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito dessa oscilação nos tribunais quanto à aceitação do uso do aplicativo WhatsApp para a realização da citação eletrônica, um ponto central a ser considerado é que a atual redação do art. 246, do CPC, ao mencionar que a citação preferencial, seja por meio eletrônico, seja por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, está a se referir a conta de e-mail (correio eletrônico).

E-mail⁶⁴ vem a ser a versão eletrônica do correio físico. Para se acessar a correspondência eletrônica, o destinatário tem de ingressar na sua conta de e-mail da

64 O e-mail foi inventado em 1.971 pelo programador de computador norte americano Raymond Samuel Tomlinson, aos 45 anos (Disponível em <https://www.tecmundo.com.br/web/2763-a-historia-do-email.htm> Acesso em 03 fev. 2022; Disponível em https://en.wikipedia.org/wiki/Ray_Tomlinson. Acesso em 03 fev. 2022). Porém, há notícias de que em 1963 existia o sistema operacional SDC's Q32 que possibilitava a troca de mensagens entre usuários. Em 1965, Tom Van Vleck e Noel Morris criaram um recurso de e-mail para o MIT (Compatible Time-Sharing System – CTSS (Disponível em <https://history-computer.com/the-first-e-mail-message-of-ray-tomlinson/>. Acesso em: 3 fev. 2022).

Ray trabalhava para a empresa Bolt, Beranek and Newman (BBN, hoje Raytheon BBN Technologies) em Boston/EUA. Na ocasião, ele enviou uma mensagem eletrônica para ele mesmo (“teste 1-2-3-4” ou uma mistura de letras aleatória (Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quem-enviou-o-primeiro-e-mail-da-historia/>. Acesso em: 3 fev. 2022) entre diferentes computadores, combinando os programas SNDMSG e CPYNET, com a utilização do símbolo “@” (preposição *at*, em inglês) nos endereços eletrônicos, com o uso da ARPANET (*Advanced Research Projects Agency Network*, em português, Rede da Agência de Pesquisas em Projetos Avançados).

Vale lembrar que a empresa BBN foi uma das companhias mais importantes no desenvolvimento de protocolos para a ARPANET, rede de computadores criada em 1969 pelo Departamento de Defesa dos EUA, transformada na internet tempos depois.

Naquele momento, o *e-mail* teve a funcionalidade de trocar simples mensagens entre usuários da ARPANET, equivalente ao serviço de mensagens curtas, hoje conhecido por SMS (abreviação da sigla inglesa *Short Message Service*).

A praticidade dessa troca de mensagens e sua evolução nos anos 90, possibilitando o intercâmbio de mensagem entre pessoas físicas de diferentes localidades, por meio de protocolos (IP, abreviação de *Internet Protocol*), tornou popular o programa, que passou a ser disseminado e mais utilizado, transfor-

empresa provedora de webmail de sua escolha, acessar sua caixa de entrada do correio e abrir a mensagem contida no envelope virtual.

Mensageiro instantâneo eletrônico, por sua vez, exige somente número telefônico celular e vinculação ao aplicativo instalado no dispositivo móvel ou fixo (computador) do usuário.

Quer-se demonstrar, dessa maneira, que esse aplicativo de mensagem instantânea eletrônica (no caso, o WhatsApp) não se enquadra na qualificação de meio eletrônico que exige endereço eletrônico indicado pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário.

Com as ressalvas das decisões do CNJ, STJ e do TJ-SP, que acolheram a utilização do WhatsApp como meio legítimo para se realizar citação, sustenta-se que para a utilização de multiplataformas de mensageiro eletrônico se exige alteração legislativa ou que o CNJ, na regulamentação do art. 246, *caput*, do CPC, com atuação inovadora, discorra a respeito.

mando-se no que chamamos, hoje, de correio eletrônico, e utilizado por pessoas físicas e jurídicas das mais variadas formas. O aperfeiçoamento desse programa permitiu que com a mensagem eletrônica fosse anexado arquivo de dados.

É necessário destacar que esse processo de envio de mensagem é operacionalizado por uma empresa prestadora de serviços que cuida do envio da mensagem (provedor de e-mail, no qual se exige abrir uma conta) para a empresa prestadora de serviços receptora (outro provedor de e-mail, podendo ser o mesmo ou não). Entre esses provedores de e-mail, os mais conhecidos são Outlook, da Microsoft; Gmail, do Google; Yahoo, da empresa de mesmo nome.

6. ACÓRDÃO

Registro: 2021.0000730805

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2198627-81.2021.8.26.0000, da Comarca de Salesópolis, em que é agravante MARCO ANTONIO FREIRE DE FARIA, é agravado MARCO ANTÔNIO PASSADORE.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FABIO TABOSA (Presidente), CARLOS HENRIQUE MIGUEL TREVISAN E MÁRIO DACCACHE.

São Paulo, 8 de setembro de 2021.

FABIO TABOSA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Agravante: Marco Antônio Freire de Faria

Agravado: Marco Antônio Passadore

Agravo de Instrumento n. 2198627-81.2021.8.26.0000 V. Única de Salesópolis

Voto n. 19.829

Ementa: Processual. Prestação de serviços advocatícios. Execução por título executivo extrajudicial, quanto a honorários contratuais. Pretensão do exequente de citação do executado por meio do Whatsapp ou e-mail. Descabimento. Citação que é ato formal rígido, e que não admite meios diversos dos previstos em lei. Limites da opção do art. 246 do CPC vigente quanto à preferência pela citação por meios eletrônicos. Aplicabilidade quanto a pessoas jurídicas, ainda assim aquelas devidamente cadastradas no sistema mantido pelo Poder Judiciário para tal fim. Citação nos termos pretendidos, por mera mensagem de correio eletrônico ou aplicativo telefônico, que nem mesmo para pessoas jurídicas se faria, dessa forma, possível. Decisão agravada, que denegou a diligência em tais termos, confirmada. Agravo de instrumento do exequente desprovido.

VISTOS

Trata-se de agravo interposto contra a r. decisão reproduzida na fl. 8 deste instrumento (fl. 371 dos autos principais), que, no âmbito de execução por quantia certa

fundada em título extrajudicial (crédito por honorários advocatícios contratuais), indeferiu pedido formulado pelo exequente de citação do executado por Whatsapp ou *e-mail*, considerando a MM^a Juíza, para tanto, a ausência de previsão legal.

Insurge-se o exequente, insistindo na possibilidade de citação do executado pelos meios eletrônicos indicados, tendo em vista a frustrada tentativa de localização no endereço situado em Campinas/SP. Nessa linha, aduz que o executado também residiria nos Estados Unidos, tendo ele próprio requerido a intimação por *e-mail*, no âmbito de processo administrativo que teria tramitado no TED da OAB/SP. Bate-se, em conclusão, pela reforma da r. decisão agravada.

Deferiu-se o processamento do agravo de instrumento, denegando-se a antecipação da tutela recursal requerida e dispensando-se, outrossim, a prestação de informações pelo MM. Juízo *a quo*, bem como a intimação para resposta do agravado, ainda não citado para os termos da demanda. O recurso, que é tempestivo, veio acompanhado do comprovante do recolhimento das custas de preparo e instruído com as peças obrigatórias.

É o relatório.

Não prospera o inconformismo.

Com efeito, em que pese a importância da modernização quanto aos atos processuais, em prol da eficiência da prestação jurisdicional, nota-se que a citação é ato rígido do ponto de vista formal, e sujeito a requisitos que não podem ser negligenciados pela importância de que se reveste, destinada que é não apenas a integrar a parte contrária à relação processual como também a abrir-lhe oportunidade ao exercício do contraditório.

E, nesse sentido, simplesmente não há autorização legal, como ponderado pela r. decisão agravada, para a utilização de mecanismos eletrônicos a exemplo dos referidos.

E nem se diga que o próprio CPC privilegiaria os meios eletrônicos em matéria de citação. Ainda que o art. 246, *caput*, realmente o diga, como parâmetro, a simples leitura desse dispositivo legal (objeto inclusive de alteração pela recentíssima Lei n. 14.195/2021) mostra que a permissão não é genérica e indiscriminada, seja quanto à forma, seja quanto aos destinatários.

Fala-se, com efeito, em citação de determinadas pessoas jurídicas, e ainda assim mediante o devido cadastro no sistema de processo em autos eletrônicos mantidos pelo Poder Judiciário, o que é bem diferente da pretensão aqui externada de citação de pessoa física, por meio do envio a ela de singela mensagem, por correio eletrônico ou aplicativo telefônico.

Fica, por tudo, confirmada a r. decisão agravada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

FABIO TABOSA

Relator

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cassio Drummond Mendes de. A polêmica citação por WhatsApp. *Boletim Revista dos Tribunais Online*, São Paulo, v. 16, 2021. Jun/2021.

ALMEIDA, Francisco Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2019, v. 1.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5127. Relator Min. Edson Fachin, julgamento em: 15 out. 2015.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1968. v. 1.

CAMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo comentado*. São Paulo: Saraiva, 1930, v. 1.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao Código de Processo Civil*: (arts. 188 ao 293). 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, v. III.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1941, v. II.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v. II.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, t. III.

PACHECO, José da Silva. *Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976.

PINTO, José Maria Frederico Souza. *Primeiras linhas sobre o processo civil brasileiro*. Tomo primeiro. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert Editores, 1850.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

SANSEVERINO, Milton; KOMATSU, Roque. *A citação no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (29ª Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento n. 2198627-81.2021.8.26.0000**. Julgamento: 08 set. 2021, publicado em: 21 set. 2021, Diário Eletrônico: n. 3365, trânsito em julgado: 25 de outubro de 2021.

SHIMURA, Sérgio; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Acomodadas ao foro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1906.

EMENTÁRIO DA PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PA N. 12/2023

ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. AUTARQUIA. Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN-SP. ATO ADMINISTRATIVO. CREDENCIAMENTO. Credenciamento de autoescolas e Centros de Formação de Condutores – CFCs. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. Sancionatório. Apuração de possível irregularidade de autoescola e/ou CFC na emissão de Carteira Nacional de Habilitação – CNH. Na falta de previsão de prazo na legislação de regência, aplica-se, por analogia, o prazo quinquenal do Decreto nº 20.910/1932. Precedentes: Pareceres PA nºs 55/2021 e 31/2022. ADALBERTO ROBERT ALVES

Aprovado.

PA N. 14/2023

SERVIDOR PÚBLICO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTAGEM DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. Contagem recíproca. Expedição e homologação de CTC pela entidade gestora do Regime Próprio de Previdência Social. Servidor público estadual com vínculo ativo ao regime próprio. Viabilidade restrita a ex-servidor ou, em se tratando de acumulação lícita de cargos efetivos, limitada ao tempo de contribuição no cargo do qual o servidor se exonerou ou foi demitido. Impossibilidade, mesmo quanto a este cargo, de certificar-se tempo de contribuição que não tenha transcorrido em situação de acumulação de cargos. Direito à contagem recíproca que surge, para o ocupante de cargo efetivo, somente quando inviável o aproveitamento desse tempo no regime próprio. Artigo 2º da Lei Federal nº 9.796/1999. Artigo 96, VI, da Lei Federal nº 8.213/1991, incluído pela Lei Federal nº 13.846/2019. Artigo 196, caput e § 1º, da Portaria MTP nº 1.467/2022. Decisões do Poder Judiciário que vem de abonar o entendimento sustentado no Parecer PA n.º 36/2014. Precedentes: PA 64/2013, PA 124/2011. SUZANA SOO SUN LEE

Aprovado.

PA N. 15/2023

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Reajustes da remuneração de empregados públicos do CEETEPS, FAMEMA e FAMERP com base em índices fixados pelo CRUESP. Inconstitucionalidade reconhecida pelo STF quando do julgamento do ARE nº 1.057.577-SP. Proposta de ajuizamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para “: i) emprestar eficácia contra todos e efeito vinculante à tese jurídica firmada nos autos do ARE nº 1.057.577/SP e ii) proibir a concessão pro futuro de aumentos remuneratórios automáticos, concedidos com base em títulos judiciais contrários ao citado precedente”. Viabilidade em tese. COISA JULGADA. Impossibilidade, via de regra, de ajuizamento de ADPF visando a desconstituição ou alteração de decisões transitadas em julgado. A ADPF não é sucedânea da ação rescisória, conforme iterativa jurisprudência do STF. Não obstante, as excepcionalidades verificadas no caso concreto militam a favor do ingresso em juízo, notadamente para obstar os efeitos futuros de decisões já transitadas em julgado que tenham por objeto relações jurídicas de trato sucessivo. ADALBERTO ROBERT ALVES

Aprovado.

PA N. 24/2023

SERVIDOR PÚBLICO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. APOSENTADORIA ESPECIAL EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES COM EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS QUÍMICOS, FÍSICOS E BIOLÓGICOS PREJUDICIAIS À SAÚDE. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM TEMPO COMUM. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Inteligência da Súmula Vinculante nº 33 do Supremo Tribunal Federal à luz do precedente da tese fixada para o tema nº 942 da repercussão geral (RE nº 1.014.286 – SP) e da apreciação do Mandado de Injunção nº 4.204. Reconhecimento do direito do servidor público vinculado ao regime próprio de previdência social à conversão do tempo de serviço prestado sob as condições especiais estipuladas no artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal (revogado pela EC 103, de 2019) em tempo de serviço comum, para fins de concessão de aposentadoria comum, até a vigência da EC 103, de 12 de novembro de 2019, mediante aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social, enquanto não for editada lei complementar

específica. A partir de 13 de novembro de 2019, está vedada a conversão em tempo comum, do prestado sob condições especiais, em se tratando do Regime Geral de Previdência Social (artigo 25, caput e § 2º da EC 103, de 2019) e dos regimes próprios de previdência social dos servidores da União (artigo 10, § 3º da EC 103, de 2019) e do Estado de São Paulo (artigo 40, § 4º-C, da CF c/c o artigo 5º, § 2º da Lei Complementar nº 1.354, de 6 de março de 2020). Precedente Parecer PA 65/2021. ADRIANA MASIERO REZENDE

Aprovado.

PA N. 27/2023

SERVIDOR PÚBLICO. JORNADA DE TRABALHO. Duração. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.237.867, em sede de repercussão geral (Tema 1097), que assegurou aos servidores públicos estatutários a aplicação “para todos os efeitos, do art. 98, § 2º e § 3º, da Lei 8.112/1990”. Decisão transitada em julgado. EXTENSÃO DE DECISÃO JUDICIAL. Proposta de extensão administrativa da eficácia da sobredita decisão do STF. Viabilidade jurídica, à luz dos artigos 3º, inciso XII, e 7º, inciso XXIII, da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 1.270/2015). Pedido formulado por servidoras, mães de filhos portadores de deficiências, de redução da jornada de trabalho, com fundamento no quanto decidido pelo STF. Viabilidade jurídica, desde que comprovada a deficiência da prole. Proposta de edição de decreto, nos termos do artigo 47, inciso XIX, “a”, da Constituição do Estado de São Paulo de 1989, para disciplinar os vários aspectos relacionados à aplicação da decisão proferida pelo STF. Entendimento gizado no Parecer PA nº 57/2008 que agora resta superado. ADALBERTO ROBERT ALVES

Aprovado.

PA N. 34/2023

SERVIDOR PÚBLICO. DIREITOS E VANTAGENS. TETO REMUNERATÓRIO. PROCURADOR AUTÁRQUICO. PROCURADOR DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. Inteligência do artigo 37, XI, da Constituição da República. Fixada orientação no sentido de que o teto remuneratório aplicável aos Procuradores do Estado é equivalente ao subsídio dos Ministros

do Supremo Tribunal Federal (ARE nº 1.144.442), mister reconhecer que idêntico limite se aplica aos Procuradores Autárquicos e aos Procuradores da Assembleia Legislativa Estadual, contemplados junto àqueles sob a expressão “Procuradores”, prevista na parte final do inciso XI do artigo 37 da Lei Maior (RE nº 558.258 e RE nº 562.238). Precedentes: Pareceres PA nº 3/2014, 3/2018, 33/2022 e 64/2022; Parecer SubG-Cons nº 97/2017. JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA

Aprovado.

PA N. 35/2023

SERVIDOR TRABALHISTA. EMPREGO PÚBLICO. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Gratificação pelo Desempenho de Atividades no Poupatempo - GDAP. Artigos 11 e 12 da Lei Complementar nº 847/1998. Viabilidade, em tese, de concessão da GDAP aos empregados públicos das Autarquias que desempenham atividades próprias do Poder Público de supervisão e orientação técnica que fazem parte dos serviços prestados nos Postos do POUPATEMPO (art. 5º, caput) ou exercem atividades de apoio neles desenvolvidas (art. 6º, caput), desde que observadas as formalidades previstas nos artigos 5º e 6º, I, da LCE nº 847/1998 (art. 11). Precedentes: PA 304/2006, PA 34/2019, PA 40/2021. SUZANA SOO SUN LEE

Aprovado.

PA N. 43/2023

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO. CONCURSO PÚBLICO. INGRESSO NA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO. PESSOAS PRETAS, PARDAS E INDÍGENAS. IGUALDADE RACIAL. AÇÃO AFIRMATIVA. APLICABILIDADE IMEDIATA E MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. MATÉRIA NÃO SUJEITA À RESERVA LEGAL. Sob os influxos do princípio da igualdade substancial (artigos 1º, incisos III e V, 3º, incisos I e VIII, 4º, inciso VIII e 5º, caput e incisos XLI e XLII, da Constituição da República), da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022), da Convenção nº 111, da OIT (Anexo XXVIII do Decreto nº 10.088/2019) e do Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), é legítimo ao gestor optar pela política pública que, no caso concreto, demonstrar maior efetividade para a promoção da igualdade

racial, em detrimento daquela prevista na legislação estadual para a generalidade das situações. PECULIARIDADES DA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO. Enquadramento constitucional da Advocacia Pública entre as funções essenciais à Justiça. Artigo 132 da Constituição da República e artigo 98 da Constituição Estadual, que revelam especial deferência ao concurso de ingresso na carreira de Procurador. Artigo 9º da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, internalizada nos termos do artigo 5º, § 3º, da CR/1988, que eleva a integração das minorias raciais nas carreiras jurídicas a mandamento constitucional. Demonstrada a superioridade do método de cotas (reserva de vagas) em relação ao método de preferências (pontuação diferenciada), previsto na Lei Complementar nº 1.259/2015 e disciplinado no Decreto nº 63.979/2018, para a promoção da igualdade racial no contexto do concurso de ingresso na carreira de Procurador do Estado de São Paulo, a adoção do primeiro exsurge como política pública juridicamente possível. JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA

Aprovado.

EMENTÁRIO DA PROCURADORIA PARA ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS

PAT N. 19/2023

IRRF. SIMPLES NACIONAL (Microempresa e Empresa de Pequeno Porte). PERSE. Contrato de prestação de serviços não contínuos de agenciamento sistematizado de viagens corporativas (passagens aéreas) e seguros. Intermediação de serviços. Apresentação de nota fiscal/fatura em nome da

contratada com o valor cobrado pela intermediação, em relação ao qual não haverá retenção na fonte do Imposto sobre a Renda (IRRF), por se tratar de empresa optante pelo Simples Nacional (art. 4º, XI, IN/RFB n. 1234/2012). Apenas as receitas próprias da contratada (valor cobrado pela intermediação) estarão excluídas da retenção do IRRF. Emissão de faturas separadas por prestador de serviço quanto às demais receitas que não são próprias (valor do bilhete de passagem aérea, tarifa de embarque, ...), conforme procedimento previsto no art. 12, §1º, II, da IN/RFB 1234/2012, em relação aos quais haverá retenção na fonte do Imposto sobre a Renda. Observações sobre a aplicação da LEI FEDERAL Nº 14.148/2021 – PROGRAMA EMERGENCIAL DE RETOMADA DO SETOR DE EVENTOS (PERSE).

Aprovado.

PAT N. 20/2023

CONTRATO ADMINISTRATIVO. VALE REFEIÇÃO. ISS. BASE DE CÁLCULO. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS (NOTA FISCAL). Prestação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de documentos de legitimação – vale refeição – na forma de cartão eletrônico ou de tecnologia similar, com chip de segurança, senha pessoal e intransferível e respectivos créditos e recargas de créditos mensais, destinados aos servidores ativos e em exercício nas unidades que compõem a Secretaria da Fazenda e Planejamento do Estado de São Paulo. Dúvida relativa à aplicação da E- rrientação n. 1/2023, da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, que versa sobre a adaptação de cláusulas de medição e de pagamento. Solução da dúvida jurídica que se

encontra atrelada a noções referentes à mensuração do valor dos serviços, base de cálculo do ISS. Valores relativos à carga/recarga dos créditos mensais destinados aos servidores, que não correspondem à contraprestação dos serviços prestados, não compoem a base de cálculo do imposto. Observação relativa à emissão do documento fiscal.

Aprovado.

PAT N. 21/2023

IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. Art. 6º, XIV, da Lei federal nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. Concessão ou manutenção da isenção independentemente da contemporaneidade dos sintomas da doença ou da recidiva da enfermidade. Desnecessidade de correspondência do prazo de

validade fixado no laudo médico oficial e a isenção tributária prevista na norma sob análise ou mesmo o condicionamento da isenção à fixação de validade no laudo. Jurisprudência pacífica do STJ consubstanciada na súmula nº 627. Soluções de Consulta COSIT. Artigo 62, §7º, da Instrução Normativa

da Receita Federal do Brasil nº 1.500/2014.

Aprovado.

PAT N. 22/2023

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. Empresa pública federal. Reconhecimento da imunidade tributária pelo STF em relação ao ICMS incidente sobre a prestação do serviço de transporte de encomendas. Solicitação de reconhecimento da imunidade do ICMS sobre atividade de comercialização de mercadorias e sobre a prestação de serviços telemáticos. Discussão judicializada. Imunidade aplicável às finalidades essenciais ou delas decorrentes. Imunidade em relação ao ICMS incidente sobre telegrama e incidência de ICMS na comercialização de mercadorias. Precedente: Parecer PAT nº 52/2021.

Aprovado.

PAT N. 24/2023

PASSAGEM AÉREA INTERNACIONAL. SERVIÇO PRESTADO POR EMPRESA COM SEDE NA ESPANHA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 1.234/2012. ACORDO DE RECIPROCIDADE. Artigo 8º, 1, da Convenção entre a República Federativa do Brasil e a Espanha destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal, promulgada pelo Decreto federal n° 76.976, de 2 de janeiro de 1975. Inexistência de isenção heterônoma. SEGURO-VIAGEM. Serviço prestado por empresa brasileira. Retenção do Imposto sobre a Renda.

Aprovado.

PAT N. 25/2023

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF). PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, ASSEIO E CONSERVAÇÃO PREDIAL, COM DISPONIBILIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA, SANEANTES DOMISSANITÁRIOS, MATERIAIS E EQUIPAMENTOS. Dúvida jurídica relativa à alíquota a ser aplicada para retenção do imposto sobre a renda

em contratos de prestação de serviços de limpeza predial. Tabela de alíquotas prevista no Anexo I da Instrução Normativa/RFB n° 1234/2012. Disposição específica relativa aos serviços de limpeza, que estabelece alíquota de 4,8%.

Aprovado.

PAT N. 26/2023

CONTRATO ADMINISTRATIVO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS). Gerenciamento de manutenção veicular ou gerenciamento de manutenção de frota. Quarteirização. Objeto: prestação de serviços de gerenciamento e manutenção automotiva em geral, contínua, preventiva e corretiva, incluindo mão de obra, fornecimento de peças, componentes, acessórios e outros materiais; transporte em suspenso por guinchamento e socorro mecânico, por meio de rede de oficinas e centros automotivos credenciados, bem como a implantação e operação de sistema informatizado, via internet, com a utilização de dispositivo eletrônico processado e/ou com chip, para atender à frota de veículos no âmbito da Coordenadoria de Regiões de Saúde. Dúvida da

Administração em relação ao procedimento relativo à emissão de notas fiscais e pagamento do ISS decorrentes da execução do contrato. Contratada que realiza gestão, mediante uso de software, dos serviços executados pelas

oficinas que credencia. Necessidade de verificar a previsão contida na lei do município em que se encontram as oficinas executoras dos consertos, acerca do pagamento do ISS. No caso concreto, os serviços foram executados por oficinas mecânicas instaladas no Município de Barretos, cuja legislação (art. 10, LC nº 97/2008) atribui a responsabilidade pelo recolhimento do ISS à pessoa jurídica contratante, tomadora ou intermediária de serviços, com estabelecimento no Município de Barretos.

Aprovado.

ISSN 2237-4515



9 772237 451009 50



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO