

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

ISSN 2316-4212

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

Diretor

Joatan Marcos de Carvalho

Editor

Luiz Fernando de Queiroz

14

www.revistajudiciaria.com.br

Revista Judiciária do Paraná – Ano XII – n. 14 – Novembro 2017

Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

EDITOR RESPONSÁVEL

Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabethe Pissaia

REVISÃO

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO

Josiane C. L. Martins

CAPA

Priory

FOTO DA CAPA

Jubal S. Dohms

Edição, Publicação e Distribuição

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

sac@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

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

Semestral

ISSN 2316-4212

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

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 1.500 exemplares

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Frederico Mendes Junior

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

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

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EDITORIAL Albino de Brito Freire

Anita Zippin
Cláudia Lima Marques
Clèmerson Merlin Clève
Edson Ferreira Freitas
Fernando Antônio Prazeres
Francisco de Oliveira Cardoso
Ives Gandra da Silva Martins
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jorge de Oliveira Vargas
José Laurindo de Souza Netto
José Sebastião Fagundes Cunha
Juarez Cirino dos Santos
Laurentino Gomes
Luiz Edson Fachin
Luiz Fernando Tomasi Keppen
Manoel Caetano Ferreira Filho
Mário Frota
René Ariel Dotti
Ricardo Hasson Sayeg
Roberto Portugal Bacellar
Teresa Arruda Alvim

APOIO INSTITUCIONAL

Associação dos Magistrados do Trabalho – **AMATRA**

(www.amatra9.org.br)

Associação Paranaense dos Juízes Federais - **APAJUFE**

(www.apajufer.com.br)

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

(www.emap.com.br)

Escola de Magistratura Federal do Paraná – **ESMAFE**

(www.esmafe.com.br)

Escola dos Magistrado do Trabalho do Paraná – **EMATRA**

(www.ematra9.org.br)

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

(www.ejal.org)

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

(www.redlaj.net)

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

(www.tjprjus.br)

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE

Frederico Mendes Junior

1º VICE-PRESIDENTE

Nilce Regina Lima

2º VICE-PRESIDENTE

Antonio Acir Hrycyna

3º VICE-PRESIDENTE

Aurênio José Arantes de Moura

4º VICE-PRESIDENTE

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

5º VICE-PRESIDENTE

João Maria de Jesus Campos Araújo

6º VICE-PRESIDENTE

Leonardo Ribas Tavares

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Sigurd Roberto Bengtsson

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

1º TESOUREIRO

Antonio José Carvalho da Silva Filho

DIRETORES EXECUTIVOS

Eduardo Casagrande Sarrão

Diego Santos Teixeira

Roberto Antonio Massaro

César Ghizoni

Fernando Bueno da Graça

Marco Vinicius Schiebel

Marcelo Pimentel Bertasso

Nicola Frascati Junior

Antonio Lopes de Noronha Filho

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA

Leonardo Bechara Stancioli

BOAS PRÁTICAS

Joeci Machado Camargo

APOSENTADOS

João Maria de Jesus Campos Araújo

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Carlos Henrique Licheski Klein

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Glauco Alessandro de Oliveira

Antônio José Carvalho da Silva Filho

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marcos Antonio da Cunha Araujo

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas

Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO

Francisco Carlos Jorge

CULTURAL – DIRETOR

Noeval de Quadros

CULTURAL – MEMBROS

Ivanise Maria Tratz Martins

Flavia da Costa Viana

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

Oswaldo Canela Junior

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

ESPORTES

Davi Pinto de Almeida

ESPORTES – ATLETISMO

Roger Vinicius Pires de Camargo Oliveira

Shaline Zeida Ohi Yamaguchi

ESPORTES – FUTEBOL

Davi Pinto de Almeida

ESPORTE FEMININO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

INFORMÁTICA

Rui Portugal Bacellar Filho

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL

Bruna Cavalcanti de Albuquerque
Zandomeneco

INTEGRAÇÃO – INTERIOR

Marcelo Pimentel Bertasso

JURÍDICO

Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS

Sérgio Luiz Kreuz

MEMÓRIA E ARQUIVO

Chloris Elaine Justen de Oliveira

MÚTUA

Themis Almeida Furquim Cortes

OBRAS – DIRETOR

Fernando Ferreira de Moraes

OBRAS – VICE-DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA

Suzana Massako Hiram Loreto de Oliveira

PATRIMÔNIO

Marco Vinicius Schiebel

PENSIONISTAS

Marília de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

RECURSOS HUMANOS

Erick Antonio Gomes

SERSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS

José Luiz Dosciati

Gilberto Ferreira

Raul Luiz Gutmann

André Carias de Araújo

SOCIAL – DIRETORA

Beatriz Fruet de Moraes

SOCIAL – VICE-DIRETORAS

Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa

Andrea Fabiane Groth Busato

TÊNIS – DIRETORES

Wilson José de Freitas Junior

André Carias de Araujo

SEDES

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Rodrigo Luis Giacomini

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

GUARATUBA – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araújo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR

Ademir Ribeiro Richter

MARINGÁ – DIRETOR

Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

José Camacho Santos

PILARZINHO – DIRETOR

Leomir Binhara de Mello

PILARZINHO – VICE-DIRETOR

Romero Tadeu Machado

PIRAQUARA – DIRETOR

Nelson França Pereira

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR

Davi Pinto de Almeida

PONTA GROSSA – DIRETORA

Noeli Salette Tavares Reback

PONTA GROSSA – VICE-DIRETORA

Heloisa da Silva Krol

CONSELHO FISCAL

PRESIDENTE

Jederson Suzin

MEMBROS

Jeane Carla Furlan

Giovanna Rechia de Sá

Marcel Ferreira dos Santos

Marcos Antônio de Souza Lima

Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch

Ricardo Luiz Gorla

Walter Ligeiri Junior

SUPLENTES

Beatriz Fruet de Moraes

Branca Bernardi

Fabício Voltaré

Juliano Albino Mânica

Marcelo Quentin

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

PRESIDENTE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

MEMBROS DA COMISSÃO

Carlos Henrique Licheski Klein

Alexandre Gomes Goncalves

Oswaldo Soares Neto

Ariel Nicolai Cesa Dias

EMAP

DIRETOR GERAL

José Laurindo de Souza Netto

SUPERVISOR PEDAGÓGICO

Clayton de Albuquerque Maranhão

COORD. GERAL DE CURSOS

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

CURITIBA – DIRETOR

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

CURITIBA – VICE-DIRETOR

Eduardo Novacki

CASCAVEL – DIRETOR

Leonardo Ribas Tavares

CASCAVEL – VICE-DIRETORA

Filomar Helena Perosa Carezia

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio de Souza Lima

LONDRINA – DIRETOR

Rodrigo Afonso Bressan

LONDRINA – VICE-DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

MARINGÁ – DIRETOR

Fabio Bergamin Capela

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Marcel Ferreira dos Santos

PONTA GROSSA – DIRETOR

Hélio César Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Periotto

JUDICEMED

PRESIDENTE

Frederico Mendes Junior

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Nicola Frascati Junior

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Stewart Camargo Filho

CONSELHO FISCAL – MEMBROS

Rui Antonio Cruz

José Candido Sobrinho

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Michela Vechi Saviato

CONSELHO GESTOR

Antonio Renato Strapasson

Hayton Lee Swain Filho

Shiroshi Yendo

Antonio Loyola Vieira

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

www.amapar.com.br

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

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

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA

www.revistajudiciaria.com.br

APRESENTAÇÃO

De uma maneira simplificada pode-se dizer que a diferença entre uma revista e um livro é basicamente o seu formato e sua periodicidade; mas, sem dúvida, também há sensíveis semelhanças já que sendo veículos gráficos prestam-se à finalidade de transmissão de informações e conhecimentos.

Em sua conceituação enquanto objeto, isto é, a transformação de papel, tinta e conteúdo em uma unidade consolidada, uma publicação se dissemina de maneira diversificada; segue uma distribuição, uma remessa, para enfim alcançar os destinatários.

Muito provavelmente esta seja a razão do porquê exista tanto apelo ao livro-objeto, mesmo não deixando a publicação digital de constituir-se, também, um objeto virtual até com maior facilidade de transcrição e difusão.

Até mesmos os autores parecem ter o sentimento de que seus textos se materializam ao receberem os exemplares com os seus artigos; mas, para aqueles desapegados do tradicional suporte em papel, a Revista Judiciária do Paraná oferece em seu site todas as edições anteriores.

Para nossa alegria e de todos os que acompanham as publicações, temos a grata satisfação de contar a partir deste número com o inestimável apoio institucional da Apajufe/Esmafe-Pr, Amatra-IX e Ematra-IX.

Os apoios que temos recebido nos asseguram que estamos no caminho certo para a consolidação deste tradicional projeto editorial, cujo principal objetivo é manter aberto e à disposição de todos um canal de comunicação de elevado nível jurídico-cultural.

Nada disso seria possível sem a participação da Editora Bonijuris, que desde o número 4 desta fase emprestou à RJP um arrojado projeto

gráfico e um apurado e rigoroso controle de qualidade editorial. Saliente-se que a Bonijuris desde a edição número 49/dezembro de 1990, da fase anterior (*Revista da Associação dos Magistrados*), já se apresentava como coeditora de nossa publicação.

Ao tempo em que apresentamos mais esta edição, queremos manifestar nossos agradecimentos aos nossos novos parceiros e renovar nossa homenagem a todos que nos tem apoiado e patrocinado, aos nossos conselheiros, autores, leitores e, mais especialmente, aos competentes e dedicados funcionários da Amapar e da Bonijuris.

Boa leitura.

Joatan Marcos de Carvalho

Diretor da RJP

SUMÁRIO

ANÁLISE

1. A questão do aumento do preço dos combustíveis através de decreto 17
Jorge de Oliveira Vargas
David Willian Peixoto

DOCTRINA

2. O núcleo indisponível do direito fundamental da proibição da prova ilícita no Brasil 33
José Laurindo de Souza Netto
3. Julgamento parcial de mérito no CPC de 2015: vamos deixar tudo como está? 57
Rogéria Dotti
4. Interesse público e os direitos humanos – O *parquet* na justiça cível democrática como fiscal da estrita legalidade – A correta aplicação da lei na interpretação do novo Código de Processo Civil 63
Cândido Furtado Maia Neto
Diego de Lima Soni
Magna Carvalho de Menezes Thiele
Luiz Gustavo Rosá
5. Descriminalização do aborto, vozes, mortes e o direito de escolha 87
Denise Antunes
6. Contratos de comunicações eletrônicas: o que há de novidades? 103
Mário Frola
7. Recuperação judicial como forma da manutenção da função social 113
Morgana Borssuk da Rosa
8. A execução penal sob a ótica da responsabilidade material do Poder Executivo para a concretização da adequada resposta penal estatal 125
Roberto Massaro
Phillip Gil França

9. Críticas e sugestões ao combate ao crime de abuso de poder econômico	155
<i>Renata Carvalho Kobus</i>	
10. Breve ensaio sobre direito, justiça e ativismo judicial	167
<i>Márcio Tokars</i>	
11. Trânsito em julgado progressivo: o entendimento das cortes supremas e a questão no CPC/15	183
<i>Clayton Maranhão</i>	
<i>Rogério Rudiniki Neto</i>	
12. Os sistemas processuais agonizam?.....	203
<i>Jacinto Nelson de Miranda Coutinho</i>	
13. Imposto de transmissão <i>causa mortis</i> no arrolamento: Inaplicabilidade do art. 192 do CTN – Erro material no texto do art. 664, § 4º, do CPC/15	219
<i>Denise Damo Comel</i>	
14. Morosidade da justiça com os dias contados	241
<i>Ivo Faccenda</i>	
15. Controle de convencionalidade e proteção dos direitos das pessoas com deficiência para além do discurso.....	243
<i>Fernando Antônio Prazeres</i>	

EM DESTAQUE

16. A consulesa ou a cônsul? A poetisa ou a poeta?	253
<i>Albino Freire</i>	

JURISPRUDÊNCIA

17. Ementário do TJPR	261
Administrativo, 263	
Civil, 269	
Criminal, 283	
Processo Civil, 295	
Tributário, 303	

ANÁLISE

A questão do aumento do preço dos combustíveis através de decreto

Jorge de Oliveira Vargas¹

Mestre, doutor e pós-doutor pela UFPR, desembargador do TJPR

David Willian Peixoto²

Acadêmico de Direito na UTP, monitor e assessor no TJPR

Resumo: Análise da constitucionalidade do Decreto 9.101, que aumentou o preço dos combustíveis, frente ao princípio constitucional da legalidade estrita relativamente ao aumento direto ou indireto dos tributos. Aplicação do princípio da legalidade em relação às contribuições sociais PIS/Pasep e Cofins. Inaplicabilidade das exceções ao princípio da legalidade. Princípio da legalidade como direito fundamental.

O BRASIL TODO FOI PEGO DE SURPRESA com o Decreto 9.101, de 20 de julho de 2017, pelo qual houve considerável aumento no preço dos combustíveis, por conta da alteração das alíquotas das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins.

É possível, nos termos da nossa Constituição Federal, o aumento de tributo através de decreto?

I. O princípio da legalidade tributária

O art. 150 da Constituição Federal, que trata das limitações do poder de tributar, prevê, em seu inciso I, entre outras garantias, que é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Por se tratar de uma garantia constitucional, o dispositivo deve receber a interpretação que lhe dê a maior eficácia possível; portanto, a vedação alcança tanto o aumento direto como o indireto.

O princípio da legalidade tributária tem sua origem na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, pela qual ficou previsto (12) que o monarca não poderia instituir tributos sem a autorização do Conselho Geral, ou seja, os tributos só poderiam ser instituídos com a autorização do Conselho. Desse preceito vem o célebre adágio “no taxation without representation” (nenhuma tributação sem representação), isto é, não se pode estabelecer mais tributos que os votados pelos representantes do povo. Esse é um dos princípios básicos do constitucionalismo moderno³.

Daí surge o princípio da autotributação, que significa dizer que é o povo que se auto tributa, e o princípio da legalidade nada mais é do que o povo se tributando através de seus representantes.

Um retrocesso nesse sentido seria a volta de uma situação que ficou superada há mais de 800 anos.

O princípio da legalidade tributária, em nosso ordenamento jurídico, tem uma característica especial: é denominado princípio da estrita legalidade. A respeito escreve Paulo de Barros Carvalho:

Sabemos da existência genérica do princípio da legalidade, acolhido no mandamento do art. 5º, II da Constituição. Para o direito tributário, contudo, aquele imperativo ganha feição de maior severidade, como se nota da redação do art. 150, I: *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.*

Em outras palavras, qualquer das pessoas políticas de direito

constitucional interno somente poderá instituir tributos, isto é, descrever a regra-matriz de incidência, ou aumentar os existentes, majorando a base de cálculo ou a alíquota, mediante a expedição de lei.

O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais do que disso, estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse *plus* caracteriza a *tipicidade tributária*, que alguns autores tomam como outro postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que pode, perfeitamente, ser tido como uma decorrência imediata do princípio da estrita legalidade.⁴

Pelo princípio da estrita legalidade, devem estar previstos na lei todos os critérios da norma jurídica tributária, quais sejam, o material, temporal, espacial, contidos na hipótese de incidência, como o pessoal e o quantitativo, neste estando incluída a alíquota⁵.

Como se vê, o princípio da legalidade, em direito tributário, é mais rigoroso do que o princípio da legalidade em sentido lato, previsto no art. 5º, II, da CF. Portanto, merece um cuidado todo especial, pois todos os requisitos para a instituição ou aumento de um tributo devem estar previstos em lei. Pelo princípio da estrita legalidade não é possível exigir-se ou aumentar-se um tributo com base na analogia. É o que se extrai do art. 108, § 1º, do Código Tributário Nacional. Assim como não há crime por analogia, não se pode exigir ou aumentar tributo invocando analogia.

II. Das exceções ao princípio da estrita legalidade

A regra geral é a observância estrita do princípio da legalidade, inclusive para as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. É o que preceitua o art. 149 da CF:

Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, *observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.*

Todavia, a Constituição Federal traz algumas exceções ao princípio da legalidade estrita, quais sejam:

a) Art. 153 § 1º, da CF: “É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I [importação de produtos estrangeiros], II [exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados], IV [produtos industrializados] e V [operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários].” É o que se convencionou denominar de “legalidade aparente”.

b) A segunda exceção está contida no art. 177, § 4º, I, “b”, da CF, que se refere à contribuição de intervenção no domínio econômico (Cide). Diz o texto constitucional: “A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: I – a alíquota da contribuição poderá ser: a) diferenciada por produto ou uso; b) reduzida e estabelecida *por ato do Poder Executivo*, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b”;

c) A terceira refere-se ao art. 155, § 4º, IV, da CF, que permite aos estados e Distrito Federal definir as alíquotas do ICMS monofásico incidente sobre combustíveis, através de convênio específico.

d) Ainda o art. 97, § 2º, do Código Tributário Nacional prevê que “não constitui majoração de tributo, para fins do disposto

no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”; e, finalmente,
e) Em caso de relevância e urgência, as medidas provisórias (art. 62, § 2º, da CF.)

Essas exceções devem ser interpretadas restritivamente, isto é, não podem ser aplicadas por analogia. Não há exceção em relação às contribuições sociais PIS/Pasep e Cofins; em relação a elas aplica-se, de forma irrestrita, o princípio da legalidade tributária.

III. Dos tributos sobre os combustíveis

Incidem sobre os combustíveis o ICMS, a contribuição de intervenção no domínio econômico (Cide) e as contribuições sociais PIS/Pasep e Cofins.

O ICMS é um imposto estadual; a Cide é uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Já a Cofins é uma contribuição para o financiamento da seguridade social, prevista no art. 195, I, *b*, da CF. E o PIS/Pasep é uma contribuição social para financiar o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º do art. 239 da CF.

Não se confunde a Cide, que foi instituída com a finalidade de assegurar um montante mínimo de recursos para investimento em infraestrutura de transporte, em projetos ambientais relacionados à indústria do petróleo e gás, e em subsídios ao transporte de álcool combustível, de gás natural e derivados, e de petróleo e derivados, com as contribuições sociais.

Não há, portanto, de aplicar-se a exceção prevista para a Cide, no art. 177, § 4º, I, “b”, da CF, para as contribuições sociais PIS/Pasep e Cofins, pois as exceções devem ser interpretadas restritivamente.

IV. Das Leis 9.718, de 27 de novembro de 1988, e 10.865, de 30 de abril de 2004

Ambas as leis tratam das contribuições sociais mencionadas e trazem, em seu bojo, nos arts. 5º, § 8º, e 27, § 2º, a faculdade do Poder Executivo reduzir e restabelecer as respectivas alíquotas. Entretanto, como já se disse, essa faculdade não tem amparo constitucional, portanto, é inválida, pois toda a norma que não está em harmonia com a Constituição Federal é de nenhum valor.

Cabe aqui relembrar o disposto no art. 3º, n. 3, da Constituição de Portugal, nossa “constituição-mãe”, que diz: “a validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.”

Por outro lado, não se sustenta o argumento de que não se trata de uma majoração tributária por decreto, eis que houve apenas uma revogação de benefício. É evidente que houve um aumento da carga tributária e esse aumento, ainda que seja de forma indireta, exige a observância do princípio da legalidade.

V. Da jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria no Recurso Extraordinário 986.296/Paraná, da relatoria do ministro Dias Toffoli⁶.

Em sua manifestação, disse o ministro:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região assim ementado:

Tributário. PIS e Cofins. Lei 10.865/2004. Decreto 8.426/2015. Princípio da legalidade. Ausência de violação. Efeito *ultra legem* do decreto, inoccorrência.

1. Não há se falar em inconstitucionalidade da Lei 10.865/2004,

pois o art. 27, § 2º, não autoriza a instituição ou a majoração de tributo mediante ato do Poder Executivo, tampouco delega a este a criação de fato gerador, de alíquota ou de base de cálculo de tributo. A referida permissão legislativa não trata propriamente de nenhum dos elementos que compõem as obrigações, mas apenas da possibilidade de redução e restabelecimento, pelo Poder Executivo, de alíquotas previamente determinadas na lei em sentido estrito. Ausência de ofensa ao princípio da legalidade.

2. O Decreto 8.426/2015 restabeleceu as alíquotas de contribuição para o PIS e da Cofins exatamente nos moldes indicados pela Lei 10.865/2004, ou seja, o ato infralegal foi perpetrado dentro dos limites do permissivo legal, não se verificando, assim, qualquer invalidade.

(...)

É de se fixar orientação sobre a possibilidade de o art. 27, § 2º, da Lei 10.865/2004 transferir a regulamentação – portanto, a ato infralegal – a competência para reduzir e restabelecer as alíquotas da contribuição ao PIS e da Cofins. A matéria é similar à discutida na ADI 5.277/DF, de minha relatoria, de modo que entendo estarem presentes a densidade constitucional e a repercussão geral.

Diante do exposto, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, submetendo-a à apreciação dos demais ministros desta Corte. Brasília, 10 de fevereiro de 2017.

O argumento apresentado no acórdão recorrido, que entendeu pela não violação do princípio da legalidade, seria aceito, como já se disse, no caso da Cide, e não em relação às contribuições sociais PIS/Pasep e Cofins.

O ministro Dias Toffoli menciona que a matéria é similar à discutida na ADI 5.277/DF, ainda não julgada, mas na qual o procurador-geral da república Rodrigo Janot Monteiro de Barros já emitiu parecer:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral da República em face do art. 5º, §§ 8º a 11, da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1988, incluídos pela Lei 11.727, de 23 de junho de 2008. As normas autorizam o Poder Executivo a fixar e alterar coeficientes para reduzir alíquotas das contribuições para o Programa de Integração Social e Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep) e para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), incidentes sobre receita bruta auferida na venda de álcool carburante.

(...)

Sustenta-se violação ao art. 150, I, e § 6º, da Constituição da República, por ser inviável ao legislador ordinário conceder ao Executivo a possibilidade de alterar alíquotas de tributos em hipóteses não excepcionadas pela Constituição, sob pena de afronta ao princípio da legalidade tributária e de restrição indevida desse direito fundamental sem respaldo na Carta Magna. Aduz caráter taxativo das exceções ao princípio da legalidade tributária inscritas nos arts. 153, § 1º; 155, § 2º, XII, *g* e *h*, e § 4º, IV, *c*; e 177, § 4º, I, *b*, da CR, pois, não obstante a extrafiscalidade possa motivar restrição à legalidade tributária, as hipóteses de atenuação desse princípio, por constituir garantia fundamental do contribuinte contra os interesses fiscais do Estado, são unicamente as previstas na Constituição.

No item “discussão”, assim manifestou-se o Procurador-Geral: As limitações constitucionais ao poder de tributar, que integram o denominado *estatuto do contribuinte*, são garantias fundamentais do sujeito passivo contra ação fiscal do poder público. Qualificam-se como interdições ao poder impositivo do Estado na atuação tributária, para proteção do cidadão-contribuinte e das empresas.

Segundo Humberto Ávila:

A expressão “Estatuto do Contribuinte” denota um conjunto de normas que regula a relação entre o contribuinte e o ente tribuante. Sua utilização possui conotação tanto de garantia dos direitos dos contribuintes quanto limitativa do poder de tributar⁷.

Consubstancia limite formal ao poder de tributar o princípio da legalidade tributária, inscrito no art. 150, I, da Constituição da República, pelo qual se veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir ou aumentar tributos, senão por lei em sentido estrito.

(...)

O princípio da legalidade tributária, por constituir direito fundamental do cidadão-contribuinte, somente pode ser restringido ou mitigado pela própria Constituição, ou por lei (com ou sem reservas), quando expressamente autorizada pelo texto constitucional.

O art. 153, § 1º, da CR autoriza o Executivo, por ato próprio (infralegal), a alterar as alíquotas do imposto de importação (II), do imposto de exportação (IE), do imposto sobre produtos industrializados (IPI) e do imposto sobre operações financeiras (IOF).

A autorização não é irrestrita e deve observar o elemento quantitativo da hipótese de incidência tributária estabelecido em lei. Embora possam ser alteradas as alíquotas dos impostos descritos no art. 153, § 1º, da CR por ato infralegal do Executivo, cabe à lei descrever as alíquotas mínima e máxima desses tributos.

Há duas outras exceções ao princípio da legalidade tributária, introduzidas pela Emenda Constitucional 33, de 11 de dezembro de 2001: (i) redução ou restabelecimento, por ato infralegal, das alíquotas da CIDE-combustível fixadas em lei (CR, art. 177 § 4º, I, *b*) e (ii) definição, redução e restabelecimento de alíquotas do ICMS incidente em etapa única (monofásica) sobre combustíveis e lubrificantes definidos em lei complementar, mediante convênio interestadual (CR, art. 155, § 2º, XII, *h*, e § 4º, IV, *c*).

As limitações constitucionais ao poder de tributar, que integram o denominado estatuto do contribuinte, são garantias fundamentais do sujeito passivo contra ação fiscal do poder público

....

São taxativas as hipóteses constitucionais que excepcionam do princípio da legalidade estrita a alteração das alíquotas definidas em lei, não justificando inobservância delas nem mesmo a extrafiscalidade de certos tributos. Observa, corretamente, Luiz Eduardo Schoueri que “não há mitigação tácita ao princípio da legalidade em matéria tributária. Quando o constituinte assim desejou, ele expressamente previu a possibilidade de o Executivo, nos limites da lei, alterar as alíquotas”⁸. Fora as exceções constitucionais ao princípio, não cabe ao Executivo, ainda que por delegação legislativa e nos limites definidos em lei, alterar, para mais ou para menos, alíquotas de tributos.

Esclarece Roque Antonio Carraza:

Resta evidente, portanto, que o Executivo não poderá apontar – nem mesmo por delegação legislativa – nenhum aspecto essencial da norma jurídica tributária, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Não discrepa desta linha Paulo de Barros Carvalho: “Assinale-se que à lei instituidora do gravame é vedado deferir atribuições legais a normas de inferior hierarquia, devendo, ela mesma, desenhar a plenitude da regra matriz da exação, motivo por que *é inconstitucional certa prática, cediça no ordenamento brasileiro, e consistente na delegação de poderes para que órgãos da administração completem o perfil dos tributos.*”⁹

Na sequência, conclui:

O art. 5º, §§ 8º a 11, da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998, incluídos pela Lei 11.727, de 23 de junho de 2008, violou o princípio da legalidade tributária e opina pela procedência do pedido.

Essa manifestação do procurador-geral da República não deixa dúvidas a respeito da inconstitucionalidade da alteração da alíquota, por decreto, das mencionadas contribuições sociais, uma vez que o constituinte a isso não autorizou o Poder Executivo.

VI. Conclusões

- a) O princípio da legalidade remonta à Carta Magna de 1215.
- b) Foi consagrado na Declaração de Direitos do ano de 1789 e atualmente vem estampado em praticamente todas as cartas políticas existentes.
- c) O princípio da legalidade, inserido no art. 150, I, da Constituição Federal, refere-se à legalidade estrita, pela qual todos os elementos que compõem a norma jurídica tributária devem estar expressos na lei, inclusive a alíquota.
- d) O princípio da legalidade é um direito fundamental.
- e) O princípio da legalidade comporta algumas exceções, previstas na CF nos arts. 153, § 1º, 177, § 4º, I, *b*, e 155, § 2º, XII, *h*, e § 4º, IV, *c*, mas nenhuma delas se refere às contribuições sociais PIS-Pasep e Cofins.
- f) Em direito tributário não se aplica a analogia para instituir ou aumentar tributos.
- g) As exceções ao princípio da legalidade tributária são só aquelas previstas na Constituição Federal.
- h) A alteração das alíquotas das contribuições sociais PIS-Pasep e Cofins por decreto é inconstitucional.

Notas

1. Jorge de Oliveira Vargas. Mestre, doutor e pós-doutor pela UFPR, Desembargador do TJ-PR, Professor da UTP, Unibrasil, Opet, Emap e membro da Academia Paranaense de Letras jurídicas.
2. David Willian Peixoto. Acadêmico de Direito na UTP, Monitor e Assessor no TJPR.
3. Embora o insigne doutrinador Victor Uckmar atente para a existência de diversos fatos tendentes a crer que o princípio da legalidade remonta a épocas anteriores, o certo é que o início da utilização da legalidade como regra jurídica escrita – e, também, na acepção clássica “de que o sujeito do ônus tributário deve prestar, por meio de seus representantes, prévio consentimento à exação” – ocorreu com a *Magna Charta*, no reinado de João Sem-Terra. Diz a história que, em razão da grande onerosidade trazidas pelos tributos, os barões, municiados de armas, rebelaram-se contra o rei João

Sem-Terra, na busca da diminuição dos poderes deste último, mormente no tocante à maneira exorbitante como impunha tributos. De acordo com o artigo 12 desta Magna Carta, era terminantemente necessária a autorização do Conselho dos Comuns para a exigência de tributos ou qualquer auxílio pecuniário. “Mais tarde, o referido Conselho passou também a ter o direito de conhecer a aplicação dos recursos cujo percebimento autorizava, tendo, em seguida, sido transformado em autêntico órgão de representação popular, como a Câmara dos Comuns. Contudo, somente com as Constituições Americana e Francesa a Legalidade elevou-se à categoria de princípio basilar do Direito Constitucional. Aliás, a Constituição Federal dos Estados Unidos no artigo I, seção 8^a, conferiu exclusivamente ao “Congresso, órgão de representação popular, a competência exclusiva para fixar e cobrar exações, impostos e tributos. Outro momento de consagração do princípio da legalidade foi com a Declaração de Direito, do ano de 1789, que também, exigia a instituição de impostos por meio de órgãos de representação popular. Cabe ainda lembrar que, atualmente, em razão da complexidade burocrática do Estado Moderno, o Princípio da Legalidade não pode mais ser encarado somente em sua clássica concepção, ou seja, da necessidade de aprovação popular. Tal princípio, hoje, deve ser visto como garantidor de estabilidade, segurança e transparência nas relações entre contribuinte e fisco. Por fim, insta mencionar, também que o princípio da legalidade vem estampado em praticamente todas as cartas políticas existentes, *v.g.* Bolívia, China, Dinamarca, Luxemburgo, Paraguai, etc. CORDEIRO, Rodrigo Aiache. O princípio da legalidade tributária. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 4, n. 184. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1371>> Acesso em 1º ago. 2017.

4. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 173.
5. Neste mesmo sentido, BERNARDI, Renato. O princípio da legalidade no direito tributário. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 45, 30/09/2007 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3346. Acesso em 31/07/2017.
6. Ementa. Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS e Cofins. Lei 10.865/2004. Princípio da Legalidade. Decreto 8.426/2015. Redução e restabelecimento de alíquotas.
7. ÁVILA, Humberto. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 12, nov.-dez.-jan. 2008. Disponível em <http://zip.net/bbsgIV> ou <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-12-novembro-2007-humberto%20avila.pdf>. Acesso em: 27 out. 2015.
8. SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 297.
9. CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 264-268.

Referências

- ÁVILA, Humberto. *Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 12, nov.-dez.-jan. 2008.
- BERNARDI, Renato. O princípio da legalidade no direito tributário. In: *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, 45, 30/09/2007.
- CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CORDEIRO, Rodrigo Aiache. O princípio da legalidade tributária. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 4, n. 184.
- SCHOUERI, Luis. Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOCTRINA

O núcleo indisponível do direito fundamental da proibição da prova ilícita no Brasil

José Laurindo de Souza Netto¹

Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Resumo: Partindo do paradoxo dos direitos fundamentais, com o reconhecimento da tutela da eficácia penal como bem jurídico, o artigo investiga se a jurisdição pode admitir a prova ilícita vedada pela Constituição, mediante uma hermenêutica depuradora da ilicitude, fundada na teoria dos sopesamentos de princípios. A resposta ao problema foi posta na conclusão após a análise da natureza de regra e não de princípio do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, e da vinculação da jurisdição com a hermenêutica fenomenológica e a filosofia da linguagem.

1. Introdução

O PROCESSO PENAL SEMPRE ESTEVE PRESO na tensão entre o controle do crime e o devido processo legal, ou seja, na escolha entre a necessidade de lutar contra certas formas de delinquência e o respeito aos direitos e liberdades fundamentais.

Historicamente os direitos fundamentais nasceram como proteção contra os excessos potenciais do Estado, configurando-se como instrumento de contração do âmbito da atuação repressiva estatal.

No Iluminismo, por exemplo, a intervenção penal era limitada sob o ponto de vista normativo, sancionador e processual, assumindo

assim uma “*função de escudo*”, ou seja, uma espécie de barreira frente ao ímpeto criminalizador do Estado. Entretanto, os avanços de um Estado penal e sua perspectiva de segurança pública acabaram por fazer da repressão não mais um meio em busca de um fim (supostamente bom), mas um fim em si mesmo.

A preocupação da sociedade contra as ameaças reais, imaginárias e potenciais da criminalidade realçou a dimensão de segurança dos direitos fundamentais, privilegiando sua função de “*braço armado*”, no dizer de Mirrelle Delmas Marty (2007). Nesse sentido, destaca-se então função inversa, que transforma os direitos fundamentais em “*espada*” da repressão, contribuindo para a legitimação da via penal como único meio de prevenir condutas indesejadas e tutelar direitos.

Amplia-se assim a doutrina da dupla natureza e dimensão dos direitos fundamentais, ideia de Niklas Luhmann (2003), segundo a qual os direitos fundamentais emergem também como valores ou fins do moderno estado de direito, a serem tutelados pelo recurso processual/penal. Como bens jurídicos, aparece de um lado o interesse de perseguição encabeçado pela comunidade ofendida pela infração criminal e de outro a ideia de estado de direito e o imperativo de um processo conforme as exigências da Constituição.

As proibições da prova ilícita surgem neste contexto, como instrumento de defesa de direitos fundamentais contra a atividade de perseguição criminal.

No Brasil o tema da prova ilícita encontra-se potencializado em relação aos outros países, em virtude de estar inserido na Constituição como direito fundamental (art. 5º, LVI) e como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF). Tal previsão constitucional envigora o sistema brasileiro de proteção de direitos fundamentais em relação ao direito comparado. O estabelecimento desse direito fundamental como princípio e não como regra tem, entretanto, conduzido a uma arbitrária discricionariedade judicial, lastreada em possíveis sopesamentos e manejada por uma hermenêutica depuradora da ilicitude da prova.

A problemática desse estudo, diante do contexto exposto, consiste em se perguntar se esta relação ambivalente de direito processual/penal e direitos fundamentais legitima a jurisdição para admitir aquilo que a Constituição Federal veda, no que diz respeito ao direito fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita, (art. 5º, inc. LVI).

Tendo em vista a natureza paradoxal nas relações entre direito penal processual e direitos fundamentais, a questão que se coloca é o alcance do sopesamento de valores no que concerne à análise do direito a uma prova ilícita. Existe ou não uma obrigação constitucional capaz de levar a uma relativização da norma do art. 5º, inciso LVI, uma restrição de direito fundamental, tendo em vista uma maior eficácia do Estado no combate movido contra a criminalidade grave?

O objetivo do artigo é reafirmar a legalidade constitucional, sua normatividade e a vinculação da jurisdição aos comandos inerentes ao estado de direito.

Neste percurso será necessário analisar seis aspectos: I. Natureza paradoxal da relação entre direitos fundamentais e direito processual/penal; II. Inadmissibilidade da prova ilícita no Brasil e no direito comparado; III. A natureza de regra da norma que garante a proibição da prova ilícita no Brasil (art. 5º, inc. LVI, CF); IV. A vinculação da jurisdição com a filosofia da linguagem e a hermenêutica fenomenológica; V. Hermenêutica depuradora da ilicitude; VI. A ponderação principiológica.

2. A natureza paradoxal da relação entre direitos fundamentais e direito processual/penal

Com a passagem do estado liberal para o social democrático e o emergir da constitucionalização dos direitos, transparece o paradoxo da relação entre direitos fundamentais e direito processual/penal, pois aqueles, antes encarados como direitos de caráter negativo, ou seja, contra o Estado, passam a ter uma concepção positiva, con-

siderando a intervenção penal como meio mais importante para a defesa e a tutela preventiva.

Esse caráter dicotômico dos direitos fundamentais foi apontado por Alessandro Baratta (1999) quando definiu o garantismo “*no solamente en sentido negativo como límite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino como garantismo positivo. La respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos, también de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y non sólo de aquella parte de ellos, que podríamos denominar derechos de prestación de protección, en particular contra a agresores provenientes de comportamientos delictivos de determinadas personas.*”

É como bem jurídico que a Constituição Federal reconhece e protege os direitos fundamentais, como a integridade física e moral, a liberdade, a privacidade, a honra e a imagem, a inviolabilidade do domicílio e de correspondência e sobretudo a proibição da utilização da prova ilícita. É também como bem jurídico que a Constituição tutela a eficácia funcional do sistema penal.

A eficácia funcional do sistema penal surge então como um bem jurídico de dignidade constitucional. Os delitos que devem ser penalizados (com maior rigor) são exatamente aqueles que de uma maneira ou outra obstaculizam a concretização dos objetivos do estado social democrático. Cabe então, ao direito penal uma função de proteção dos bens fundamentais na comunidade, das condições sociais básicas necessárias à livre realização da personalidade de cada um e cuja violação constitui crime (DIAS, 1999).

Neste paradoxo, a inflicção de uma pena constitui uma espada de dois gumes, tutelando bens jurídicos mediante lesão aos mesmos (LISZT, 2003). Desse modo o bem jurídico implica uma dupla proteção, como ensina Roxin, “*através do direito penal e ante o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente a situação que se pretende combater*” (1998, p. 28).

O paradoxo dos direitos fundamentais reside na possibilidade de um bem (a promoção de direitos fundamentais) gerar um mal (repressão) quando deste mal possa surgir um bem superior. Assim

os fins (bons) justificam os meios contestáveis os quais deixam de possuir este caráter quando operem em favor de uma causa incontestável.

Essa relação ambivalente entre direito penal e direitos fundamentais é descrita por autores franceses como “*escudo ou espada*”. Reconhece-se além da função humanista dos direitos fundamentais uma função inversa deles, que os transformam em *espada*, como instrumento da repressão criminal, contribuindo assim para a legitimação dos direitos penais como uma verdadeira penalização dos direitos fundamentais (OST, 2002).

O caráter reversível se estabelece na medida em que o direito penal pode ser considerado não só como escudo dos direitos fundamentais, mas também como seu *braço armado* (OST, 2007). Yves Cartuyvels considera os direitos fundamentais como “*freio e amplificador*” da criminalização. Fr. Tulkens e M. van Kerchove (2007) evocam os direitos fundamentais como boa ou má consciência do direito penal. Mireille Delmas-Marty também fala em braço armado do direito penal (2007).

3. Inadmissibilidade da prova ilícita no Brasil

A proibição de prova ilícita configura uma das áreas da experiência jurídica onde mais se conflitam os interesses que estão em jogo no processo penal. Para o cidadão as proibições de prova em geral aparecem como instrumento de defesa de direitos individuais contra a atividade de perseguição criminal do Estado.

No ordenamento brasileiro, a inadmissibilidade penal de provas obtidas de forma ilícita origina-se diretamente da Constituição. Assim o sistema brasileiro se une àqueles de outros países em que se optou em buscar uma tutela reforçada.

O artigo 5º, inciso LVI, da CF estabelece peremptoriamente como cláusula pética que “*são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos*”. Não foi sem razão a sua inserção no capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do título

II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Com o dispositivo o legislador albergou a corrente que sustentava não ser possível ao juiz fundamentar uma decisão numa prova obtida ilicitamente.

Assim são inadmissíveis no processo penal e civil tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com a violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, com a captação não autorizada

São inadmissíveis no processo penal e civil tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas

judicialmente das conversações telefônicas (art. 5º, inc. XII, da CF), com violação de domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou mediante determinação judicial (art. 5º, inc. XI, da CF), com violação da intimidade, de fitas gravadas de contatos em encontros de caráter privado e sigiloso (art. 5º, inc. X, da CF), com abuso de poder, como a tortura por exemplo.

O status constitucional conferido pelo legislador constituinte limita o princípio da liberdade na busca da verdade real. Como ensina Paulo Rangel, *“o legislador constituinte, ao estatuir como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito, estabelece uma limitação ao princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz é livre na investigação dos fatos imputados na peça exordial acusatória pelo titular da ação penal pública, porém esta investigação encontra limites dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que visam a manutenção de um Estado Democrático de Direito”* (2013, p. 451).

No mesmo sentido o Código de Processo Penal em seu artigo 157, com redação dada pela Lei 11.690/08, determina que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Além da prova ilícita em si, também a chamada prova ilícita por derivação, a qual, ainda que produzida licitamente, decorra de uma prova considerada ilícita. Tal teoria

encontra-se positivada no parágrafo 1º do art. 157 do CPP, que dispõe: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Não será aplicada esta teoria dos frutos da árvore envenenada quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das ilícitas. Nos termos do § 2º do art. 157, “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

A doutrina também elenca a teoria da descoberta inevitável, segundo a qual se a prova que circunstancialmente decorre da prova ilícita seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A prova ilícita que deu ensejo à descoberta de uma outra prova que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la.

Assim, no sistema brasileiro, a normatividade da Constituição traduz-se como princípio da legalidade, emprestando sentido ético-axiológico e teleológico nas proibições da prova. É desse modo que a inadmissibilidade da prova ilícita emerge como direito fundamental e como autêntico bem jurídico, cujo conceito surge no Iluminismo criminal como reação contra a arbitrariedade da justiça criminal do período absolutista.

Para Von List (2003), “*todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, cria-o a vida; mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico. A liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o segredo da correspondência, eram interesse vitais (...), muitos antes de chegarem a estar garantidos pela Constituição contra as intervenções arbitrárias do poder do Estado, ou pela lei penal contra as violações procedentes dos indivíduos.*”

4. A prova ilícita no direito comparado

Os países que seguem a tradição jurídica europeia atrelam a ilicitude probatória com a busca da verdade, reconhecendo, entretanto, que ela está vinculada a critérios legalmente estabelecidos.

A Constituição Portuguesa de 1976 estabelece em seu artigo 32 “a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, intromissão abusiva na vida privada, no domicílio ou na correspondência ou telecomunicações” (ANDRADE, 1992, p. 192).

Do mesmo modo a Constituição Colombiana de 1991 inseriu a cláusula de que “é nula de pleno direito a prova obtida com violação do devido processo legal”.

A Constituição Mexicana recentemente incorporou a ilicitude da prova no artigo 20, inciso XI, prescrevendo que qualquer prova obtida com violação aos direitos fundamentais será nula.

No direito italiano a *inutilizzabilità* da prova ilícita limita o livre convencimento do juiz, impossibilitando-o de formar sua convicção sobre fatos demonstrados através de tais provas ilícitas. Configura-se como uma forma de invalidez que desencadeia uma sanção que afeta seu valor probatório, impedindo a fundamentação de uma decisão judicial.

Na Espanha a previsão da ilicitude da prova se encontra no artigo 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário, que dispõe: “*não terão efeito as provas obtidas direta ou indiretamente, com vulneração dos direitos ou das liberdades fundamentais*”.

Diversamente do sistema brasileiro, no direito alemão, francês e italiano a matéria não possui dignidade constitucional. Possibilita-se assim, pela discricionariedade judicial, a produção e avaliação da prova ilícita, com fundamento na razoabilidade.

Nesta matéria a questão da proporcionalidade assume grandes dimensões. A França e Inglaterra já normatizaram a admissibilidade da prova obtida ilicitamente no processo, punindo os responsáveis pela sua produção. O sistema americano, baseando-se no critério da razoabilidade, também admite as provas ilícitas em caráter excepcional.

O direito “*exclusionary rules*”, próprio do sistema da *common law*, privilegia a dimensão processual de direitos fundamentais, como garantias contra a intervenção abusiva das instâncias de controle de persecução penal criminal. Num primeiro propósito o sistema visa prevenir e reprimir as manifestações da ilegalidade da autoridade policial na interação com o cidadão. Objetiva-se com isso assegurar a estrita legalidade processual. A imposição de deveres formais de esclarecimento e informação, quando da prisão, é emblemática. Nos *Miranda-warnings* estabelecidos pela Suprema Corte no caso *Miranda x State of Arizona*, exige-se que o acusado tenha sido informado: a) de que tem o direito de não responder; b) de que tudo que disser pode ser utilizado contra si; c) de que tem assistência de defensor escolhido ou oficiosamente nomeado. A mera violação desta formalidade será bastante para macular as declarações do acusado.

O princípio de lealdade na obtenção da prova refere-se a um princípio geral do direito, de origem jurisprudencial

No direito alemão, o § 136 da StPO exclui toda a prova obtida por meio de tortura. Proíbe-se não só a produção da prova, limitando-se a busca da verdade com uma valoração relativas aos fatos (*Beweisthemaverbote*), aos métodos de obtenção (*Beweismethodenverbote*), aos meios de prova (*Beweismittelverbote*).

Do regime dos *Beweisverbote* revela-se uma essência preponderantemente material, com uma fundamentação em enunciados substantivos de direitos inerentes à personalidade e privacidade. As proibições de prova apresentam-se assim como mecanismos processuais de tutela do direito material, principalmente da dignidade da pessoa, pouco importando se produzidas de forma ilícita ou não.

Admite-se a existência de um conflito entre as proibições de prova e os interesses de persecução penal, conduzindo a decisões de ponderação que têm em vista a gravidade do fato e o peso da ilicitude. “A violação de uma proibição de produção não acarreta necessariamente uma proibição de utilização. Para chegar a uma proibi-

ção de utilização precisa-se de uma disposição legal expressa ou então uma fundamentação legal teórica” (ARMENTA, 2009, p. 55).

No processo penal francês os meios de prova e as regras de valoração não estão revestidos de normatividade expressa. A valoração da prova não se encontra limitada, sendo que sua ilicitude é considerada em um sentido amplo contrário ao direito. O fundamento se encontraria na ideia de que, em um estado de direito, existem limites inerentes aos direitos, à submissão ao princípio de lealdade e às normas estabelecidas. Essa configuração permite acentuar que nem toda prova ilícita acarreta a infração de um direito fundamental, na medida em que ela existirá quando se incorra em deslealdade, mas nem toda prática desleal supõe uma infração aos direitos fundamentais.

O princípio de lealdade na obtenção da prova refere-se a um princípio geral do direito, de origem jurisprudencial, em virtude do qual se incorpora um conceito jurídico indeterminado, permitindo-se excluir do processo aquelas provas obtidas com utilização de mecanismos desleais, armadilhas ou estratagemas, que fariam a justiça perder a dignidade com a qual se deve lutar contra a delinquência (BOUSIER, 2003).

Como ensina Bousier (2003), se fosse necessário estabelecer uma definição de prova ilícita no direito francês, ela se referiria àquela cuja obtenção tenha violado uma norma legal específica ou, na falta de tal norma, quando tenham sido cometidas violações a direitos fundamentais ou a princípio de lealdade.

A Lei 2004/204, de 9 de março de 2004, estabelece poderes coercitivos à polícia francesa, referente a buscas sem consentimento do morador e também à transcrição de interceptação telefônicas.

O sistema argentino por sua vez não possui previsões legais expressas, recorrendo-se à teoria das nulidades. O art. 168.2 do Código de Processo Penal da Nação (CPPN) dispõe: “*Somente deverão ser declarados de ofício em qualquer estado e estágio do processo penal, as nulidades previstas no artigo anterior² que impliquem violação às normas constitucionais, ou quando assim se estabeleça expressamente*”.

5. A natureza de regra e não de princípio da norma que garante a proibição da prova ilícita no Brasil

Em que pese seja corrente na linguagem da jurisprudência a referência ao inciso LVI do art. 5º da Constituição como princípio, certo é que ali o constituinte instituiu regra de direito fundamental, um direito de defesa que confere ao titular a certeza de que o Estado não se utilizará de provas ilícitas para sua condenação.

Em linhas gerais, as regras são enunciados deontológicos que não comportam sopesamentos e têm sua aplicabilidade restrita apenas pelos critérios de aferição de validade. Conforme Alexy (1997, p. 162), *“o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras tem o caráter de mandados definitivos”*.

As características de detalhista e pormenorizada da Constituição de 1988, dita como analítica, vinculam-se estruturalmente a existência de regras. Por esta razão Humberto Ávila afirma que a opção constitucional foi *“primordialmente, pela instituição de regra e não de princípios”*. Esta escolha justifica-se para reduzir problemas de controle de poder pois, *“a descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza”* (ÁVILA, p. 4).

Como exemplo de direito fundamental que se traduz em regra, tem-se o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, segundo o qual *“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”*. O dispositivo trata de prescrição específica que estabelece pressuposto e consequência determinados. Foi formulado para ser aplicado em uma situação específica, não contendo caráter generalista, pois não abriga uma ampla série de aplicações. Neste conteúdo não se permite avaliações relativas ou flexíveis, dado o caráter excludente do dispositivo em análise. Não há margem para sopesamento algum na interpretação da norma, já que o Estado observa a vedação contra ele dirigida, ou não observa e assim pratica o ilícito. A observação ou não do mandamento é aferível por critério puro e simples de subsunção do fato à norma.

O artigo 5º disciplina assim uma determinada situação, qual seja: quando ocorre a prova ilícita, a sua inadmissibilidade incide; quando não ocorre, não incide. No dizer de Dworkin, “*vale a lógica do tudo ou nada*” (2001, p. 130). Muitas vezes a discussão se dará no âmbito de ser a prova ilícita ou não. Entretanto não há dissenso sobre o conceito de prova ilícita, pois até mesmo a Lei 11.960/2008 conceituou-a como sendo aquela que contraria normas de direito material e constitucional ou normas de direito processual.

Trata-se aqui de regra e não de princípio, subtraída da dogmática da ponderação. Ao referir-se à expansão do papel da jurisdição, Ferrajoli (2007) diz ser “*inaceitável a orientação das normas constitucionais, incluindo os direitos fundamentais, não como regras, cujas as violações não são passíveis de controle judicial e sim como princípios objetos de ponderação, porque consistentes no enunciado de objetivos políticos e não em prescrições ou proibições de conduta submissíveis sob essas normas*”.

O artigo 5º, inciso LVI, é regra aplicada por subsunção que serve para limitar a amplitude decisória do julgador e também para reduzir a discricionariedade na interpretação. A jurisdição encontra-se vinculada com a norma constitucional, limitando-se a gama das opções interpretativas, com o único significado compatível com a Constituição, qual seja, o cânone da inadmissibilidade da prova ilícita.

O modo pelo qual se desenvolve a sua admissibilidade/inadmissibilidade é constitucionalmente predeterminado, com um limite insuperável. De modo contrário, desprezando a sua vinculação com as fórmulas constitucionais, elimina-se a indispensável certeza subjetiva de que os elementos coligidos no processo traduzem esta verdade. Pouco ou nenhuma credibilidade pode merecer a prova resultante de violações constitucionais.

A leitura de normas constitucionais que estabelecem os direitos fundamentais como princípios e não como regras leva, de fato, a uma indevida discricionariedade judicial que ultrapassa em muito as margens de incerteza presentes em qualquer atividade interpretativa. O seu cumprimento independe das contingências

do caso concreto, não se tratando de um modo de otimização que terá efetividade na medida do possível.

Num Estado de Direito, em que deve ser protegida a segurança jurídica, em virtude da qual se deve privilegiar a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, não está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, desprezando a justiça geral em favor da justiça particular (ÁVILA, 2009, p.15).

Não obstante a plasmação constitucional expressa do artigo 5º, inciso LVI, como ensina Zafaroni, “*os processos penais se desenvolvem em um mundo real, no qual se violam direitos humanos todos os dias, ainda que as leis estabeleçam garantias formais que, na prática não são observados por diversas razões*” (2001, p. 18).

Apesar da previsão expressa, a prova ilícita vem sendo levada em conta em alguns casos excepcionais. Percebe-se a ocorrência de uma mitigação da garantia constitucional estabelecida no art. 5º, inc. LVI, quando se afirma que a ordem social deve prevalecer em detrimento dos direitos individuais.

6. A vinculação da jurisdição com a filosofia da linguagem e a hermenêutica fenomenológica

A falsa compreensão das estruturas de significação impossibilitou a perspectiva normativa de realizar a sua principal incumbência, qual seja, a segurança jurídica. As ponderações principiológicas também não foram satisfatórias para controlar o raciocínio do julgador e o sentido normativo, que oscilam sensivelmente de acordo com a visão de mundo e os condicionamentos ideológicos do aplicador.

A constatação de ineficiência de juízos ponderativos e a efemeridade da visão da existência de uma só resposta correta reclamam a individualização das garantias pelas quais a jurisdição opera sua própria discricionariedade.

A atribuição de poderes mais amplos no espectro cognitivo desencadeia a exigência cada vez mais intensa de racionalidade e cientificidade, como forma de agastar o arbítrio.

Segundo Taruffo, na maioria das vezes o raciocínio do juiz não é guiado por normas nem estabelecido por critérios ou fatores de caráter jurídico, omitindo-se o direito, em grande medida, em relação aos modos como o juiz raciocina ou deveria raciocinar. Por isso, *“na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por direito”* (2001, p. 7).

Diferentemente dos outros poderes, aquele jurisdicional apresenta um caráter cognitivo da constatação tantos dos pressupostos fáticos como dos seus significados normativos. Trata-se de um poder vinculado cujos atos consistem na aplicação substancial das normas substantivas. Assim é que o poder jurisdicional *“é um poder saber, tanto mais legítimo quanto mais seja o saber, tanto mais ilegítimo quanto mais seja o poder”* (FERRAJOLI, 2007, p. 214). Na hermenêutica fenomenológica, os decisionismos podem ser controlados pelo círculo hermenêutico e a diferença ontológica, e no processo de escolha de significantes (ROSA, 2012, p. 5) a linguagem serve para revelar como o juiz imuniza a decisão com elementos retóricos.

A circularidade hermenêutica se configura como uma ferramenta indispensável para o controle das arbitrariedades. Hilton Japiassu (1996, p. 45) define círculo hermenêutico como *“o método hermenêutico ou interpretativo”* segundo o qual *“toda compreensão do mundo implica a compreensão da existência e reciprocidade”*.

O esgotamento do paradigma da filosofia da consciência ou da razão fulcrada no sujeito conduz a uma transformação em direção ao paradigma da filosofia da linguagem. A partir da terceira década do século 20, a filosofia da linguagem configura-se como um novo paradigma da filosofia, ocorrendo o giro linguístico pragmático.

Levinson (2007, p. 6) divide a semiótica em sintática ou sintaxe, que trata do “estudo das propriedades combinatórias das palavras e suas partes”; em semântica, que aborda o “estudo do significado”; e em pragmática, que cuida do estudo linguístico.

A sintaxe limita-se, assim, à dimensão significativa da linguagem, ou seja, a uma abordagem meramente linguístico-gramatical, importando o conjunto de palavras significativas que expressam uma ideia. A semântica se preocupa com a dimensão proposicional da linguagem, ou seja, o significado de um enunciado. A pragmática preocupa-se com o uso dos signos, isto é, com a relação entre os signos e os sujeitos da linguagem, ou com o intérprete e sua relação contextual com os signos.

No âmbito da jurisdição, a pragmática cuida das formas de comunicação e dos procedimentos utilizados na decisão jurídica, fornecendo critérios para a determinação do significado da regra jurídica.

Por sua vez, o termo *fenomenologia* designa, observa Waelhens, “*simplesmente a vontade de excluir da filosofia os conceitos insuficientemente esclarecidos ou mal fundados, as construções gratuitas ou prévias, os falsos problemas que dizem respeito mais aos preconceitos dos pensadores e as disputas de escolas do que à natureza das coisas*” (1954, p. 13).

A fenomenologia tem o significado de fazer ver as coisas em si mesmas, deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra. “*A filosofia é ontologia fenomenológica universal, que parte da hermenêutica do ser-aí; esta, enquanto analítica existencial, dá o fio condutor de toda a problemática filosófica, fundamentando-a sobre a existência de onde brota toda a problemática e sobre a qual ela repercute*” (STEIN, 2001, p. 173). Na fenomenologia, é a existência que precede a essência, ou seja, primeiro as coisas existem para depois se formular juízos sobre elas.

7. Hermenêutica depuradora da ilicitude

A hermenêutica depuradora da ilicitude da prova é uma proposta neoconstitucionalista que, ao apregoar um retorno metafísico ao modelo jusnaturalista, acaba por acarretar o descumprimento de preceitos constitucionais com justificativas de cunho axiológico em

detrimento da previsibilidade e da certeza do direito. Operando nesta perspectiva e imersa pelo juízo de proporcionalidade, propicia o imperativo de tutela penal dos direitos fundamentais, pelo qual em determinados casos admite-se a prova obtida de forma ilícita levando-se em conta a relevância do interesse público a ser protegido.

Para esta corrente de pensamento, o problema jurídico da admissibilidade da prova não estaria relacionado à maneira pela qual ela foi obtida. O importante seria verificar se sua introdução no processo é consentida, sendo irrelevante a consideração dos meios utilizados. Atrrelados na busca da verdade real, essa hermenêutica acredita que se a prova ostentar tal característica, ela deve ser aceita. Nesse sentido, Pedroso afirma que, *“se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o estado da persecução criminal contra o agente que restringiu as disposições legais e direitos do réu”* (1986, p. 163).

O surgimento desse modelo de interpretação ocorre no interior de uma profunda crise que afeta o paradigma mínimo do direito penal, a defesa social em face da criminalidade grave e a defesa do indivíduo tendo em vista a imposição da pena. Busca-se uma eficácia simbólica para atender a demanda social de pena e segurança, para modificar a imagem da realidade de maneira que o déficit real de tutela dos direitos de bens jurídicos seja compensado por uma criação da sociedade e uma ilusão de segurança, um sentimento de confiança (BARATA, 1991, p. 3).

A hermenêutica depuradora da ilicitude confere certa maleabilidade à vedação constitucional sob o pretexto de impedir distorções que poderiam ser causadas em casos excepcionais. O argumento seria de que a prova ilícita poderia ser admitida, em casos excepcionais de criminalidade grave, visando a proteção de valores considerados mais relevantes do que os violados quando da colheita da prova.

Sobre esta flexibilização comenta Alexandre de Moraes (2006) que, com *“base no princípio da proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, [provas obtidas ilicitamente] poderão ser utilizadas, pois ne-*

nhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, devendo permitir-se a sua utilização”.

O cotidiano mais recente tem sido marcado por um “estado de necessidade de investigação”, apresentando-se como justificação, como um espaço ambíguo e incerto, onde as práticas antijurídicas se transformam em direito. Com a utilização de meios de prova obtidos ilicitamente, a jurisdição vem negligenciando sua função eminentemente ética, se situando num “limiar (portanto), onde o fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis” (AGAMBEN, 2004, p. 45-6), confirmando-se o brocado francês *nécessité fait loi*. O conceito de necessidade apresenta-se como justificação política por meio de uma exceção, como um espaço ambíguo e incerto onde práticas antijurídicas transformam-se em direito.

Agamben denuncia “que a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”, apresentando-se, na perspectiva histórica, como um “patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo” (2004, p. 11).

Entretanto, é certo que, operando nesta perspectiva, a jurisdição abandona a sua função protetora de direitos fundamentais para assumir um papel retórico com a maximização de uma resposta punitiva e a degradação de garantias penais.

A dimensão normativa do direito previsto no artigo 5º, inc. LVI, e não meramente retórica, leva ao reconhecimento da existência de um núcleo básico já definido pelo constituinte, portanto, vinculante.

Nenhuma hermenêutica está autorizada a negar vigência a lei constitucional com base em raciocínios consequencialistas que derivam de mera insatisfação pessoal com o efeito prático resultante da aplicação de direito fundamental de dignidade constitucional

Vieira de Andrade (1998), asseverando o valor da dignidade da pessoa humana nos direitos de defesa, sustenta a teoria da existência em cada direito fundamental de um núcleo intangível, no qual não se pode intervir em hipótese alguma.

Eventuais restrições não poderão comprometer a própria fundamentalidade do direito constitucionalmente assegurado. No dizer de Sarlet (2009), *“o núcleo essencial prescreve que a restrição de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia, sob pena de esvaziar sua própria fundamentalidade constitucional”*.

Como aduz o ministro Celso de Melo, *“ninguém pode ser denunciado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do poder público, também neste domínio, está subordinada à estrita observância dos parâmetros de caráter ético-jurídico, cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente do nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios produzidos pelo Estado”* (Autos RE 251.445).

De qualquer forma, nenhuma hermenêutica está autorizada a negar vigência a lei constitucional com base em raciocínios consequencialistas que derivam de mera insatisfação pessoal com o efeito prático resultante da aplicação de direito fundamental de dignidade constitucional. O argumento prático moral não pode intervir no juízo sobre aplicação de regra constitucional, pois o caráter compromissório da Constituição impede que a jurisdição viole aquele mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena, pois sobre um ilícito acabaria por cometer um outro.

8. A ponderação principiológica

Humberto Ávila afirma que o paradigma da ponderação não pode ser aceito como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico brasileiro, porque, leva *“inexoravelmente a um antiescalonamento da ordem jurídica, aniquila com as regras, conduz a um subjetivismo e, com isso, à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito”* (2009, p. 8 e 9).

A atribuição de carácter principiológico ao conteúdo do inciso LVI do artigo 5º conduz a uma hermenêutica depuradora da ilicitude, com o enfraquecimento da Constituição naquilo em que é essencial para a manutenção do estado democrático. O largo espaço aberto para a discricionariedade quando do sopesamento, no que tange à atribuição de peso aos direitos, leva à falta de previsibilidade das expectativas normativas.

A teoria dos princípios presente na hermenêutica depuradora da ilicitude fundamenta-se a partir de uma argumentação consequencialista. A ideia é: o direito à proibição da prova ilícita e o direito à verdade da vítima se apresentam em conflito, que se resolveria mediante um juízo de ponderação sobre o “peso relativo de cada direito”, em vista das circunstâncias relevantes. Como resultado desse balanceamento, todos os direitos seriam relativos e revogáveis, excepcionáveis diante da prevalência do direito que tem mais peso.

Resta assim justificada a lesão a uma garantia quando eventualmente se considere que sua vigência implicaria um mal maior para a tutela do direito. O sacrifício de uma garantia estaria justificado no seguinte: “quanto maior o grau de não satisfação de um princípio maior tem que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 1986, p. 16), ou quanto maior a lesão de uma garantia tanto maior há de ser a importância, urgência ou necessidade de tutela do bem jurídico ameaçado pelo crime.

À luz do princípio da ponderação de interesses, identifica-se uma área extensa em que os direitos individuais são sacrificados em sede de avaliação e valoração da prova, em nome da prevenção e repreensão das manifestações mais intoleráveis da criminalidade.

A utilização da dialética erística³ na argumentação consequencialista do juízo de ponderação, baseada na sensação da impunidade, distancia-se dos limites semânticos da norma constitucional prevista no art. 5º, inc. LVI. Esse tipo de técnica tem sido utilizado a partir de um discurso justificador de uma emergência, de modo a permitir a imposição peremptoriamente da restrição do direito fundamental da garantia, pois o interesse preponderante será sempre uma emergência permanente. Entrincheirada em pontos de vista

irredutíveis, a hermenêutica depuradora da ilicitude atua mediante concepções pessoais, com a prevalência de suas opiniões em relação às do direito, configurando o que Streck denomina de *jurisdição solipsista*.

Nas palavras de Humberto Ávila “*se a Constituição possui uma regra vedando, de modo categórico, a utilização de prova ilícita, não cabe ao intérprete, por meio de uma ponderação de princípios constitucionais eventualmente aplicáveis, permitir a sua utilização, pois, nesse caso, a própria Constituição fez uma escolha que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Entender de modo contrário, é interpretar como descartáveis normas que a Constituição quis resistentes a uma ponderação horizontal, flexibilizando aquilo que ela quis objetivamente enrijecer*” (2009, p. 5).

9. Conclusão

Se por um lado o direito penal vê-se contingenciado pelo princípio da intervenção mínima, por outro não há como renunciar-se ao direito penal na zona onde sua atuação é necessária. Entretanto, essa relação paradoxal não legitima a jurisdição a admitir a produção e valoração das provas ilícitas.

A escolha valorativa da Constituição restringe o âmbito da decisão política criminal, configurando-se um critério constitucional orientador da jurisdição. Esta potencialização constitucional conduz à impossibilidade de sopesamento de interesses em que o direito fundamental de proibição da prova ilícita poderia ser sacrificado em nome da prevenção e repressão das manifestações mais intoleráveis da criminalidade.

A teoria da ponderação é um mecanismo que na hora das necessidades legitima a violação de direitos e princípios que constituem os fundamentos em que se assentam o estado democrático de direito. Nem sempre o interesse da perseguição de um acusado terá por si só a força bastante para diminuir a ilicitude material da valoração da prova.

A Constituição não deixa margem de escolha ou possibilidade de compreensão do direito fundamental, e aponta a resposta adequada, pois não permite se recorrer ao cotejo de direitos que se encontram em confronto para afastar o caráter peremptório da norma constitucional e admitir a conduta violadora tendo em vista a necessidade de se coibir a criminalidade grave.

Como regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a admissão e valoração de provas ilícitas, no art. 5º, inc. LVI, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico. Atribui-se a essa norma uma natureza de regra e não de princípio.

Não se pode transigir com a violação dos preceitos constitucionais de lisura na apuração de condutas delitivas, pois desse modo se desestrutura o sistema ético axiológico de credibilidade da jurisdição.

A vinculação da jurisdição com o paradigma da linguagem e a hermenêutica fenomenológica possibilita o desmascaramento ideológico; apresentam-se essas teorias, via de consequência, como instrumentos hábeis para o combate dos decisionismos, visando a legitimidade da decisão judicial.

Ao Estado não se pode admitir a violação da lei constitucional, com a colheita de elementos probatórios ilícitos para a condenação da criminalidade grave. Os fins não justificam os meios; o direito de punir não se sobrepõe às garantias de natureza substantiva.

Desse modo, se o Estado tiver que recorrer ele próprio a um ilícito criminal para a perseguição do crime, a legitimidade da pena resta abalada, segundo critérios éticos, pois a resposta penal deixa de aparecer como meio de pacificação.

A alta densidade normativa do direito fundamental da prova ilícita implica uma necessária proteção do seu núcleo essencial, uma vinculação judicial ao conteúdo substancial preestabelecido, revelando-se como pedra angular de proteção do justo processo. Trata-

O direito de punir não se sobrepõe às garantias de natureza substantiva

se assim de um núcleo essencial do direito fundamental de proibição da prova ilícita, pois a escolha constitucional foi de um modelo com coeficiente de indisponibilidade.

Notas

1. José Laurindo de Souza Netto. Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Graduação do Curso de Direito do Grupo Uninter e do Curso de Mestrado da Universidade Paranaense (Unipar). Ex-membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) na 3ª Câmara Cível. Diretor Geral da Escola da Magistratura do Estado do Paraná.
2. Art. 167. Entender-se-à sempre prescrita, sob pena de nulidade, a observância das disposições concernentes: 1º) à nomeação, capacidade e constituição do Tribunal, do Juiz ou do representante do Ministério Público; 2º) à intervenção do juiz; Ministério Público e querelante no processo e sua participação nos atos em que ela seja obrigatória; 3º) à intervenção, assistência e representação do imutado, nos casos e formas em que a lei estabelece.
3. Trata-se de técnica argumentativa utilizada para vencer um debate a qualquer custo e que não contribui para a evolução da ciência. O opúsculo póstumo de Schopenhauer intitulado *Eristik* foi publicado pela primeira vez em 1864.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa*. 1976. COIMBRA: ALMEDINA. 1998.
- ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. COIMBRA. 1992.
- ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. Tradução: Nereu José Giacomolli. 2. ed. São Paulo: Marçal Pons, 2009.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 17 janeiro/fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>>. Acesso em: 27 janeiro de 2016.
- BARATTA, Alessandro. *Revista de La. Facultad de Derecho de La Universidad de Granada*. n. 2, 1999.

- _____. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Tradução: Ana Lúcia Sabadell. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 2, número 5, janeiro/março. São Paulo: RT, 1994.
- BOUSIER, Marie-Emma. Le prince de Loyauté em droit processuel. In: ARMENTA DEU, Teresa. *A prova ilícita (um estudo comparado)*. Tradução: Nereu José Giacomolli. 2. ed. São Paulo: Marçal Pons, 2009.
- CARDOSO, Helena Schiessl. "O retrato da "questão criminal" nos meios de comunicação: um discurso de alarme social a serviço do controle social repressivo e violento". In: BOZZA, Fábio; ZILIO, Jacson. Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70^a aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012.
- CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; DROOGHENBROECK, Michel van de Kerchove Sébastien Van. *Les droits de l'home, bouclier ou épée du droit pénal?* Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelas, 2007.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Dum paradoxe láutre*. In: CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; DROOGHENBROECK, Michel van de Kerchove Sébastien Van. *Les droits de l'home, bouclier ou épée du droit pénal?* Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelas, 2007.
- DIAS, FIGUEIREDO. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. Revistas dos Tribunais, 1999.
- DWORKIN, R. M. É o direito um sistema de regras? *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, RS, v.34, n. 92, p. 119-158, set./dez. 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris II: teoria della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2007b.
- _____. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. In: *Anais do Simpósio Nacional de Direito Constitucional da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, 20 a 22 de maio de 2010. Tradução de André Karam Trindade. Conceito Editorial. 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. V.I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- HERMANN, Nadja. *Hermenêutica e educação*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SOUZA, José Laurindo. *A evolução da jurisdição para uma perspectiva transformadora: a necessária compreensão crítica da realidade por meio da filosofia da linguagem e da hermenêutica fenomenológica*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b706835de79a2b4e>>. Acesso em: 20 de junho de 2016.
- LISZT, Franz, von. *A teoria finalista no direito penal*. Tradução: Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2003.
- _____. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução e comentários: José Higinio Duarte Pereira; atualização e notas Ricardo Rodrigues Gama. 1a. ed. Campinas: Russel, 2003b.

- OST, François et van de Kerchove, Michel. *De la pyranude au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, 2002.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal – um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal: o direito de defesa – repercussão, amplitude e limites*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos, Luís Natshertz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Veja, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude? Estrutura e movimento da interpretação Heideggeriana*. Rio Grande do Sul: Ed. Unijuí, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. E o juiz decretou a prisão marcando um “X”? Sentença ou quiz show? 26 de março de 2015. Portal *Conjur*. Coluna Senso Incomum. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show>>. Acesso em 29 de junho de 2015.
- _____. *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. revista e ampliada. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (orgs.). *Estudos críticos sobre o sistema penal: Em homenagem ao professor doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: Ledze, 2012.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito (Vols. I e II)*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; ALCOVER, Pilar Giménez. *El Derecho en la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993; e JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

Julgamento parcial de mérito no CPC de 2015: vamos deixar tudo como está?

Rogéria Dotti¹

Doutoranda e mestre pela Universidade Federal do Paraná, secretária geral adjunta do IBDP, advogada

O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO VIVE, FELIZMENTE, uma fase de busca de efetividade. Há uma clara tendência à aceleração da atividade jurisdicional e uma *aptidão* para a produção de *resultados úteis na sociedade*². Nesse contexto, o julgamento parcial de mérito traduz uma relevante inovação: ele alia a celeridade à cognição exauriente, apta à formação da coisa julgada. E isso é extremamente positivo. Não apenas porque permite antecipar uma parte da sentença final, mas também porque estimula a própria solução consensual das pretensões remanescentes.

No sistema do Código de 1973, vigorava o princípio da unicidade do julgamento, segundo o qual a sentença só poderia ser proferida em um único ato, ao final do processo³. Justamente por isso, a decisão parcial de mérito era tratada como tutela antecipada, apesar de se basear em cognição exauriente (art. 273, § 6º, com a alteração da Lei 10.444, de 7 de maio de 2002). Mas parte da doutrina já defendia, com razão, a possibilidade de sentença parcial, ainda que não houvesse regra expressa⁴. Em maio de 2015, contudo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a sentença parcial não seria compatível com o sistema então em vigor⁵.

Agora, a realidade é outra. O CPC de 2015 permite o tão desejado fracionamento do mérito (art. 356 e art. 354, § único). O requisito é: a existência de um pedido ou parcela dele que se mostre incontroverso ou que dispense a necessidade de instrução.

Saliente-se que os pedidos devem ser autônomos, isto é, a cumulação deve ser própria e simples, ou então o pedido único deve ser passível de decomposição. Caso de grande aplicação prática é o decreto imediato do divórcio e o posterior julgamento dos pedidos de partilha e alimentos⁶. Outro exemplo é a pretensão de cobrança de valor em dinheiro, sempre que o réu não contestar a obrigação propriamente dita, mas apenas o seu montante.

Todavia, as hipóteses de decisão parcial de mérito não se limitam ao disposto no art. 356. O parágrafo único do art. 354 também prevê duas circunstâncias que a autorizam: prescrição ou decadência e homologação do reconhecimento do pedido, renúncia ou transação (art. 487, II e III). A propósito, em interessante julgado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve decisão que reconheceu a ocorrência da prescrição em relação à indenização por abandono material e determinara o prosseguimento do feito em relação à investigação de paternidade⁷.

Saliente-se que, uma vez presentes as circunstâncias autorizadas, o fracionamento da decisão de mérito constitui verdadeiro dever do magistrado. Não se trata de mera faculdade posta à disposição do juiz ou das partes⁸. Isso porque razoável duração do processo e eficiência constituem valores fundamentais para aplicação de todas as regras processuais (CPC, arts. 4º e 8º). A ideia fundamental é a de que o *tempo do processo não pode prejudicar o autor que tem razão*⁹.

Por se tratar de decisão interlocutória, o recurso cabível contra o julgamento parcial de mérito é o agravo de instrumento (CPC, art. 356, § 5º, e art. 1.015, inciso II). Isso confere eficácia imediata ao provimento¹⁰, ao contrário da sentença, que se submete ao regime da apelação, com efeito suspensivo (CPC, art. 1.012).

Assim sendo, a decisão parcial de mérito é passível de execução provisória, inclusive com a dispensa do oferecimento de caução (CPC, art. 356, § 2º), o que a torna mais vantajosa que o próprio cumprimento de sentença, sujeito à caução (art. 520, IV). Evidentemente, contudo, não há sentido em dispensar a caução na decisão parcial e exigi-la em relação à sentença. Daí porque o

Enunciado 49 da Escola Nacional de Formação de Magistrados já antecipa uma tendência de relativização dessa dispensa: “No julgamento antecipado parcial de mérito, o cumprimento provisório da decisão inicia-se independentemente de caução (art. 356, § 2º, do CPC/2015), sendo aplicável, todavia, a regra do art. 520, IV”.

A decisão parcial de mérito tem suscitado várias questões polêmicas. A primeira diz respeito ao reexame necessário. Ele se aplica ao julgamento parcial? O legislador, no art. 496, referiu-se à “sentença”, não fazendo menção à decisão interlocutória de mérito. Entretanto, a análise sistêmica mostra que ela tem precisamente o mesmo conteúdo da sentença. Não há diferença em termos de grau de importância, respeito ao contraditório ou nível de cognição. Ambas têm exatamente a mesma carga decisória, ainda que sejam proferidas em momentos distintos. Daí porque, mesmo na ausência de previsão expressa, a decisão parcial de mérito contra a Fazenda também se sujeita ao reexame necessário¹¹. Esse é, aliás, o teor do Enunciado 17 do Fórum Nacional do Poder Público¹².

A decisão parcial
de mérito é
passível
de execução
provisória

O mesmo pode ser dito em relação ao recurso adesivo. Embora o art. 997, § 2º, II, do código autorize sua aplicação apenas nos casos de apelação, de recurso extraordinário e de recurso especial, não há dúvida de que o recurso contra a decisão parcial de mérito também comporta essa interpretação extensiva. Por uma questão de coerência, deve-se então admitir o agravo de instrumento adesivo¹³.

E as questões anteriores não agraváveis? Devem ser trazidas no agravo de instrumento ou nas contrarrazões? A resposta é positiva. Cabe aqui a aplicação analógica do art. 1.009, § 1º. Esse é o teor do Enunciado 611 do FPPC¹⁴.

Questão mais delicada surge quando se examina o prazo para eventual ação rescisória contra a decisão parcial de mérito: Em que momento terá início a fluência dos dois anos? Do trânsito em julgado da própria decisão ou da última decisão do processo (CPC, art. 975)? Ao que tudo indica, a finalidade do código foi encerrar a divergên-

cia que surgira no sistema de 1973 e que levou à edição da Súmula 401 do STJ¹⁵. Pensava-se, naquele primeiro momento, em afastar o risco de não conhecimento do recurso¹⁶, mas não propriamente em impedir o trânsito em julgado em capítulos¹⁷, como depois passou a entender o STJ. Agora, todavia, como a decisão parcial de mérito implica verdadeira cisão no julgamento, não há como negar que o prazo para a ação rescisória deve ser contado a partir dessa própria decisão¹⁸. Portanto, quando o art. 975 menciona *última decisão proferida no processo*, deve-se ler: última decisão referente a essa *parte do processo*.

No que diz respeito aos honorários advocatícios, o código não traz nenhuma previsão específica. A omissão, porém, não significa que não sejam eles devidos. Ainda que o *caput* do art. 85 refira-se apenas à sentença, toda a lógica de equiparação dos pronunciamentos judiciais de mérito leva a essa conclusão. Aplica-se aqui o mesmo argumento utilizado para admitir a remessa necessária. Tanto no art. 496, como no art. 85, o código se refere apenas à *sentença*, embora ambos incidam sobre as duas formas de decisões de mérito.

De igual forma, deverá ser admitida a sustentação oral no recurso referente ao julgamento parcial. O art. 937, inciso I, do código de 2015 prevê a possibilidade da defesa oral no recurso de apelação, ou seja, na impugnação à sentença. Assim sendo, igual oportunidade deve ser oferecida no recurso de agravo de instrumento atinente ao mérito (art. 1.015, II). Não há aqui qualquer fator de *discrimen* a autorizar a distinção¹⁹.

Lembre-se ainda que a suspensão do processo em virtude do IRDR (art. 982, I) não impede o prosseguimento em relação ao pedido cumulado, consoante o Enunciado 205 do FPPC²⁰, nem tampouco o julgamento antecipado da parte autônoma do pedido²¹.

Em síntese, a coerência do sistema exige que se apliquem ao julgamento parcial de mérito: o reexame necessário (art. 496); o agravo de instrumento adesivo (art. 997, § 2º, II); o termo inicial para a rescisória (art. 975); a fixação de honorários advocatícios (art. 85) e a sustentação oral no julgamento do respectivo agravo de instrumento (art. 937).

Por fim, vale destacar que a decisão parcial de mérito representa enorme avanço no que diz respeito à gestão processual, à eficiência e à celeridade. Mas, como toda inovação legislativa, ela depende da boa vontade dos operadores do direito. De nada adiantará a previsão do art. 356 se permanecer a ideia da unicidade do julgamento. Ou seja, *mesmo com tantos motivos para deixar tudo como está, é preciso compreender – como diz a canção – que já mudaram as estações.*

Notas

1. Rogéria Dotti. Doutoranda e mestre pela Universidade Federal do Paraná, secretária geral adjunta do IBDP, advogada.
2. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*: volume I. 8. ed., rev. e atual. segundo o novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 429.
3. A origem era a antiga lição de Chiovenda *della unità e della unicità della decisione*, a qual já se encontra relativizada há bastante tempo no direito italiano (art. 277 do *Codice di Procedura Civile*). MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 148 e 149. No mesmo sentido, DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.
4. TALAMINI, Eduardo. “Saneamento do processo”, in *RePro*, vol. 86, 1997, item 20 e seguintes.
5. STJ – Resp. 1.281.978-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 05.05.2105.
6. Enunciado 18 do IBDFAM: “Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas”.
7. TJRS – A.I. 70071267009, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. em 09.03.2017.
8. Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I, 57. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 842.
9. É o que defende há muitos anos Luiz Guilherme Marinoni. (MARINONI, Luiz Guilherme. *O novo processo civil*/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 253).

10. Marcelo Pacheco Machado afirma que diante desse novo regime *todo mundo só vai querer julgamento antecipado parcial de mérito* (MACHADO, Marcelo Pacheco. “Novo CPC: só quero saber de julgamento parcial do mérito!”, <http://jota.uol.com.br/novo-cpc-so-querer-saber-de-julgamento-parcial-do-merito>, acesso em 11 de setembro de 2016).
11. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional*, volume 2/Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. 16. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 458.
12. “A decisão parcial de mérito proferida contra Fazenda Pública está sujeita ao regime da remessa necessária.”
13. Essa também é a conclusão de Luís Renato Avezum, *in* <https://jota.info/artigos/existencia-de-agravo-de-instrumento-adesivo-26072016>, acesso em 25 de junho de 2017.
14. Enunciado 611 do FPPC: “Na hipótese de decisão parcial com fundamento no art. 485 ou no art. 487, as questões exclusivamente a ela relacionadas e resolvidas anteriormente, quando não recorríveis de imediato, devem ser impugnadas em preliminar do agravo de instrumento ou nas contrarrazões”.
15. Súmula 401: O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.
16. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional*, volume 2/Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini. 16. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 844.
17. Note-se que o Supremo Tribunal Federal já admitia o trânsito em julgado em diferentes momentos processuais (STF, Pleno, AR 1.699-AgRg, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 23.06.2005).
18. Nesse sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo/coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, Rogério Licastro Torres de Mello. 1a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 621 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I, 57. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1112.
19. A propósito, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Paraná, adaptando-se às mudanças do CPC/2015, passou a autorizar a sustentação oral nessa hipótese (art. 226, § 1º).
20. “Havendo cumulação de pedidos simples, a aplicação do art. 982, I e § 3º, poderá provocar apenas a suspensão parcial do processo, não impedindo o prosseguimento em relação ao pedido não abrangido pela tese a ser firmada no incidente de resolução de demandas repetitivas.”
21. MAZZOLA, Marcelo. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI237872,31047-E+possivel+o+julgamento+parcial+do+merito+das+acoes+suspensas+pelo>

Interesse público e os direitos humanos – O *parquet* na justiça cível democrática como fiscal da estrita legalidade – A correta aplicação da lei na interpretação do novo Código de Processo Civil

Cândido Furtado Maia Neto¹

Professor pós-doutor. Procurador de Justiça

Diego de Lima Soni²

Advogado licenciado

Magna Carvalho de Menezes Thiele³

Advogada licenciada

Luiz Gustavo Rosá⁴

Assessor jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça

Resumo: A atuação do Ministério Público na justiça cível ainda é um tema pouco explorado e que suscita enormes controvérsias na doutrina e na jurisprudência. A resposta a esse questionamento perpassa não apenas pela análise literal das hipóteses previstas no novo Código de Processo Civil e demais diplomas legais. Pelo contrário, as previsões trazidas pela legislação infraconstitucional de atuação do *parquet* devem ser interpretadas pelo aplicador do direito à luz das garantias fundamentais esculpidas na nossa carta magna e, em especial, ter como norte os direitos humanos previstos nos instrumentos internacionais. Somente desta

forma o Ministério Público cumprirá seu papel de fiscal de ordem jurídica (interna e internacional), a fim de zelar por uma prestação jurisdicional justa, eficiente e que atenda aos direitos fundamentais das partes.

1. Aplicação dos tratados de direitos humanos

INICIALMENTE, ANTES DE SE ADENTRAR ESPECIFICAMENTE nas hipóteses de atuação do Ministério Público, faz-se imprescindível explanar de forma resumida acerca da dicotomia dos planos (interno e internacional) do ordenamento jurídico para aplicação dos tratados de direitos humanos no sistema pátrio, a fim de possibilitar a melhor compreensão da questão no âmbito da justiça cível.

Verifica-se que o legislador, no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), dispôs expressamente acerca da aplicabilidade dos tratados, pactos e convenções internacionais de direitos humanos na jurisdição interna, o que se dá após a ratificação e adesão pela República Federativa do Brasil, de acordo com o processo legislativo próprio (arts. 49, I, e 84, VIII, CF), visando à efetivação prática nacional, de modo a sempre ser dada prevalência aos direitos humanos.

Prevê o artigo 13 do estatuto processual em questão:

A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

Acerca da posição hierárquica superior dos tratados, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 50 da Constituição Brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis

e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. *O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.*⁵

Desta sorte, entendeu o Supremo Tribunal Federal que, na hipótese de conflito entre lei ordinária e tratado, prevalece o tratado (leia-se instrumentos internacionais de direitos humanos).

Por sua vez, referidos instrumentos de direitos humanos, ratificados e incorporados pela República Federativa do Brasil como signatária, expressam a validade hierárquica entre os dispositivos internacionais e a legislação nacional, por meio da denominada *cláusula de proteção*, conforme dispõe a Convenção sobre Direitos dos Tratados (Convenção de Viena, 1969/ONU – BR/2009):

Artigo 26 – *Pacta sunt servanda*

Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

Artigo 27 – Direito Interno e Observância de Tratados

*Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.*⁶

Do mesmo modo, a cláusula de proteção está nos artigos 46 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (ONU/1966 – BR/1992), 24 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU/1966 – BR/1992), 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA/1969 – BR/1992) e na Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América (1940 – BR 1966).

Por seu turno, a denominada teoria da incorporação incondicional ou automática é prevista no Código Tributário Nacional:

Lei n. 5.172/66 Código Tributário Nacional: “*Os tratados e as convenções internacionais revogam e modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha*”, especialmente no que se refere ao direito público.

Os direitos humanos asseguram garantias fundamentais ou garantias judiciais para a proteção jurídica do devido processo legal, em prol da cidadania ou dos jurisdicionados, sem distinção ou privilégios de qualquer natureza, sempre visando, cada vez mais, o maior prestígio da justiça equânime, célere, imparcial, independente e transparente.

Cabe salientar que os instrumentos de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado de 2/5 possuem *status* constitucional ou de emenda constitucional, aqueles não submetidos ao quórum possuem *status* de supralegalidade, e os tratados que não se referem a direitos humanos têm valor de lei infraconstitucional⁷.

A *supralegalidade* posiciona-se entre a carta magna e a legislação infraconstitucional, o que define que as cláusulas e princípios de direitos humanos, de qualquer forma, possuem validade superior ao que dispõem as normas de direito civil (Lei 10.406/02) ou de processo civil (Lei 13.105/15).

O legislador constituinte demonstra que o espírito da Constituição é voltado à supremacia ou prevalência dos direitos humanos, visto que, para formular/montar o texto da carta magna, na época e antes de sua aprovação, o legislador ordinário, denominado de constituinte, tomou como base e levou em consideração o contido nos instrumentos internacionais de direitos humanos, como por exemplo: a Declaração Universal, de 1945, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, de 1966, a Convenção sobre Direitos Humanos da OEA, de 1969, entre outros tantos documentos de valor tácito para o mundo e para os ordenamentos jurídicos vigentes.

Assim, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos (e seus princípios) estão acima da própria Constituição, sendo que todo

Estado democrático (a prestação jurisdicional) possui o dever de respeito, independentemente da configuração legal dada ou do que expresse a carta maior.

Os direitos humanos possuem valor hierárquico tácito internacional majoritário, já que a constituição dos países com regime democrático é que deve se adaptar aos princípios fundamentais de direitos humanos, e não estes à constituição (princípio da parametricidade), ou seja, os instrumentos de direitos humanos são parâmetros para as constituições democráticas. Trata-se da *supraconstitucionalidade* dos direitos humanos, posto que o direito interno se congrega aos postulados e reconhecimentos universais, em face aos princípios da cooperação e da obrigatoriedade de aplicação, razão pela qual se adere aos direitos humanos, sendo os documentos internacionais ratificados posteriormente.

Desse modo, tem-se como regra geral:

- Prevalece texto mais recente – *lex posterior derogat priori*
- Lei mais recente incompatível não prevalece sobre tratado
- Violação aos direitos humanos resulta em responsabilidade estatal internacional
- Dever de observância aos princípios da hierarquia e da recepção das normas
- Desrespeito aos direitos humanos afeta os fundamentos e o regime do estado democrático

Atenção ao contido no preâmbulo da carta magna.

É de se destacar o universalismo e a indivisibilidade dos instrumentos de direitos humanos. A cidadania é cosmopolita, globalizada e planetária. Sem asseguramento dos direitos fundamentais individuais e coletivos das pessoas, e sem o devido respeito integral aos princípios reitores de direitos humanos, estes com validade hierárquica prevalente frente aos dispositivos ou normas legais, não há que se falar

Os tratados de direitos humanos (e seus princípios) estão acima da própria Constituição, sendo que todo estado democrático (a prestação jurisdicional) possui o dever de respeito

em Justiça, em hipótese alguma, ante a incorreta interpretação e aplicação do direito.

Estamos diante da *teoria da incorporação incondicional* ou automática. A carta magna e a legislação nacional se incorporam às prescrições dos tratados e convenções de direitos humanos, e não o contrário. Trata-se do princípio da parametricidade, pelo qual os direitos humanos são parâmetros legais para a efetivação do Estado democrático.

Os tratados não se revogam por lei posterior. Há que se considerar o conceito de *parametricidade*, em que a ordem global – o direito público internacional – é mais vasta que o direito interno. As garantias fundamentais abarcam *princípios implícitos e explícitos*, os primeiros como parte do chamado bloco da *constitucionalidade*, e os segundos da *legalidade*, assim temos a presunção *iuris tantum* e depois a *iure et de iure*, ou seja, o direito constitucional plasmado, ou um “*continuum jurídico*”, conforme as lições de Canotilho citadas pelo professor Sergio Borja da PUC-RS⁸.

É de se observar, ainda, que as cláusulas de direitos humanos (direito internacional humanitário) desfrutam hoje, nas palavras do professor Antonio Augusto Cançado Trindade, de caráter imperativo – *ius cogens* – e não de natureza de dispositivos⁹.

A base da interpretação e aplicação correta dos direitos humanos se encontra na principiologia do direito, no estudo da hermenêutica e da exegese, literal, histórica, lógica e racional. São os princípios de justiça e de equidade que norteiam os direitos humanos, dando a eles validade hierárquica e legitimidade, segundo as regras da intertemporalidade e da antinomia de 1º e 2º grau¹⁰.

Ensina o ex-ministro da corte suprema sobre controle da legalidade e da constitucionalidade:

Existem certos direitos individuais cujo respeito e consenso exige a comunidade internacional. São os direitos da pessoa humana, reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda que não tenha natureza de Tratado, por não haver sido regularmente celebrada como determinam as normas do direi-

to internacional público, tem força como se assim fosse, e para alguns tratadistas está na categoria dos Documentos indenunciáveis, o que tecnicamente não é exato, mas politicamente é uma realidade.¹¹

Por sua vez, leciona Konder Comparato:

Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à 2ª Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.¹²

Os direitos humanos compõem a estrutura normativa geral como parte do direito público, o que faz com que a interpretação do direito processual civil seja realizada ou efetivada à luz do princípio geral do devido processo legal (art. 5º, LIV CF). Nesse ponto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA/1969 – BR/1992), no seu artigo 8º, 1, dispõe:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, *ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, há a disposição de que todas as pessoas terão direito de serem julgadas em prazo razoável (art. 9º PIDCP e art. 8º CADH).

A fim de garantir a efetividade de tais instrumentos no âmbito interno, a *lex fundamentalis*, pela Emenda Constitucional 45, de 2004, expressa: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹³.

Da mesma forma, o artigo 4º do novo Código de Processo Civil prevê: *As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*

De mais a mais, a principiologia aplicável ao processo civil moderno e democrático na ótica da teoria da jurisdição constitucional democrática e dos direitos humanos (TJCDH¹⁴) subdivide-se da seguinte forma:

Princípios de igualdade:

- princípio da isonomia (ante a lei e no tratamento perante os tribunais);
- princípio da proibição de discriminação (racial, status social, sexo, idade, ...);
- princípio do contraditório-ampla defesa (em todos os processos e procedimentos).

Princípios de legalidade:

- princípio da prevalência dos Direitos Humanos;
- princípio *in dubio pro* Direitos Humanos (interpretação favorável ou prevalente);
- princípio da taxatividade (reserva objetiva dos direitos fundamentais);
- princípio da livre investigação da prova (proibição de produção de provas ilícitas);
- princípio da presunção de inocência (não culpabilidade nem condena antecipada);
- princípio do devido processo legal (respeito às garantias judiciais).

Princípios de acesso à justiça:

- princípio de acesso universal à jurisdição (direito de petição – impulso processual);
- princípio do direito de ação (justa causa, iniciativa das partes);
- princípio do duplo grau de jurisdição (direito de revisão nos tribunais superiores);
- princípios da inadmissibilidade de recursos (repercussão geral);
- princípio da razoabilidade de tempo do processo (efetividade jurisdicional);
- princípio do juiz e do promotor natural (proibição de tribunal de exceção).

Princípios de(a) ação:

- princípio da publicidade-transparência (exceto em segredo de justiça);
- princípio da disponibilidade (oportunidade, bens e interesses disponíveis);
- princípio da indisponibilidade (direitos humanos – bens e interesses indisponíveis);
- princípio da subsidiariedade (mediação, arbitragem e conciliação);
- princípio da oralidade (transparência);
- princípio da obrigatoriedade da motivação (da ofensa ao direito);
- princípio da exteriorização (materialização fática – lesão a direito substantivo);
- princípio da economia processual (instrumentalidade atos necessários);
- princípio da utilidade da demanda (movimento útil da máquina judiciária);
- princípio da insignificância (mínima intervenção, ofensa ou mínima lesão);
- princípio da imediatividade (concentração de atos);
- princípio acusatório (versus inquisitivo).

Princípios de(a) função jurisdicional:

- princípio da indelegabilidade (da função jurisdicional);

A ideia de devido processo legal está intimamente vinculada à noção de um processo justo

- princípio da independência funcional (autonomia);
- princípio do impulso oficial (atos processuais *ex officio* despachos judiciais);
- princípio da verdade formal (atos e formas jurisdicionais em busca do direito);
- princípio do livre convencimento (persuasão racional do juiz);
- princípio da identidade física do juiz (impede suspeição e impedimentos);
- princípio da proibição de acolhimento de provas ilícitas (proibidas ou ilegítimas);
- princípio da inércia (*no iudex ex officio*);
- princípio da imparcialidade (do juízo – para não gerar suspeições e impedimentos);
- princípio da proteção dos bens jurídicos (interesse público, do Estado, coletivo, etc.).

Princípios de(a) lealdade processual:

- princípio da boa-fé (*versus* litigância de má-fé);
- princípio da cooperação (em busca da justiça);
- princípio da verdade real (princípios de justiça-equidade);
- princípio da responsabilidade pessoal das partes (individualização);
- princípio da responsabilidade objetiva-subjetiva (culpabilidade, art. 186/187/927, CC).
- princípio da sanção judicial digna (proporcionalidade entre o dano e a reparação);
- princípio do *onus probandi* (quem acusa deve provar);
- princípio do *onus probandi* invertido (exceção à regra geral).

Mostra-se imprescindível, neste ponto, mencionar a nova ótica atribuída pela doutrina e jurisprudência pátria no tocante especificamente ao princípio do devido processo legal, mencionado no rol acima, eis que não se pode ignorar a sua intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana – epicentro axiológico do texto constitucional¹⁵, corolário do estado democrático de direito¹⁶.

A ideia de devido processo legal está intimamente vinculada à noção de um processo justo. Não apenas o processo legal, entendi-

do como aquele que segue formalmente o estabelecido em lei (infraconstitucional), mas sim um processo previsto de forma adequada e razoável para atingir o seu primordial objetivo no estado democrático de direito, qual seja, a garantia constitucional de proteção dos direitos humanos fundamentais¹⁷. O Supremo Tribunal Federal inclusive possui precedentes de aplicação direta e imediata do art. 5º, LIV, da Constituição, garantindo o direito ao devido processo legal à parte litigante, sendo desnecessária qualquer regulamentação infraconstitucional pelo legislador¹⁸.

A estrita legalidade significa observar e acatar *in totum* o contido nos instrumentos internacionais de direitos humanos, entendendo-os como hierarquicamente prevalentes. Trata-se, então, de uma espécie de neopositivismo ou positivismo dos direitos humanos, isto é, aplicação das regras máximas e prevalentes, e não a legalidade da lei inferior (ex. CPC, resoluções, portarias).

Estamos nos referindo, portanto, a normas e princípios de justiça universal. Em outras palavras, pode-se afirmar que os direitos humanos são a lei da lógica e da razão; são direitos inalienáveis, irrevogáveis, indispensáveis, indisponíveis; cláusulas pétreas de respeito humano; normas consuetudinárias prevalentes; uma verdadeira consolidação de princípios reitores; um *vade-mecum* da justiça democrática, ou até um compêndio sócio-político-econômico-cultural.

Desta sorte, os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal possuem papel previsto nos tratados internacionais, e é neste ponto que se revela e se manifesta a importância da atuação do membro do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica no contexto interno e internacional à luz dos direitos humanos.

2. Ministério Público na justiça cível

A Constituição Federal no artigo 127 prescreve que o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a proteção dos interesses individuais e sociais indisponíveis, leia-se: *tutor dos direitos humanos*.

No artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal encontramos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Da mesma forma consta no artigo 3º do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15):

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Logo, cabe ao *parquet* a proteção das garantias fundamentais da cidadania, de acordo com o art. 5º e respectivos incisos da carta magna, a nível interno, em respeito às “cláusulas pétreas” por sua autoaplicabilidade imediata ou direta (art. 5º, § 1º, CF).

De outro lado, o Ministério Público procurará sempre estimular a solução consensual dos conflitos, inclusive no curso do processo judicial, de 1ª ou 2ª instância (§ 3º do art. 3º, CPC).

Infere-se ainda da carta da República: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Diante disso, o Ministério Público, além de resguardar a aplicação da legislação interna e o exercício do direito e a tutela jurisdicional no âmbito da justiça pátria, deverá defender a observância aos instrumentos de direitos humanos, tanto pelo operador do direito quanto pelo legislador.

O artigo 178 do *codex* processual prevê que o Ministério Público será intimado no prazo de 30 dias para intervir como fiscal da ordem jurídica. Na sequência o mesmo *codex* estabelece o procedimento para manifestação do membro do *parquet*:

Art. 180. O Ministério Público gozará de prazo em dobro para manifestar-se nos autos, que terá início a partir de sua intimação pessoal, nos termos do art. 183, § 1º.

§ 1º Findo o prazo para manifestação do Ministério Público sem o oferecimento de parecer, o juiz requisitará os autos e dará andamento ao processo.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o Ministério Público.

Ressalta-se, neste viés, que como fiscal da lei ou como parte o agente ministerial deve resguardar a tutela da dignidade da pessoa humana, fundamento primaz do estado democrático de direito (art. 1º, III, CF).

Sobre a *dignidade da pessoa humana* destacam-se duas teses nas relações privadas. No tocante ao direito civil e processo civil, a exemplo do “*Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo Existencial*”, e no direito administrativo segundo a doutrina “*Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público – Novo Regime Jurídico-Administrativo e seus Princípios Constitucionais Estruturantes*”, na qual se afasta a supremacia do interesse público sobre o particular¹⁹.

No Código de Processo Civil constam ainda os deveres e responsabilidades das partes litigantes, incluindo o Ministério Público:

Art. 77. “Todos aqueles que de qualquer forma participem do processo devem expor os fatos em juízo conforme a verdade; não formular pretensão destituídas de fundamento; não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”; dentre outras, e o artigo 79 dispõe que “responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente” [leia-se em sentido amplo Ministério Público].

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidente manifestamente infundado;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Do Ministério Público:

Art. 176. O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis [leia-se direitos humanos].

Art. 177. O Ministério Público exercerá o *direito de ação* em conformidade com suas atribuições constitucionais.

Destaque especial se dá ao artigo 178 do *codex*, que trata em seus incisos das hipóteses de intervenção do Ministério Público como *fiscal da ordem jurídica* (interna e internacional):

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: [os tópicos seguintes].

I – interesse público ou social

O interesse público que será objeto de fiscalização pelo Ministério Público é aquele chamado – conforme ficou convencionado pela doutrina – de interesse público primário, e não secundário. Assim, o órgão ministerial tem por escopo zelar pelo bem da coletividade e não visa tutelar questões inerentes a pessoas jurídicas de direito público.

Em vista dessa diferenciação, mostra-se imprescindível mencionar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalente na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito.²⁰

Sobre o tema já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil e administrativo. Embargos de divergência em recurso especial. Divergência configurada. Ação de ressarcimento ao erário proposta por ente público. Intervenção do ministério público. Desnecessidade. Nulidade não configurada. *1. A interpretação do art. 82, II, do CPC, à luz dos arts. 129, incisos III e IX, da Constituição da República, revela que o “interesse público” que justifica a intervenção do Ministério Público não está relacionado à simples presença de ente público na demanda nem ao seu interesse patrimonial (interesse público secundário ou interesse da Administração). Exige-se que o bem jurídico tutelado corresponda a um interesse mais amplo, com espectro coletivo (interesse público primário).* *2. A causa de pedir ressarcimento pelo ente público lesionado, considerando os limites subjetivos e objetivos da lide, prescinde da análise da ocorrência de ato de improbidade, razão pela qual não há falar em intervenção obrigatória do Ministério Público.* *3. Embargos de divergência providos para, reformando o acórdão embargado, dar provimento ao recurso especial e, em consequência, determinar que o Tribunal de origem, superada a nulidade pela não intervenção do Ministério Público, prossiga no julgamento do recurso de apelação.*

Destaca-se, inclusive, que o Conselho Nacional do Ministério Público já consolidou o entendimento de que incumbe ao próprio agen-

te ministerial verificar a presença (ou não) do interesse público no caso concreto, de forma claramente a privilegiar a garantia constitucional de independência funcional assegurada ao *parquet*, prevista no artigo 127, § 1º, da nossa carta magna. Confira-se: “A identificação do interesse público no processo é juízo exclusivo do membro do Ministério Público, sendo necessária a remessa e indevida a renúncia de vista dos autos.”²¹

Cabe salientar, ainda, que o novo Código de Processo Civil, em consonância com o que já defendia boa parte da doutrina, passou a dispor que “a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público” (art. 178, parágrafo único).

Questão interessante, talvez objeto da maior controvérsia existente na jurisprudência e que merece ser brevemente mencionada, é sobre a atuação do Ministério Público no processo em proteção aos direitos transindividuais, notadamente os direitos individuais homogêneos. Quando há interesse público que justifique a atuação do órgão?

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) define como interesses difusos os transindividuais, de natureza indivisível, compartilhados por pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Já os denominados interesses coletivos são transindividuais, de natureza também indivisível, pertencentes a pessoas indeterminadas, porém determináveis, unidas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base (associações, sindicatos, entidades profissionais). Já os interesses individuais são perfeitamente individualizados, sendo que a união dos sujeitos decorre de uma origem comum e o objeto da pretensão é divisível.

A origem dessa discussão está no fato de que não há previsão expressa na Constituição acerca da atuação do órgão ministerial na defesa dos direitos individuais homogêneos. Diante disso, tem-se que a própria jurisprudência não é uniforme, de modo que, via de regra, quando não há previsão expressa na lei, a proteção fica limitada aos interesses não patrimoniais, indisponíveis ou de relevância social²².

Ocorre que mesmo interesses individuais homogêneos patrimoniais e disponíveis podem, muitas vezes, demandar a atuação do Ministério Público. Isso porque, em certos casos, a atuação ministerial

resta legitimada para propor a ação coletiva em defesa desses referidos direitos como única maneira de viabilizar a tutela jurisdicional em prol de um grande número de pessoas, concretizando a garantia fundamental de acesso à justiça, e é aí que reside o interesse público que enseja a atuação do *parquet*.

Assim, parece que a melhor solução é a proposta por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, que sustenta:

Quando tais interesses individuais homogêneos, *mais que a soma de situações particulares, possam ser qualificados como de interesse comunitário*, nos termos acima enunciados, não há dúvida de que o Ministério Público estará legitimado a atuar, porque nessas circunstâncias estará atuando em defesa de interesses sociais.²³

No mesmo sentido defende a ministra Nancy Andrighi, em acórdão por ela relatado no Superior Tribunal de Justiça, ao dizer que o conceito de interesse social relevante não está no objeto da tutela, mas sim no fato da eventual procedência viabilizar uma espécie de benefício para centenas ou milhares de pessoas. O critério deixa de ser, portanto, material e passa a ser processual. Vejamos:

Não se pode relegar a tutela de todos os direitos a instrumentos processuais individuais, sob pena de excluir do Estado e da Democracia aqueles cidadãos que mais merecem sua proteção, ou seja, uma multidão de desinformados que possuem direitos cuja tutela torna-se economicamente inviável sob a ótica do processo individual. Assim, *assegurar direitos e viabilizar sua tutela é interesse do Estado Democrático de Direito e de todos os seus órgãos. Há relevância social no trato coletivo de interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis, e o Ministério Público é agente legítimo para tanto*. A questão ganha especial importância em hipóteses envolvendo pessoas de pouca instrução e baixo poder aquisitivo, que, não obstante lesadas, veem-se tolhidas por barreiras econômicas e sociais, mantendo-se inertes. Essas situações clamam pela iniciativa estatal, por intermédio do Ministério Público, na salvaguarda de direitos fundamentais.

Ressalte-se que na atualidade o Ministério Público, como instituição indispensável à função jurisdicional do Estado democrático, volta-se diretamente ao “interesse público” (*ordre public* – doméstico e internacional) e/ou ao “interesse comum (*global commons* – interesse comum da humanidade ou da cidadania global)”, conforme expressam os instrumentos de direitos humanos, aderidos e ratificados. Esta atividade ministerial protege o interesse coletivo, difuso, e não o interesse individual, na busca da realização do bem comum ou da satisfação geral, o que não significa interesse da maioria.

O interesse público é qualitativo e não quantitativo, isto é, tem como norte os princípios e a primazia dos direitos fundamentais constitucionais, entre eles a dignidade da pessoa humana e a moralidade administrativa. Para melhor compreensão, e mais precisão técnico-jurídica, devemos nos referir a *interesses públicos* no plural, os quais não se confundem com o *interesse* do Estado (secundário e no singular), mas se referem aos interesses primários, isto é, interesses públicos, como ensina magistralmente o professor José S.S. Cristóvam²⁴.

II – interesse de incapaz

O Código Civil prevê:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de exercê-los:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos.

Registre-se que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) alterou o mencionado artigo 3º, retirando o deficiente mental do rol dos absolutamente incapazes, restando

apenas o menor de 16 anos (critério etário). Tal alteração se dá em razão do previsto no artigo 84, *caput*, do estatuto legal em questão: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”, sendo que tal artigo reproduz dispositivo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007 (ratificada em 2008 pelo Brasil, o qual foi aprovado com *status* constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, CF).

Conquanto haja discussão se o instituto da interdição foi extinto, tendo em vista que o artigo 84, § 4º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê apenas a figura da curatela aos deficientes, o novo Código de Processo Civil regulamenta no art. 747 e seguintes a interdição, e o art. 752 dispõe que nesses procedimentos o Ministério Público intervirá como fiscal da ordem jurídica.

Por sua vez, o artigo 79 do Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê no artigo 79, § 3º: *A Defensoria Pública e o Ministério Público tomarão as medidas necessárias à garantia dos direitos previstos nesta Lei.*

Da mesma forma protegem-se os idosos em situação de risco (art. 3º e art. 74 da Lei 10.741/03 e art. 1048, § 4º, do CPC).

Impõe-se ainda ao Ministério Público o dever de assegurar a absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes (art. 4º da Lei 8.069/90 e art. 1048, § 4º, do CPC) nas políticas públicas e nos feitos, a fim de tutelar sua dignidade e colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227 da CF).

O dicionário *Aurélio* conceitua prioridade como: “1 Qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; primazia. 2. Preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia. 3. Qualidade duma coisa que é posta em primeiro lugar, numa série ou ordem.”

A aplicação
fria da lei, sem
humildade, conduz
a erros, porque
está distante ou
separada da análise
dos princípios
universais de
justiça

A Convenção Sobre os Direitos da Criança (ONU/1989 – Promulgação pelo Governo da República Federativa do Brasil em 1990) prevê no artigo 27:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.
2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.
3. Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio.

Na Declaração Universal dos Direitos da Criança (ONU – UNICEF²⁵) encontra-se prescrito taxativamente no princípio VI o seguinte:

A criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade; sempre que possível, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, não se deverá separar a criança de tenra idade de sua mãe. A sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência. Convém que se concedam subsídios governamentais, ou de outra espécie, para a manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Telegraficamente, vale dizer; as crianças têm “direito ao amor”.

É o amor que engloba a justiça, e não o contrário²⁶. O amor é um sentimento humano e pessoal, ao mesmo tempo único, coletivo e transferível. Os operadores do direito trabalham segundo o livre

convencimento em busca da justiça, por meio dele, da verdade, da solidariedade, compaixão, perdão, clemência, indulgência, fraternidade e irmandade. Erra menos o juiz que atua com amor, porque se aproxima mais aos critérios de justiça do que aquele magistrado que exclui este magnânimo sentimento de suas sentenças e resoluções.

A aplicação fria da lei, sem humildade, conduz a erros, porque está distante ou separada da análise dos princípios universais de justiça, sentimento e origem do ser e da humanidade; o juiz deve sempre ter sensibilidade, caridade, sabedoria e bom senso, sem olvidar os direitos fundamentais e o direito constitucional.

“No exercício da jurisdição, o juiz não está imune a erros. Deve, no entanto, ter a coragem de assumi-los e corrigi-los.”²⁷

A ideia de justiça está no íntimo do ser humano, no seu ser, na sua alma, no seu espírito, na sua mente, na sua atitude, regra de vida no sentido ético, moral, religioso e jurídico, justiça por excelência, em base às exigências do bem, dos desejos coletivos e interesses individuais indisponíveis.

III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana

Registre-se que o novo Código de Processo Civil não trouxe semelhante disposição à do art. 944 do *codex* anterior, que previa a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público nas ações de usucapião. Diante disso, haverá apenas a intervenção no caso de conflitos coletivos pela posse de terra rural ou urbana ou no caso de qualquer ação possessória em que esteja presente no polo ativo ou passivo pessoa incapaz.

Saliente-se que o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) introduziu em nosso ordenamento a denominada usucapião coletiva urbana. Prevê neste sentido o artigo 1.228, § 4º, do Código Civil: “O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.”

O Ministério Público atua na área da justiça cível na qualidade de *custus legis*, isto é, como *fiscal da lei* (fiscal da ordem legal – constitucional), e também como *dominus litis*, proponente de ação civil pública (Lei 7.347/85), de mandado de segurança (Lei 12.016/09), de ação popular (Lei 4.717/65), desapropriação por utilidade pública (Dec.-Lei 3.365/41) etc. Ademais, pela Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), estará sempre diante do dever de “*zelar pelo prestígio da justiça*” (art. 43, II).

3. Conclusão

Os direitos humanos devem ser aplicados não somente na área penal, mas também no âmbito do juízo cível, eis que tanto o direito processual civil quanto o criminal pertencem ao ramo de direito público e se baseiam nas regras e princípios da Constituição Federal e dos instrumentos internacionais de direitos humanos (pactos, convenções, tratados.).

Nesse sentido, o controle estatal é exercido para a proteção das garantias fundamentais no processo legal (civil e penal), assegurando a imparcialidade e o livre convencimento do juiz, a transparência e celeridade processual, a isonomia na produção das provas lícitas entre as partes, o contraditório, a ampla defesa, o direito recursal ou de acesso aos diversos graus de jurisdição.

A aplicação dos direitos humanos no processo civil representa o integral respeito às garantias judiciais e fundamentais da cidadania, para a consecução do devido processo legal. Ao Ministério Público incumbe a tutela da legalidade máxima, isto é, dos direitos humanos, a fim de prevenir e impedir não só qualquer vício ou nulidade processual – buscando sempre a mais transparente segurança jurídica doméstica e internacional – como também visando uma prestação jurisdicional justa, que respeite e atenda aos direitos fundamentais das partes.

O Ministério Público atua com zelo e observância aos direitos fundamentais – previstos tanto na carta da República como nos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

O *parquet* não hesitará em recorrer à aplicação imediata dos princípios e garantias assegurados nos textos legais para utilizá-los como vetores interpretativos e normas de integração no contexto do princípio da parametricidade, nos casos em que a legislação infraconstitucional não seja suficiente para concretizar direitos fundamentais e os interesses públicos.

Assim, propõe-se esta reflexão para a correta interpretação e aplicação da lei pelo Ministério Público atuante na justiça cível, pautando-se como fiscal dos direitos humanos fundamentais, sempre que os interesses públicos estiverem presentes.

Notas

1. Cândido Furtado Maia Neto. Prof. Pós-Dr. Procurador de Justiça. Expert em Direitos Humanos. Consultor Internacional das Nações Unidas (Missão MINUGUA 95-96).
2. Diego de Lima Soni. Advogado Licenciado. Assessor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça. Pós-Graduado.
3. Magna Carvalho de Menezes Thiele. Advogada Licenciada. Assessora Jurídica da Procuradoria-Geral de Justiça. Pós-Graduada.
4. Luiz Gustavo Rosá. Assessor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça. Pós-Graduado.
5. RE 349703/RS, Rel. Min. Carlos Britto. J. em 03/12/2008 – grifo nosso.
6. Artigo 46 – Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados
 1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.
 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa-fé.
7. STF, RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso. J. em 05.06.2009.
8. Borja, Sérgio: *Teoria Geral dos Tratados*; Ed. Ricardo Lenz, POA, 2001, p. 75. Canotilho, José Joaquim Gomes: *Direito Constitucional*, Livraria Almedina. Coimbra, 1991, p. 998.
9. “Evolução do Direito Internacional Humanitário e as Posições do Brasil”; Direito Internacional Humanitário; pub. *Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais* (IPRI), Brasília, 1988.

10. Antinomia: contradição entre leis ou interpretações das normas. Uso incorreto de princípios para o caso concreto. Fator gerador de injustiças e de insegurança jurídica.
11. REZEK, Francisco in “A Constituição Brasileira e as Normas de Direito Internacional Humanitário”; Coleção Relações Internacionais n. 6, do Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais (PRI), Brasília-DF, Ed. Escopo, out./1988, p. 97.
12. Konder Comparato, Fábio. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 48-9.
13. Constituição de República Federativa do Brasil. Art. 5º, LXXVIII.
14. MAIA NETO, Cândido Furtado. *Processo Civil e Direitos Humanos*. Ed. Núria Fabris: POA, 2011.
15. VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.
16. MENDES, Gilmar Ferreira. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al (O e a dignirgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 429.
17. MENDES, Gilmar Ferreira. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 430.
18. Neste sentido, cf. STF, MS 26854-DF, rel. Min. Ricardo Lewandowsky, j. em 28.08.2007.
19. SILVA CRISTÓVAM, José Sérgio. *Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público*. Ed. Juruá, Curitiba, 2015.
20. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros. p. 603.
21. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 34/2016, art. 2º.
22. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 62.
23. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 71.
24. Da Silva Cristóvam, José Sérgio: “Administração Pública Democrática e Supremacia do Interesse Público”; Ed. Juruá, Curitiba, 2015.
25. Resolução 1386 (XIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1959.
26. DOM PAULO EVARISTO ARNS, Arcebispo. In: *Uma nova ética para o juiz*, obra coletiva, coordenador NALINI, José Renato. RT, SP, 1994.
27. “Humanização da Aplicação do Direito para dar-lhe o seu verdadeiro sentido”, José Gomes da Silva, Direitos Fundamentais Sociais, Ed. UFGD, MS, 2009.

Descriminalização do aborto, vozes, mortes e o direito de escolha

Denise Antunes¹

Juíza de Direito Substituta em 2º Grau

QUANDO SOUBE DA NOTÍCIA, no começo de outubro de 2016, de que estudantes universitárias respondiam a um inquérito policial por haverem fixado cartazes na Faculdade de Direito de Goiás em prol da descriminalização do aborto, com os dizeres “*Tirem seus rosários dos meus ovários*”, resolvi escrever o presente texto.

Ainda bem que o juiz da 5ª Vara Cível de Goiânia, o colega Denival Francisco da Silva, em brilhante decisão, acatou liminarmente o *habeas corpus* impetrado por uma advogada e professora da mesma faculdade para trancar o inquérito policial que apurava a conduta das quatro estudantes de direito por suposto crime contra *sentimento religioso*.

A notícia e os dados contidos na decisão do colega dão conta que pessoas que frequentavam a instituição solicitaram providências ao diretor da unidade, que encaminhou o caso à polícia civil, a qual instaurou o inquérito contra as estudantes Andrielly, Juliana, Ingrid e Danielle. Além da motivação jurídica acerca da atipicidade da conduta e da garantia de livre manifestação das estudantes, o juiz comentou em sua decisão que

o alvoroço que se fez em torno da manifestação, legítima, livre, e que deve ser assegurada, estabelece uma verdadeira confusão inaceitável entre o Estado e a religião (...) O que mais espanta é que toda celeuma aconteceu num ambiente acadêmico, de uma Faculdade de Direito, donde se espera o enlevo, inclusive por motivos de ser objeto de estudos, dos direitos e garantias fundamen-

tais. Onde se espera a exaltação dos princípios determinantes do Estado Democrático de Direito (...) A laicidade, como marca do Estado Democrático de Direito, foi esquecida.²

Além da revolta ao ato arbitrário à liberdade de expressão (da mulher) e à manifestação das estudantes, que felizmente encontrou o tom da decisão judicial acima comentada, o presente estudo se concretiza também porque tratei do tema aborto, no dia 19 de agosto de 2016, na mesa redonda “*Aborto no séc. XXI: olhares e saberes interdisciplinares*”, quando do acontecimento do VII Simpósio Jurídico dos Campos Gerais, realizado na UEPG, em Ponta Grossa, por convite da professora, amiga e colega de faculdade Maria Cristina Rauch, em companhia das demais palestrantes Ana Paula Xavier Ravelli e Georgine Garabely Heil Vázquez.

Por vezes algumas notícias de vozes femininas em favor da descriminalização do aborto vêm à tona, mas se entende que dita movimentação feminina em torno do tema deveria ser mais ativa, pois o Brasil possui uma legislação arcaica e na direção oposta a dos países desenvolvidos, sendo que possui a mesma lei que existe, por exemplo, no Afeganistão (cujo respeito à mulher é nulo) e no pobre país africano Burundi. Na América Latina e na África, a maioria dos países restringe ou proíbe a interrupção voluntária da gestação, como ocorre ainda na legislação brasileira. No hemisfério norte do planeta a liberação é praticamente geral. E a grande preocupação é porque o aborto provocado pela gestante e o produzido por terceiro, com o consentimento da gestante, ainda são modalidades tratadas pela nossa legislação criminal como crimes. Não é respeitado o direito de escolha da mulher (garantia ao direito à privacidade).

Não se pensa aqui em adentrar no âmago da discussão daqueles que defendem a criminalização calcados na tese de que nossa legislação garante que a *vida começa na concepção*, mormente porque argumentos jurídicos para a defesa da tese contrária sempre há e, por certo em contraponto à *teoria concepcionista*, pode-se enfocar a *teoria natalista*, a qual lembra que a Constituição da República em nenhum momento dispõe quando começa a vida e traz à tona as lições

de direito civil nas quais somente *com o nascimento com vida a pessoa adquire a personalidade*; a vida é própria da pessoa nativiva³.

Nesse ponto, aliás, é importante para o pensamento mais profundo de todos os interessados no tema uma intervenção feita pela psicanalista e jornalista Maria Rita Kehl quanto à *existência de vida desde a concepção*. Comentando sobre o famigerado Projeto de Lei 5.069/13, do ex-deputado Eduardo Cunha (que dificulta ainda mais o aborto legal), a jornalista alerta para o seguinte:

Até o uso da pílula do dia seguinte, que provoca a expulsão do óvulo recém-fecundado, será proibida se os deputados decidirem. Já é uma vida humana, dizem os membros da bancada da repulsa ao sexo. *Sim, é uma vida. Mas se fosse humana, a sociedade teria criado ritos para incluí-la na cultura – batizar e sepultar os óvulos fecundados, por exemplo, quando expulsos por abortos espontâneos. Parece um absurdo, não é? Parece uma ideia bizarra. Assim é: porque de fato não os consideramos ainda como seres humanos. Nomeação e sepultamento são práticas culturais que nos definem como humanos. Nenhuma delas se aplica a essa forma incipiente de vida.*⁴

No entanto, nem sempre no Brasil o autoaborto foi criminalizado.

No que diz respeito ao aborto perante a lei brasileira, que se cogite ainda um breve histórico⁵, tem-se que no *Brasil Colônia* as leis que vigiam eram as mesmas da corte portuguesa, e as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas não chegaram a prever pena especial para o aborto, sendo que o fato era considerado homicídio. Com a proclamação da independência em 1822, surge em 1830 o nosso próprio Código Criminal do Império. Mas no *Brasil Imperial*, esse Código Criminal (1830), nas palavras do jurista Cezar BITENCOURT,

não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante. Punia somente o praticado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante. Criminalizava-se na verdade o aborto consentido e o aborto sofrido, mas não o aborto provocado, ou seja,

o autoaborto. A punição somente era imposta a terceiros que intervissem no abortamento, mas não à gestante, em nenhuma hipótese.⁶

Por sua vez, no *Brasil República*, o Código Penal de 1890 não era diferente do Código de 1940 (atual), porque daí já se começou a punir a gestante que participava da prática do aborto mesmo quando cometido por ela sozinha.

Na nossa lei atual, o legislador ordinário revestiu de licitude a prática do aborto em duas situações distintas: (1) quando a gravidez resulta de *estupro* e há o consentimento da gestante ou de seu representante legal (denominado aborto sentimental ou aborto por indicação médica), e (2) quando não há outra forma de *salvar a vida da gestante* (denominado de aborto necessário ou terapêutico). E, ainda, por maioria de votos (8 x 2), o Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2012, julgou procedente o pedido contido na *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54*, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada; ou seja, o STF, autorizou o aborto no caso de *anencefalia*.

Na presente matéria, então, o que se pretende frisar cada vez mais é a importância de conceder à mulher o seu direito de optar em realizar ou não o aborto no Brasil, diante do quadro mórbido percebido no cenário do país, cuja realidade aponta (desde que o mundo é mundo) a prática constante do aborto e que essa não cessará. O discurso de que a criminalização deve permanecer a qualquer custo sob o enfoque jurídico de que a vida se inicia com a concepção ou sob enfoques morais e religiosos é tido como ultrapassado na sociedade contemporânea e até mesmo como perverso se levarmos em conta o drama subjetivo e único vivenciado pela mulher que opta pelo aborto e ainda o imenso número de mortes causadas pelo aborto mal executado (aborto inseguro). Vozes femininas depois de caladas (mortas) não são mais escutadas, ainda mais se essas vozes pertenciam a pessoas desprovidas de familiares ou afins com 'poder de mudança', como a condição econômica.

Estamos falando de que *a cada dois dias* se constata pelo menos *uma morte* em virtude do aborto inseguro realizado no Brasil (em 2013)⁷ e ainda que o abortamento clandestino constitui *a quinta causa da morte materna no país*, de acordo com o governo brasileiro no relatório elaborado para o evento “Pequim+ 20”, que aconteceu quando da 59ª Comissão sobre o Estatuto da Mulher da Organização das Nações Unidas – ano de 2015 – (ONU)⁸.

Para tecer comentários sobre aborto no Brasil, então, não se pode escapar do assunto ‘vida e morte’. ‘Vida e morte’ da mulher. Sim, daquela gestante que optou pelo aborto e, atormentada por questões de ordem moral, religiosa e social, ainda carrega o peso de ter sua conduta criminalizada perante o direito penal. Aquela mulher que, sem condições financeiras de realizar um aborto ‘seguro’, sozinha, e que após um turbilhão de pensamentos de tristeza, amargura e angústia, decidiu definitivamente que irá sim realizar o aborto. Essa mulher poderá estar a um passo da morte.

A maioria de mortes por aborto registrada no SUS é de mulheres pobres, negras, muitas vezes já mãe de família, e mães ditas solteiras

E, seguramente, os registros encontrados e disponibilizados por entidades que se dedicam ao tema dão conta que a maioria de mortes por aborto registrada no SUS é de mulheres pobres, negras, muitas vezes já mãe de família, e mães ditas solteiras. Ainda, definitivamente, o aborto clandestino é mais comum do que se pensa. Segundo a Pesquisa Nacional de Aborto (PNA) coordenada pela antropóloga da Universidade de Brasília, Debora Diniz, trata-se de um assunto na vida da “mulher comum brasileira”, pois a pesquisa informa que “*uma a cada cinco mulheres brasileiras com menos de 40 anos se submeteu a um aborto; ou seja, 20% das brasileiras em idade de gestação admitem terem abortado em algum momento do auge de sua vida fértil*”. O referido estudo foi publicado em 2010 e adotado pela OMS cujos dados se mantinham inalterados à época da reportagem, conforme informação colhida no site do jornal *El País* no Brasil, na matéria *Silêncio diante do drama do aborto clandestino*, de 24 de setembro de 2014⁹.

Na mesma época, em dezembro de 2014, o site *Opera Mundi* noticiou que

atualmente no Brasil ocorrem cerca de um milhão de abortos e 250 mil internações a cada ano por complicações nos procedimentos realizados em clínicas clandestinas. Os abortamentos são realizados em locais com pouca ou nenhuma higiene e por pessoas não capacitadas para auxiliar as mulheres que procuram essa saída. Enquanto nada se fala no Executivo e no Legislativo a respeito do problema, milhares de mulheres morrem há anos no país ao tentarem abortar. Por outro lado, nosso vizinho Uruguai (que legalizou o aborto no fim de 2012) não registrou mais nenhuma morte em decorrência de aborto e reduziu o número de 33 mil abortamentos anuais para apenas 4 mil já nos primeiros meses, pois junto com a legalização vieram diversas políticas públicas de planejamento familiar, educação reprodutiva e sexual e métodos contraceptivos.¹⁰

Não se olvide que o Uruguai, como os demais exemplos pelo mundo, ao legalizar o aborto não trouxe com a medida o aumento de abortos e sim a redução, mormente porque o Estado assumiu políticas públicas afetas à matéria¹¹.

Drauzio Varella, médico atuante, afirma constantemente na mídia que o “*aborto já é livre no Brasil, proibir é punir quem não tem dinheiro*”, e de pronto se percebe que é a classe menos favorecida que sofre com a criminalização do aborto.

O que se deve ter firme em mente é que o aborto sempre foi praticado pelas mulheres em todos os tempos e sempre será. Uma vez decidida a mulher, não haverá motivo que a remova da decisão, ou seja, será muito difícil que algum fator a impeça da empreitada então definida e ela fará o aborto. Nada a deterá de fazer o aborto depois da decisão tomada. E assim será, como sempre foi.

Com certeza, e da interpretação do ‘grito’ das estudantes de Goiás, o que se busca é um respeito ao direito de se optar a realizar o aborto (cuja definição já foi bastante difícil), o que está longe de se dizer que se é “a favor” do aborto. Significa, isso sim, ser a favor de que essa

mulher que já está decidida possa, na continuidade de sua já dolorida decisão, não sofrer mais uma carga de negatividade da sociedade com a criminalização do aborto. Admitir de forma diferente é estar fora da realidade.

Novamente a jornalista Maria Rita Kehl, agora em seu texto *Repulsa ao sexo*, publicado em *O Estado de S. Paulo*, em 18 de setembro de 2010, sob o argumento de que ninguém é, de fato, a favor do aborto, salienta que “o aborto é sempre a última saída para uma gravidez indesejada. Não é política de controle de natalidade”. E sobre a triste vivência daquela mulher que se encontra na situação de desespero, completa:

É uma escolha dramática para a mulher que engravida e se vê sem condições, psíquicas ou materiais, de assumir a maternidade. Se nenhuma mulher passa impune por uma decisão dessas, a culpa e a dor que ela sente com certeza são agravadas pela criminalização do procedimento. O tom acusador dos que se opõem à legalização impede que a sociedade brasileira crie alternativas éticas para que os casais possam ponderar melhor antes, e conviver depois, da decisão de interromper uma gestação indesejada ou impossível de ser levada a termo. Além da perda à qual mulher nenhuma é indiferente, além do luto inevitável, as jovens grávidas que pensam em abortar são levadas a arcar com a pesada acusação de assassinato. O drama da gravidez indesejada é agravado pela ilegalidade, a maldade dos moralistas e a incompreensão geral.¹²

Impõe-se uma postura de respeito ao direito de optar, de escolher, de zelar pela autonomia da vontade da mulher (direito à privacidade), como se vem respeitando a religião de cada uma (ou de cada um dos cidadãos) e os preceitos morais adotados e vividos por elas (e por todos). Aquela que optar em realizar o aborto que o faça sem criminalização de seu ato.

E, nessa oportunidade, é importante deixar bastante claro (e realmente repetir) que a intenção maior não é defender perante a sociedade o *favoritismo* ao aborto. Ninguém pode ser favorável ao aborto! É ser, de forma contundente, contra sua criminalização, em prol de

respeitar o desejo da mulher, de respeitar a sua livre escolha, e de zelar pela vida da mulher, que está em jogo.

Entende-se, nesse passo, que o discurso a ser divulgado pelas mulheres que buscam a descriminalização do aborto e aos interessados na causa há de ser no sentido de que descriminalizar não significa que será feita uma campanha em prol da prática de tal conduta, mas sim valorizar o querer de cada cidadã, cuja Constituição da República lhe garante um Estado laico. E, como já se disse acima, quem deseja praticá-lo o fará de qualquer jeito, devendo assegurar o respeito à vontade da mulher, garantindo seu direito constitucional à privacidade.

A criminalização dos abortos realizados no país não os tem impedido, e ademais, o quadro que se apresenta é que cada vez mais pioram as condições em que são realizados

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 1973, invocando justamente o *direito à privacidade*, definiu que a mulher pode decidir sobre a realização do aborto, no conhecido caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, o qual envolvia a gestante Jane Roe e Henry Wade, representante do Estado do Texas, que era, pois, contrário ao aborto¹³.

Juristas brasileiros defendem teses no sentido da inconstitucionalidade da criminalização primária do autoaborto e do aborto com o consentimento da gestante, seja sob o enfoque da incompatibilidade da criminalização do aborto com os princípios democráticos limitadores da criminalização ou com os critérios principiológicos de criminalização nos estados democráticos, ou com o sistema de proteção dos direitos humanos das mulheres. É nessa seara que adentrou o juiz de direito José Henrique Rodrigues Torres quando escreveu a obra “*Aborto e Constituição*”¹⁴, estudioso do assunto (juiz do Tribunal do Júri), cujas conclusões partiram, como não podia deixar de ser, da cruel realidade vista por aqueles que querem enxergá-la, no sentido de que a criminalização dos abortos realizados no país não os tem impedido, e ademais, o quadro que se apresenta é que cada vez mais pioram as condições em que são realizados.

Dentro do contexto constitucional, há conclusões baseadas, por exemplo, nos princípios da racionalidade e da subsidiariedade a ensejar a incompatibilidade da criminalização do aborto, pois “*não se pode manter a criminalização de uma conduta quando os custos sociais decorrentes da adoção dessa medida proibicionista são maiores que aqueles causados pelo ‘problema’ que se pretendeu com ela arrostar*”, e “*a criminalização somente se justifica quando não houver outros meios ou alternativas para o enfrentamento do ‘problema social’ a ser debelado*”.

E ainda indicando caminho adequado à resolução do problema social, comentando o mesmo que Drauzio Varella, quando o fez em entrevista televisa (programa Roda Viva da TV Cultura), acerca da *prioridade do planejamento familiar: “pela efetivação de programas eficientes de planejamento familiar, (...) por políticas públicas que promovam a igualdade de gênero e o afastamento da ideologia patriarcal, pelo aumento do poder das mulheres na tomada de decisões sobre sua sexualidade e reprodução, (...) e, ainda, pelo acesso pleno aos meios anticoncepcionais.”* Sem que o aborto seja enfrentado, pois, por políticas repressivas¹⁵.

Confirmando a inutilidade da criminalização no sistema penal, no artigo “*Sobre as mulheres e o aborto: notas sobre as leis, medicina e práticas femininas*”, a professora pontagrossense Georgine Garabely Heil Vázquez traz dados ao Poder Judiciário que retratam o que ocorre no país todo, pois o trabalho analisa em uma perspectiva histórica os processos – crimes de aborto disponíveis nas comarcas de Castro e Ponta Grossa (PR), num período que compreende o fim do século 19 até meados do século 20. Assevera a historiadora:

É necessário salientar que entre inquérito e processo o número total de casos de abortos registrados pelo Poder Judiciário é de apenas cinco casos. Tal número aponta para o fato de que práticas de impunidade são bastante comuns para os casos de abortamentos, pois se acredita que o número de abortos ocorridos nas cidades de Castro e Ponta Grossa (PR) entre o século XIX e meados do século XX foi superior a cinco. Todavia, ficaram registrados

nos arquivos do Poder Judiciário apenas cinco casos. Segundo o levantamento feito desses casos, quando estes chegam ao Poder Judiciário trazem à tona mulheres pobres e geralmente solteiras. Porém, a pena de prisão para mulheres que abortam é rara. E esta sempre foi uma das questões centrais para a discussão do aborto nos meandros da justiça brasileira.¹⁶

Ponto de relevância dentro do direito penal e constitucional é que na questão da criminalização do aborto há um adentrar violento e efusivo no querer feminino, porque “*o papel do Direito Penal não é realizar a educação moral das pessoas adultas. Não compete ao Estado fiscalizar a moralidade privada, para exercer em face dos cidadãos o papel de polícia dos costumes, de sentinela da virtude*”, como muito bem foi dito pelo doutrinador Cristiano Avila Marona, citado na obra do magistrado José Torres. Aliás, dentro desse tema, o magistrado concluiu que a ordem jurídica de um estado democrático de direito deve manter-se laica e secular, não podendo ser convertida na voz exclusiva da moral e, muito menos, da moral de alguma religião¹⁷.

Não é demais lembrar que a CF garante a laicidade do Estado, sendo o Brasil um estado laico, um estado neutro. Aliás, preservar os direitos fundamentais e individuais (como o direito à privacidade), salvaguardá-los das ditas formas de regulação baseadas em crenças religiosas, é imperioso, sob pena de ferir-se o princípio da laicidade do Estado.

Na obra “*Direito ao aborto, democracia e Constituição*”¹⁸, a promotora de justiça Teresinha Inês Teles Pires, após profunda análise acerca de decisões tomadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos e também do nosso Supremo Tribunal Federal, conclui seu trabalho indicando meios a justificar a legalização do direito ao aborto, não sem antes frisar a relevância da *autonomia procriativa da mulher* e, portanto, adentrando nas teorias preconizadas por Ronald Dworkin (que participou dos estudos para os julgamentos sobre aborto nos EUA) e John Rawls (defensor das “*teorias da democracia*”). É enaltecido o direito à privacidade pelo direito estadunidense como ponto

primordial do exercício das liberdades individuais, bem como a relevância da autonomia da vontade e o respeito ao querer de outrem. Encontram-se, na obra acima referida, interessantes e profundas abordagens morais, políticas e jurídicas sobre o tema no sistema dos EUA, dando ênfase à *individual freedom*.

Por certo, questões bem mais intrínsecas estão envolvidas, pois trazendo à tona mais uma vez o aspecto psicanalítico, e buscando a palavra de Maria Rita Kehl no texto “*Repulsa ao sexo*”, tem-se o seu dramático comentário: “*em mais de um debate público escutei argumento de conservadores linha-dura, de que a mulher que faz sexo sem planejar filhos tem que aguentar as consequências*”; e complementa:

Eis a face cruel da criminalização do aborto: trata-se de fazer, do filho, o castigo da mãe pecadora. Cai a máscara que escondia a repulsa ao sexo: não se está brigando em defesa da vida, ou da criança (que, em caso de fetos com malformações graves, não chegarão a viver poucas semanas). A obrigação de levar a termo a gravidez indesejada não é mais que um modo de castigar a mulher que desnaturalizou o sexo, ao separar seu prazer sexual da missão de procriar.¹⁹

Não por acaso o colega José Henrique Torres salienta sempre em entrevistas que, “*na verdade, o abortamento mantém a sua criminalização como instrumento de controle da sexualidade das mulheres. E nesse particular ela (criminalização) é eficaz*”²⁰.

E cá estamos no ano de 2016, século 21, com os temas no campo feminino em alerta, como o da *Lei Maria da Penha* completando 10 anos de vigência; histórias da triste ‘cultura do estupro’; com assuntos diários sobre o empoderamento feminino e o feminismo; com a necessidade de divulgação do movimento “sororidade”²¹; e falando ainda (e sempre) na descriminalização do aborto.

Afinal, o tema deve ser discutido em todos os setores e lugares, e por todas as mulheres, por ser um forte tópico de reflexão.

A filósofa Marcia Tiburi já nos disse sobre a *mudez* das mulheres no ano de 2007:

A legalização do aborto não virá dos donos do poder e dos discursos que comandam e decidem sobre o corpo das mulheres. Elas, em silêncio, agem como se não fossem donas e senhoras de seus corpos. E, de fato, não o são enquanto continuam na velha economia da sedução, da prostituição, da maternidade, da vida doméstica, do voyeurismo do qual são a mercadoria. Que as decisões sobre seus próprios corpos não pertençam às mulheres é uma contradição que poucas podem avaliar. *Não ter voz significa não pertencer à política. Na medida em que não participam nem percebem o quanto estão alienadas da conversa, as mulheres perpetuam a injustiça que as trouxe até aqui.* Em última instância, estão distantes da ética que envolve a decisão sobre seus direitos e sua própria vida. Além disso, a questão do aborto sinaliza que a liberdade das mulheres – prisioneiras ancestrais de uma estrutura social que tem sua lógica – está sempre vigiada.²²

Por isso e por todas, vamos aguardar mais e mais *Andriellys, Julianas, Ingrids e Danielles*, com suas vozes não só nas faculdades, mas amplificadas no cenário político, em matérias na internet, nas ruas, e gritando aos quatro cantos, porque ainda precisamos muito dessas manifestações nos tempos atuais.

Notas

1. Denise Antunes. Juíza de Direito Substituta em Segundo Grau Graduada em Direito na UEPG, Ponta Grossa. Pós-Graduada 'latu sensu' no *III Curso de Aperfeiçoamento em Direito de Família e Posse e Propriedade*, realizado pela Faculdade de Direito de Curitiba. Ingressou na magistratura paranaense em 1992. Professora da Escola de Magistratura de Ponta Grossa (Prática Processual Civil), no ano de 1995, e da Escola da Magistratura de Curitiba (Prática Processual Civil), nos anos de 2005, 2006, 2007, e 2009. Representante do TJPR como integrante do *Comitê Executivo Estadual do Fórum Nacional de Saúde* criado pelo CNJ, no período de abril de 2011 a maio de 2013. Atualmente designada para atuar como juíza substituta na egrégia 18ª Câmara Cível do TJPR.

2. A íntegra do assunto está no site jurídico *Justificando*, com o título: *Arquivado inquérito de crime contra sentimento religioso por campanha pelo aborto legal*. Acesso em 09 de outubro de 2016. Link: <http://justificando.com/2016/10/07/arquivado-inquerito-de-crime-contra-sentimento-religioso-por-campanha-pelo-aborto-legal/>
3. Teoria da concepção: o artigo 2º do Código Civil assegura todos os direitos do nascituro desde a concepção, aliás, o 4º do Pacto de São José, declara que a vida deve ser assegurada desde a concepção. O Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 4º, prevê que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. O Pacto de São José da Costa Rica entrou para o Ordenamento Jurídico Brasileiro através do Decreto 678/1992. *Teoria natalista*: “fulcrada nos mesmos dispositivos da Lei, defende que o ordenamento jurídico, através do Código Civil consoante redação do art. 2º, reza que *só a partir do nascimento com vida que a pessoa adquire a plenitude da sua personalidade jurídica, podendo ser sujeito ativo e passivo de direitos. Para concretização da formação da personalidade, há que se considerar dois elementos: o nascimento e com vida*. Para essa corrente, a reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativo em nada se contrapõe aos comandos da Carta Magna, *uma vez que a Constituição não dispõe quando começa a vida humana, bem como não dispõe sobre nenhuma das formas de via humana pré-natal*. Em síntese, a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. (...)”. Trecho extraído do site *Conteúdo Jurídico*: CARVALHO, Raul Pequeno Sá. (Procurador Federal da Advocacia-Geral da União). “O direito à vida e o dilema do aborto de feto anencéfalo”. Brasília-DF: 17 dez 2013. Link: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-a-vida-e-o-dilema-do-aborto-de-feto-anencéfalo,46306.html> acesso em 09 de outubro de 2016.
4. Folha de S. Paulo, Campanha “*Agora é que são elas*” na coluna de Contardo Galligaris, de 5 de novembro de 2015.
5. Histórico geral: Código de Hamurabi (1700 a.C.), proibia o aborto, mas em Roma, no início, aborto não era considerado delito. Feto não era considerado como ser vivo para juristas e filósofos. Podiam responder perante o Tribunal Doméstico por contrariar o desejo do marido. Depois, para aumentar a população, as leis começaram a punir o aborto no Império Romano. O Direito Canônico se posicionou contrariamente ao aborto. Seguindo o pensamento de Santo Agostinho, valorava a gravidade do aborto segundo o tempo de gestação. Foi, pois, o cristianismo marcante na avaliação do aborto, e no séc. VI, no Código de Justiniano, por curiosidade em face da surpresa, até chegou a autorizar o aborto desde que fosse realizado nos primeiros 40 dias de

- gestação. Essa parte histórica extraiu dados da matéria *Aborto: antijuridicidade do ato em face da inconstitucionalidade do art. 128, I e II, do CP*. Texto de Eloisio Ursulino Santana. Publicado agosto de 2014. Disponível no site do *Jus Navigandi* – Link: <https://jus.com.br/artigos/31068/aborto-antijuridicidade-do-ato-em-face-da-inconstitucionalidade-do-art-128-i-e-ii-do-cp> acesso em 02 de agosto de 2016.
6. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. ed. 8. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132.
 7. “Segundo os dados preliminares de um estudo realizado pelos pesquisadores Mario Monteiro e Leila Adesse, um mínimo de 685.334 e um máximo de 856.668 mulheres se submeteram, em 2013, a procedimentos ilegais de aborto. *A pesquisa não revela, no entanto, quantas intervenções resultaram na morte da paciente, já que a clandestinidade e o obscurantismo definem este submundo do qual é quase impossível extrair números com um mínimo de precisão. A Organização Mundial da Saúde (OMS), no entanto, estima que a cada dois dias uma mulher brasileira morra vítima do aborto ilegal.*” Trecho da matéria veiculada no site do jornal *El País* no Brasil, intitulada “Silêncio diante do drama do aborto clandestino”, publicada em 24 de setembro de 2014. Link: http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/28/politica/1411937015_378864.html acesso em 08 de agosto de 2016.
 8. Vide sobre o assunto: <http://oglobo.globo.com/sociedade/governo-afirma-onu-que-aborto-clandestino-no-pais-problema-de-saude-publica-15550664#ixzz4NRtywt4Q> e ainda <http://www.esquerda.net/artigo/brasil-aborto-clandestino-%C3%A9-quinta-cao-de-morte-materna/29651> acesso em 02 de agosto de 2016.
 9. In: site do *El País* no Brasil, no link cujo acesso ocorreu em 08 de agosto de 2016 http://brasil.elpais.com/brasil/2014/09/28/politica/1411937015_378864.html
 10. In: site Opera Mundi, acesso em 02 de agosto de 2016 no link: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/38889/proibicao+do+aborto+no+brasil+penaliza+principalmente+mulheres+pobres+e+negras+diz+diretora+de+ong+catolica.shtml>
 11. De acordo com o ginecologista e obstetra representante do Grupo de Estudos do Aborto (GEA) Jefferson Drezett, que há mais de 10 anos coordena um serviço de abortamento legal no país, é dito que: “Só para contextualizar nós temos hoje, segundo a OMS, 20 milhões de abortos inseguros sendo praticados no mundo. Por aborto inseguro, a Organização entende a interrupção da gravidez praticada por um indivíduo sem prática, habilidade e conhecimentos necessários ou em ambiente sem condições de higiene. O aborto inseguro tem uma forte associação com a morte de mulheres – são quase 70 mil todos os anos. Acontece que estas 70 mil não estão democraticamente distribuídas pelo mundo; 95% dos abortos inseguros acontecem em países em desenvol-

- vimento, a maioria com leis restritivas. Nos países onde o aborto não é crime como Holanda, Espanha e Alemanha, nós observamos uma taxa muito baixa de mortalidade e uma queda no número de interrupções, porque passa a existir uma política de planejamento reprodutivo efetiva”. Vide: <http://www.esquerda.net/artigo/brasil-aborto-clandestino-%C3%A9-quinta-causa-de-morte-materna/29651>. acesso em 08 de agosto de 2016.
12. A íntegra da matéria está disponível no site do O Estado de São Paulo: <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,repulsa-ao-sexo-imp-,611597>. acesso em 04 de agosto de 2016.
 13. No caso o enfoque dado é de que o aborto, em qualquer hipótese, deve ser permitido até quando o feto tenha condições de viver fora do útero materno, sem ajuda artificial. Consta que dita viabilidade é alcançada por volta dos sete meses (28 semanas), contudo, pode ocorrer antes, dentro das 24 semanas iniciais. Paulo: Estúdio Editores, 2015.
 14. TORRES, José Henrique Rodrigues. *Aborto e Constituição*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.
 15. *Ibidem*, p. 26, 47 e 61.
 16. VÁZQUEZ, Georgine Garabely Heil. Sobre as mulheres e o aborto: notas sobre as leis, medicina e práticas femininas, *Revista Latino-americana de Geografia e Gênero*, Ponta Grossa, v. 5, n. 2, p. 146-162, ago. / dez. 2014.
 17. O autor faz essa abordagem no capítulo do livro referente a *incompatibilidade da criminalização do aborto com a proibição de se criminalizar uma conduta quando se trata de tornar dominante uma determinada concepção moral*. TORRES, José. *Op. cit.*, p. 66.
 18. PIRES, Teresinha Inês Teles. *Direito ao aborto, democracia e Constituição*. Curitiba: Juruá, 2016.
 19. A íntegra da matéria está disponível no site do O Estado de São de Paulo: <http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,repulsa-ao-sexo-imp-,611597> acesso em 04 de agosto de 2016.
 20. A íntegra da entrevista está no site da GGN (O Jornal de todos os Brasis), na coluna do Luis Nassif Online, disponível no link: <http://jornalggm.com.br/noticia/a-criminalizacao-do-aborto-e-socialmente-um-desastre-diz-juiz-de-direito> acessado em 02 de agosto de 2016.
 21. “Sororidade é uma aliança firmada entre mulheres, baseada na empatia, irmandade e companheirismo. A palavra não existe na língua portuguesa, oficialmente. (...) Assim, a sororidade, enquanto termo e enquanto sentimento, surge e se fortalece da necessidade das mulheres de compartilharem experiências subjetivas, a partir de relações positivas e saudáveis umas com as outras, formando e fomentando alianças pessoais, sociais e políticas, empoderando-se e criando elos importantes para combater e eliminar as diversas formas de opressão perpetuadas ao longo dos séculos pelo patriarcado. Não por acaso, um dos aspectos da sororidade é a crítica à misoginia, em um

esforço pessoal e coletivo de demonstrar às próprias mulheres que alguns ou vários de seus comportamentos – fruto, é claro, da cultura historicamente machista – somente reforçam esse cenário, o que enfraquece o movimento feminista e, por consequência, todas as mulheres.” O conceito é mais extenso e pode ser consultado no site *Justificando*, disponível no link: <http://justificando.com/2016/06/02/o-que-e-sororidade-e-por-que-precisamos-falar-sobre/> acesso em 02 de junho de 2016.

22. Marcia Tiburi, graduada em filosofia e artes e mestre e doutora em filosofia pela UFRGS – *Aborto, soberania e nudez das mulheres* – (FOLHA, 26/7/2007).

Contratos de comunicações eletrónicas: o que há de novidades?

Mário Frota

Diretor do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra

Presidente da apDC – associação portuguesa de Direito do Consumo

HÁ REGRAS NOVAS A DISCIPLINAR OS contratos de comunicações eletrónicas. Constan da Lei 15/2016, de 17 de junho, e entram em vigor a 17 de julho seguinte.

As comunicações eletrónicas constituem, hoje por hoje, serviço público essencial, com regras gerais, especiais e específicas.

As regras especiais e específicas constam da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, objeto de sucessivas alterações e aditamentos.

As comunicações eletrónicas incluem o serviço telefónico fixo, o móvel, o de telecópia, a internet, a televisão por cabo e outros meios de transmissão de dados.

O contrato está sujeito a forma, ao invés do que a entidade reguladora, a Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações –, parece convictamente afirmar. E deve ser de papel passado (como sói dizer-se) ou constar de um qualquer outro suporte duradouro.

Por suporte duradouro se entende, nos termos em que a Diretiva 2011/85/EU, do Parlamento Europeu, o preceitua:

qualquer instrumento, designadamente o papel, a chave Universal Serial Bus (USB), o Compact Disc Read-Only Memory (CD-ROM), o Digital Versatile Disc (DVD), os cartões de memória ou o disco rígido do computador, que permita ao consumidor ou ao fornecedor de bens ou prestador do serviço armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, e, mais tarde, aceder-lhes pelo tempo adequado à finalidade das informações, e que possibilite a respectiva reprodução inalterada.

1. Forma legal: contrato exarado em papel ou noutró suporte duradouro

Sem prejuízo do que os normativos de defesa do consumidor consagram, a oferta de comunicações eletrónicas acessíveis ao público é objeto de contrato.

Dele devem constar obrigatoriamente, de forma clara, exaustiva e facilmente acessível, as cláusulas seguintes:

As comunicações eletrónicas constituem, hoje por hoje, serviço público essencial, com regras gerais, especiais e específicas

a) a identidade e o endereço do fornecedor;

b) os serviços fornecidos, os respectivos níveis de qualidade mínima, designadamente o tempo necessário para a ligação inicial, bem como os níveis para os demais parâmetros de qualidade de serviço que sejam fixados nos termos da lei;

c) restrições impostas à utilização de equipamentos terminais fornecidos,

eventuais limitações no acesso e à utilização de serviços, bem como medidas implementadas para condicionar o tráfego de modo a evitar esgotar ou ultrapassar a capacidade contratada, indicando, neste caso, o modo como esses procedimentos se poderão repercutir na qualidade do serviço;

d) informação sobre a disponibilização, ou falta de disponibilização, do acesso aos serviços de emergência e à informação de localização da pessoa que efetua a chamada, bem como sobre a existência de quaisquer limitações à oferta dos serviços de emergência;

e) os tipos de serviços de apoio e manutenção oferecidos, bem como as formas de os contactar;

f) os detalhes dos preços e os meios de obtenção de informações atualizadas sobre todos os preços e encargos de manutenção aplicáveis, bem como as formas de pagamento e eventuais encargos ou penalizações inerentes a cada uma delas;

g) a duração do contrato, as condições de renovação, de suspensão e de cessação dos serviços e do contrato;

h) os sistemas de indenização ou de reembolso dos consumidores, aplicáveis em caso de incumprimento dos níveis de qualidade de serviço previstos no contrato;

i) quando seja o caso, a existência do direito de [desistência] do contrato, o respectivo prazo [14 dias consecutivos] e o procedimento para o exercício do direito, nos termos da Lei dos Contratos à Distância e Fora de Estabelecimento, de 14 de fevereiro de 2014;

j) as condições em que é disponibilizada a faturação detalhada;

l) indicação expressa da vontade do consumidor sobre a inclusão ou não dos respectivos elementos pessoais nas listas telefônicas e sua divulgação através dos serviços informativos, envolvendo ou não a sua transmissão a terceiros, nos termos da legislação relativa à proteção de dados pessoais;

m) indicação da possibilidade de inscrição dos dados do consumidor na base de dados legalmente prevista;

n) medidas que o fornecedor poderá adotar na sequência de incidentes relativos à segurança ou à integridade da rede ou para reagir a ameaças ou situações de vulnerabilidade;

o) medidas de proteção do consumidor contra riscos para a segurança pessoal, para a privacidade e para os dados pessoais.

2. Contrato por telefone ou outro meio de comunicação à distância

Quando o contrato for celebrado por telefone ou por outro meio de comunicação à distância, duas hipóteses se perspectivam:

- ou a iniciativa pertence ao fornecedor
- ou a iniciativa cabe ao consumidor.

Se a iniciativa couber ao fornecedor, cumpre-lhe facultar ao consumidor, antes da celebração do contrato, sob pena de nulidade, o clausulado, como enunciado: o consumidor só fica vinculado

após a assinatura da proposta contratual ou após a remessa do seu consentimento escrito.

Se a iniciativa do telefonema pertencer ao consumidor, o fornecedor deve confirmar a celebração do contrato no prazo de cinco dias contados desse instante ou, o mais tardar, no momento da disponibilidade do serviço.

Para a confirmação do contrato basta a entrega ao consumidor do clausulado a que se alude noutra parte em suporte duradouro. Por conseguinte, não basta o simples telefonema, nem o seu eventual registo ou gravação. Impõe-se a remessa do clausulado do contrato para que o consumidor saiba com que linhas se cose.

Importa não esquecer que, de harmonia com o que dispõe a Lei do Contrato à Distância e Fora de Estabelecimento, sempre que não haja contrato presencial, ou seja, sempre que se trate de contrato celebrado pelo telefone ou outro meio de comunicação a distância, dispõe o consumidor de 14 dias (consecutivos, de calendário), após a celebração do contrato, para dar o dito por não dito, isto é, para exercer o seu direito de desistência.

Se tal cláusula não constar do contrato, dispõe então o consumidor não de 14 dias, mas de 12 meses para desistir do contrato sem quaisquer consequências, não tendo sequer de motivar a desistência, de dizer das razões que eventualmente lhe assistam para romper o contrato...

3. Cláusula de fidelização: informação clara, legível, inteligível

Por fidelização se entende, nos termos ora definidos por lei, “o período durante o qual o consumidor se compromete a não cancelar um contrato ou a alterar as condições acordadas”.

A informação acerca da duração dos contratos, em que se incluem as condições de renovação e cessação, deve ser clara, perceptível, em suporte duradouro, contendo as seguintes indicações:

a) eventual período de fidelização, cuja existência depende da atribuição de vantagem conferida ao consumidor, identificada e quantificada, associada à subsídio de equipamentos terminais, à instalação e ativação do serviço ou a outras condições promocionais;

b) eventuais encargos decorrentes da portabilidade dos números e outros identificadores;

c) eventuais encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato por iniciativa do consumidor, durante o período de fidelização, nomeadamente em consequência da recuperação de custos associados à subsídio de equipamentos terminais, à instalação e activação do serviço ou a outras condições promocionais.

4. Duração do período de fidelização

A duração total da fidelização nos contratos de comunicações eletrônicas celebrados com os consumidores não pode ser superior a 24 meses.

Excepcionalmente, pode estabelecer-se períodos adicionais de fidelização, até ao limite de 24 meses (que acresçam, pois, ao período inicial), desde que, cumulativamente:

a) as alterações contratuais envolvam a atualização de equipamentos ou da infra-estrutura tecnológica;

b) haja expressa aceitação do consumidor.

5. Conservação dos registos fonográficos (gravações dos telefonemas) e demais suportes contratuais

Qualquer suporte duradouro, incluindo a gravação do telefonema, atinente à celebração, modificação ou extinção do contrato de comunicações eletrônicas deve ser preservado pelas empresas enquanto o contrato durar.

Sempre que requerido, deve ser facultado à Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações – ou ao consumidor.

6. Oferta alternativa de períodos de fidelização

As empresas devem oferecer aos consumidores contratos

- sem qualquer tipo de fidelização
 - com 6 meses de fidelização
 - com 12 meses de fidelização,
- em função dos benefícios concedidos.

Às empresas cumpre veicular de forma claramente legível, inteligível e acessível:

- nos suportes em que apresentem a oferta com fidelização: a oferta sem fidelização;
- em caso de fidelização, a relação custo/benefício associada às diferentes ofertas, de molde a permitir uma comparação entre distintos períodos de fidelização, se for o caso.

7. Novas fidelizações proibidas, a menos que o consumidor opte expressa e declaradamente por tal

No decurso do período de fidelização ou no seu termo não pode, em princípio, ser estabelecida nova fidelização.

Só poderá, porém, sê-lo por vontade do consumidor validamente expressa e nos termos previstos para o contrato se lhe forem facultados novos equipamentos terminais subsidiados ou oferecidas condições promocionais devidamente identificadas e quantificadas.

Em caso algum, tais condições poderão abranger vantagens cujos custos hajam sido já recuperados em anterior período de fidelização.

8. Denúncia do contrato pelo consumidor

A denúncia é o modo de extinção das relações obrigacionais complexas que se protraem no tempo e se confere, no caso, ao con-

sumidor para que não permaneça indefinidamente vinculado ao contrato.

Ao consumidor reconhece-se, pois, o direito de pôr termo unilateralmente ao contrato cuja execução decorra normalmente. Como de o fazer, por meio de resolução (outro modo de extinção das relações obrigacionais complexas), se acaso houver cumprimento defeituoso ou incumprimento de banda do fornecedor.

Às empresas é vedado opor-se à denúncia do contrato com fundamento na existência de cláusulas de fidelização.

É-lhes vedado ainda exigir quaisquer encargos pelo não cumprimento da cláusula de fidelização, se não possuírem prova da manifestação de vontade do consumidor a que noutro passo se alude.

9. Encargos pela cessação antecipada do contrato durante a fidelização

Durante o período de fidelização, os encargos que o consumidor há de suportar, decorrentes da extinção do contrato por sua iniciativa, não podem ultrapassar os custos que o fornecedor teve de arcar com a instalação da operação. Proíbe-se a cobrança de qualquer outra contrapartida, a título de indenização ou compensação.

Os encargos pela cessação antecipada devem ser proporcionais à vantagem conferida ao consumidor e, como tal, identificada e quantificada no contrato. Não pode em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data da cessação.

Se as empresas subsidiarem novos equipamentos terminais, os encargos calcular-se-ão nos termos da lei.

E, nas demais situações, não podem ser superiores ao valor da vantagem conferida que, na proporção do período de duração do contrato, ainda esteja por recuperar pela empresa, na data em que produz efeitos a cessação antecipada.

10. Valores a considerar findos os períodos de fidelização

Finda a fidelização e na ausência de acordo de uma nova fidelização, o valor a estabelecer como contrapartida pelo contrato não pode ser superior aos preços normais devidos àquela data, abrangendo, apenas, os encargos relativos ao acesso, utilização e manutenção.

Aliás, tal entendimento resultava já de decisões decretadas pelos tribunais superiores, de que o exemplo marcante é o do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de novembro de 2013, relatado pelo conselheiro João Trindade:

V – Alegando a predisponente (demandada) que a fixação da cláusula de permanência mínima (cláusula penal de fidelização) é justificada pelos custos incorridos com as infraestruturas para prestação do serviço e com os equipamentos entregues ao cliente, é a mesma desproporcionada se abarca, não apenas o período de fidelização inicial, em que tais custos foram recuperados, mas também o período de renovação automática subsequente.

Pelo seu bem fundado, tal decisão colhe naturalmente o aplauso da comunidade jurídica. E é esse sentimento que se espera que os tribunais, seja qual for o plano em que se situem, exprimam sempre que instados a dirimir os conflitos deflagrados entre consumidores e fornecedores.

11. Modificações contratuais e direito do consumidor de pôr termo ao contrato

Sempre que a empresa proceda à modificação do clausulado, comunicá-lo-á ao consumidor, por escrito e de forma adequada, com antecedência mínima de 30 dias, revelando, a um tempo, o direito de, sem qualquer encargo, pôr termo ao contrato, se a alteração lhe não aprouver.

Excetuam-se os casos em que a alteração o seja exclusiva e objetivamente em benefício do consumidor, situação em que o contrato perdurará até ao seu termo.

12. Poderes-deveres da Autoridade Nacional de Comunicações (Anacom)

A Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações – pode instar as empresas a que demonstrem o valor conferido à vantagem justificativa do período de fidelização (identificada e quantificada), de harmonia com o que se assinalou.

Sem prejuízo dos períodos de fidelização, iniciais ou posteriores, é vedado às empresas estabelecer condições contratuais desproporcionadas ou procedimentos de extinção dos contratos excessivamente onerosos e desincentivadores da mudança de fornecedor pelo consumidor.

Cumpra à Anacom, por dever de ofício, averiguar tais procedimentos.

13. Termos da comunicação: avaliação do conteúdo dos contratos com suporte em condições gerais

A Anacom pode especificar os termos em que as empresas procedem à comunicação prevista supra (n. 11), bem como a forma e o suporte em que são disponibilizadas as informações alusivas às cláusulas de fidelização.

As empresas devem depositar na Anacom e na DGC – Direção-Geral do Consumidor – um exemplar dos contratos que envolvam, ainda que parcialmente, a adesão a condições gerais que adotem para a oferta de serviços de comunicações eletrônicas.

Tal depósito deve ser realizado no prazo máximo de dois dias úteis sobre a data do início de circulação do contrato de adesão e, sempre que se destine a substituir contrato do antecedente adotado, indicar o modelo que visa substituir.

14. Cessação imediata de práticas e contratos por iniciativa da Anacom

A Anacom determina a imediata cessação da utilização de práticas e dos contratos adotados pelas empresas ou a sua adaptação, quando verifique:

a) a sua desconformidade com os normativos cuja aplicação lhe cabe supervisionar ou com qualquer determinação proferida no quadro das suas competências;

b) a manifesta desproporcionalidade das práticas e dos contratos face aos serviços dispensados no momento da sua celebração, renovação ou modificação, nomeadamente no que toca à duração.

Nota

1. Mário Frota. Diretor do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra Presidente da apDC – associação portuguesa de Direito do Consumo.

Recuperação judicial como forma da manutenção da função social

Morgana Borssuk da Rosa¹

Advogada, OAB/PR 86.716, formada pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil

Resumo: A Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, traz em seu bojo o instituto da falência, recuperação judicial e extrajudicial de empresas. Para este trabalho a atenção volta-se apenas para a recuperação judicial, casos de empresas que se encontram com problemas econômico-financeiros mas são economicamente viáveis e passam apenas por uma situação de crise, não conseguindo mais cumprir com as suas responsabilidades, necessitando de apoio jurídico e de seus credores a fim de manter-se ativamente funcionando e viabilizando a superação do estado em que se encontram. As empresas representam um importante fomentador do mercado e da sociedade, tendo a função social como um dos principais alicerces, pois representa não só uma obrigação do empresário com seu próprio negócio, mas também sua reponsabilidade com a sociedade como um todo, fomentando a economia, incentivando a valorização do trabalho, colaborando com a redução das desigualdades sócias, deixando de visar unicamente o lucro e percebendo sua atividade como um sujeito da sociedade, tonando-se, portanto, um agente importante de constantes transformações que se refletem na sociedade.

Introdução

O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL surgiu com o advento da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Apesar do nome, não é um meio cabível a todas as empresas em crise. Analisar seus custos e maneiras de reorganização é necessário, visto a despesa que implica e a sociedade que envolve; e, ainda, não é toda empresa que merece a recuperação judicial. Para reorganizar atividades dispense-se de um alto custo, com o qual alguém arcará, seja em forma de investimentos no negócio em crise, seja por perdas de crédito, mas, por fim, quem arca com os gastos da reorganização das empresas no Brasil é a sociedade. Portanto, o instituto da recuperação judicial envolve a sociedade como um todo, na qual recaem as consequências desse processo. Em resumo, não é qualquer empresa que tem condições de ser salva sem que haja a mensuração das consequências; somente aquelas que são verdadeiramente viáveis devem ser objeto de recuperação judicial.

A recuperação judicial volta-se para a possibilidade que o devedor terá em manter sua atividade produtiva ativa, superando sua crise econômico-financeira, permitindo manter sua fonte produtora, de emprego, trabalhadores e interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa e a função social, estimulando a atividade econômica, voltando-se para o que o legislador constituinte que já havia previsto, conforme art. 170 da Constituição Federal. A empresa está inserida na ordem econômica, como agente organizador da atividade produtiva, gestora das propriedades privadas, fomentadora dos bens de produção. Como consequência, a função social da empresa está prevista como um princípio constitucional.

A noção de função social da empresa significa um poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social liga-se ao interesse coletivo, deixando o interesse próprio, mas com a devida harmonização entre um e outro. Desse modo, a função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica. Verifica-se, portanto, ao se falar especificamente da função social

da empresa, que ela aparece no contexto social como importante agente de dinamismo e transformação, criando relações e projetando efeitos sobre os diversos setores da sociedade.

I. Da recuperação judicial

A Lei de Falência e Recuperação Judicial de Empresas – LREF – 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, optou pela denominação recuperação empresarial, no intuito de explicitar o restabelecimento da normalidade da atividade econômica das empresas. Portanto, tal nomenclatura visa eleger conotação de procedimento indicado a restaurar a saúde empresarial (FAZZIO JUNIOR, p. 97, 2008).

Com o fim de recompor a regularidade das atividades da empresa, e ao mesmo tempo satisfazer com mais eficácia o passivo (FAZZIO JUNIOR, p. 97, 2008), as informações para a solicitação da recuperação judicial devem ser concretas e exatas, contendo os motivos da crise econômico-financeira da empresa, bem como alternativas para superá-la, a fim de que o plano de recuperação seja real e dê segurança aos credores (CASTRO, p. 111, 2013).

A lei em comento trata, entre outros assuntos, da recuperação judicial como uma forma de manutenção da empresa que passa por uma crise econômico-financeiro, que não interessa apenas ao empresário, mas a diversos atores que serão direta ou indiretamente atingidos pela crise. Dessa forma, “a superação do estado de crise dependerá da soma de esforços entre credores e devedor, podendo ser reversível ou não, na segunda hipótese o caminho será a liquidação do ativo insolvente para ser repartido entre seus credores seguindo um critério especial de preferências” (CAMPINHO, p. 135, 2015).

Nessa toada, o processo de recuperação judicial alcança seu maior objetivo de recuperar, economicamente, o devedor, assegurando-lhe, para tanto, os meios indispensáveis para a sua manutenção com a devida preocupação de preservar a empresa para que possa satisfazer os interesses diversos como os do empresário ou

sociedade empresária, visando a obtenção de seus lucros na atividade, os dos trabalhadores, que em seus salários visam seus sustentos, os créditos dos fornecedores e os tributos do Poder Público (MAMEDE, p. 441, 2015).

Nota-se que a lei é rigorosa quanto aos requisitos e possibilidades da concessão da recuperação judicial. O juiz, ao deferir ou não o pleito recuperatório, deverá analisar a viabilidade econômica da empresa, pois está também será custeada pela sociedade, como prescreveu COELHO:

Como é a sociedade brasileira como um todo que arca, em última instância, com os custos da recuperação das empresas, é necessário que Judiciário seja criterioso ao definir quais merecem ser recuperadas. Não de pode erigir a recuperação das empresas a um valor absoluto. Não é qualquer empresa que deve ser salva a qualquer custo. Na maioria dos casos, se a crise não encontrou uma solução de mercado, o melhor para todos é a falência, com a colocação em outra atividade econômicas produtivas dos recursos materiais e humanos anteriormente empregados na falida. Em outros termos, somente as empresas viáveis devem ser objeto de recuperação judicial. (p. 421-2, 2012)

Assim, a recuperação judicial volta-se para a possibilidade que o devedor terá de manter sua atividade produtiva ativa, superando sua crise econômico-financeira, permitindo manter sua fonte produtora, de emprego, seus trabalhadores e os interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa e a função social, estimulando a atividade econômica (MARZAGÃO, p. 80, 2005).

Assim, o conceito elevado no instituto da recuperação judicial, entre outros, é o de preservação e manutenção da empresa em que se conjugam interesses diversos, quais sejam: o lucro, salários de seus empregados, os créditos dos fornecedores de tributos do Estado (ALMEIDA, p. 30, 2013). Em verdade, na recuperação judicial a tutela jurisdicional do Estado prevalece sobre o acordo de vontades posterior dos credores devido à aprovação do plano de

recuperação empresarial, pois nem todos os credores aprovam o plano, mas terão de sujeitar-se a ele (CASTRO, p. 112, 2013).

Existe, no ordenamento jurídico brasileiro, além do processamento judicial, a possibilidade extrajudicial, como conceitua Marcelo BERTOLDI e Márcia Carla RIBEIRO: “é basicamente um acordo formal entre o devedor e alguns credores, sujeitando, em princípio, apenas aqueles credores signatários” (p. 564, 2015). Útil principalmente para casos em que os problemas da empresa são pontuais, normalmente com algum inadimplemento específico, correndo opostamente à recuperação judicial que expõe crises mais acentuadas.

É um procedimento alternativo para a prevenção da quebra nas crises empresariais que tem como peculiaridade a gestão privada dos acordos com os credores, com uma etapa inicial de livre contratação e aceitação e uma fase final de homologação judiciária, considerada uma forma de negócio entre o devedor e seus credores (FAZZIO JUNIOR, p. 20, 2015).

II. Da função social

Um dos principais princípios ligados à recuperação judicial é o da função social da empresa, que apresenta um núcleo central de aspectos que a envolvem como parte de um todo e não apenas ligada à atividade econômica interna, conforme corrobora Maria Cristina de ALMEIDA: “A função social da empresa representa um conjunto de fenômenos importantes para coletividade e é indispensável para a satisfação dos interesses inerentes à atividade econômica como um todo” (p. 144, 2003). Eduardo TOMAS e Vinicius FILHO afirmam que “a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos” (p. 33-50, 2003).

No mesmo sentido CASTRO expõe:

Se a empresa consubstancia a noção contemporânea da propriedade, ela, por forma do princípio constitucional, deve atender uma função social, isto é, gerar benefícios não só aos seus titulares, mas também a terceiros, isto é, aos trabalhadores, fornecedores, consumidores e ao próprio Estado (em razão do interesse em recolher tributos do exercício daquela atividade econômica organizada). (p. 111, 2013)

No art. 5º da Constituição Federal, a função social está relacionada com propriedade como direito individual, e nos incisos II e III do art. 170 tem-se os princípios da ordem econômica: a propriedade privada e a função social da propriedade privada, este último trazendo à tona a ideia da maior relação com o dever de exercer esse direito em benefício de outrem, e não apenas de não exercê-lo em prejuízo de outrem, ou seja, a função social atua como fonte de imposições positivas, passando a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade (GRAU, p. 242-4, 2010).

Seguindo esta mesma linha de pensamento, é válido dizer que a função social “ganha substancialidade precisamente quando aplicado à propriedade de bens de produção, ou seja, na disciplina jurídica da propriedade de tais bens (...) e ao referirmos à função social dos bens de produção, estamos a aludir à função social da empresa” (GRAU, p. 243, 2010). Tais ponderações reforçam a ideia de que a iniciativa privada econômica é ligada ao sistema de constituição econômica brasileira, ou seja, ao implementar a atuação empresarial estará se subordinando a empresa à função social. Realizado, dessa maneira, “o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, bem se vê que a legitimidade de iniciativa só se legitima quando voltada a efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica” (SILVA, p. 826, 2014).

A Constituição Federal, no art. 170, além do art. 5º, XXIII, traz o conceito de função social relacionado à propriedade, dispondo “a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica” (SILVA, p. 826, 2014). No entanto, não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, pois estes dizem

respeito ao exercício do direito do proprietário. A função social da propriedade privada surge em razão da utilização produtiva dos bens de produção, proporcionando crescimento econômico e produção de riquezas na forma de um bem-estar coletivo. Ainda, José Afonso da SILVA discorre sobre a função social da propriedade expondo que “consiste precisamente na sua aplicação imediata e direta na satisfação das necessidades humanas primárias, o que vale dizer que se destinam à manutenção da vida humana”. Portanto, este princípio se sobrepõe aos demais, inclusive e especialmente ao da livre iniciativa, ou da iniciativa privada (p. 826, 2014).

Também previsto no art. 47 da LRE, o princípio da função social da empresa com o advento de uma nova realidade de exploração empresarial (SILVA, p. 826, 2014), é entendido como a expressão de vontade do empresário e todos os que com ele colaboram, bem como da sociedade civil em que a empresa está inserida, tornando importantes não somente suas questões internas, mas também aquelas que a permeiam (COMPARATO, p. 76, 1986).

Conforme Manoel Pereira CALÇAS,

na medida em que a empresa tem relevante função social, já que gera riqueza econômica, cria empregos e rendas e, desta forma, contribui para o crescimento e desenvolvimento socioeconômico do País, deve ser preservada sempre que for possível. O princípio da preservação da empresa que, há muito tempo é aplicado pela jurisprudência de nossos tribunais, tem fundamento constitucional, haja vista que nossa Constituição Federal, ao regular a ordem econômica, impõe a observância dos postulados da função social da propriedade (art. 170, III), vale dizer, dos meios de produção ou em outras palavras: função social da empresa. O mesmo dispositivo constitucional estabelece o princípio da busca pelo pleno emprego (inciso VIII), o que só poderá ser atingido se as empresas forem preservadas. (p. 41-2, 2007).

Portanto, é válido dizer que a função social ganha precisão na ótica da propriedade de bens de produção, ou seja, “na disciplina

jurídica da propriedade de tais bens (...) [cabe] referirmos à função social dos bens de produção, aludindo à função social da empresa” (CALÇAS, p. 43, 2007).

A propriedade privada e sua função social estão previstas constitucionalmente como princípios da ordem econômica. Isto quer dizer que, embora incluída entre os direitos individuais ela não poderá mais ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim, que é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Assim sendo, a propriedade privada, que ademais tem que atender à sua função social, fica vinculada à consecução daquele fim (SILVA, p. 786, 2014).

Nessa toada, Eros Roberto GRAU complementa que, “ao se examinar a função social dos bens de produção em dinamismo, estamos a aludir à função social da empresa”. Esse princípio adquire elevada importância quando envolve bens destinados à produção e consumo. Logo, a função social ordena e transforma o conteúdo da propriedade privada, garantindo-a e constituindo-se como um de seus fundamentos (GRAU, p. 128, 2010).

III. Da recuperação judicial como forma da manutenção da função social

“O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor” (CAMPINHO, p. 128, 2015). Assim, a superação econômico-financeira não é o único objetivo trazido pela recuperação judicial, não se deve apegar-se apenas a esta saída, mas também à concretização da função socioeconômica da empresa em todos os seus aspectos (FAZZIO JUNIOR, p. 123, 2015).

A recuperação judicial se desenvolve pelas regras da Lei especial 11.101/05 e tem como uma das pretensões satisfazer credores, mas

não apenas esta, tendo outras finalidades como: satisfação integral de créditos e o reequilíbrio financeiro do empresário, a fim de que se evite a decretação de falência (BERTOLDI e RIBEIRO, p. 544, 2015). O legislador não tem a intenção de burocratizar a recuperação empresarial, mas garantir sua transparência de forma lícita e com eficiência econômica, sem que haja prejuízo social e individuais que possam extrapolar a esfera de interesse dos envolvidos (FAZZIO JUNIOR, p. 123, 2015). O processo de recuperação judicial não serve, essencialmente, para liquidar a empresa, mas sim para auxiliá-la na manutenção de suas atividades, permitindo que honre com os compromissos firmados com seus fornecedores (COELHO, p. 400, 2014).

O que o devedor postula, na recuperação judicial, é um tratamento especial, justificável, para removê-lo da crise de que padece. Esta é uma solução anormal, de obrigações, permitida pelo sistema jurídico, não sendo apenas uma via de saneamento da empresa. Não se cuida exclusivamente de proteger a empresa pagadora, mas conceder-lhe sobrevida como unidade econômica integral. O ponto principal não é o reconhecimento de uma situação de crise pelo direito, é a instituição de um regime jurídico especial para o encaminhamento de soluções para a referida crise, seus desdobramentos e soluções (FAZZIO JUNIOR, p. 124, 2015).

As empresas economicamente inviáveis é que devem ser eliminadas, destinando-se à falência, como forma de saneamento do mercado, e não as empresas que o Estado tem o dever de preservar, pois preservando ativam e mantêm sua função social, como um sujeito economicamente ativo, capaz de cumprir com sua posição social de que múltiplos sujeitos têm interesse, mantendo, ainda, o equilíbrio que o processamento impõe, distribuindo o risco da

As empresas economicamente inviáveis é que devem ser eliminadas, destinando-se à falência, e não as empresas que o Estado tem o dever de preservar

empresa entre todos aqueles que nela têm interesse, revelando-se como um ativo social na medida em que consegue cumprir novamente com suas obrigações (CAMPINHO, p. 186, 2015).

Neste mesmo sentido José Afonso da Silva afirma:

A iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando volta à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. (SILVA, p. 788, 2014)

Diante de todo o exposto, é fácil perceber que a recuperação judicial e a função social se complementam, visto que a primeira gera as consequências para a segunda e assim a transforma em socialmente responsável, diante dos compromissos que lhe atribui. O cumprimento da função social não diz respeito apenas à ausência de prejuízos; mais do que isso, demanda a existência de benefícios sociais. Assim sendo, nos ensinamentos de CAMPINHO, a “figura da empresa é, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o ‘ativo social’ por ela gerado” (p. 129, 2015).

Registrou o ministro Celso de Mello ao julgar a ADI 1003/4-DF:

Cumpra aduzir que a Constituição Federal, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades regionais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade.

O objetivo, portanto, é tornar a empresa socialmente responsável diante de compromissos não só de sua ordem econômica e negocial, mas também da ordem social.

Conclusão

A recuperação judicial e a função social devem caminhar ao lado do desenvolvimento social e econômico da sociedade. Não pode a recuperação judicial ser vista como um simples benefício de dilação das dívidas das empresas. Este instituto deve ser visto e aplicado como um mecanismo capaz de proporcionar a justiça social, a fim de minimizar injustiças sociais e a não perpetuação do individualismo, possibilitando a expansão de um bem comum, visto que a atividade empresarial saudável gera riquezas e aquece o mercado, acarretando melhores condições de trabalho, maiores oportunidades de emprego e crescimento econômico. A recuperação judicial justifica-se como um poder-dever do empresário para com os indivíduos que a empresa afeta, não apenas como uma unidade de produção capitalista que tem fim de obtenção de lucro, mas também como fonte de empregos e riquezas para a sociedade. Pois é fácil imaginar que uma empresa não saudável acarretará problemas não somente econômicos e financeiros, mas também na ordem social, pois haverá demissões em massa das empresas, falta de cumprimento de responsabilidades já assumidas, não capacidade de manter suas atividades devidamente funcionando, descumprindo até mesmo seus deveres para com os consumidores que contratam serviços ou compram produtos, criando uma lacuna de descumprimentos que tornam a credibilidade empresarial minimizada.

Dessa forma, a empresa enquanto uma organização econômica que trabalha num contexto capitalista e transcende a figura do empresário, alcançando a sociedade e suas relações sociais, deve ser preservada a fim de atender não somente a seus interesses privados, mas também para perpetuar sua capacidade contributiva social como importante agente econômico.

Nota

1. Morgana Borssuk da Rosa. Advogada, OAB/PR 86.716, formada pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil. Administradora pela PUC/PR.

Referências

- ALMEIDA, Maria Christina de. A função social da empresa na sociedade contemporânea: perspectivas e prospectivas. *Revista de Direito Argumentum*, Universidade de Marília, v. 3. Marília: UNIMAR, 2003.
- ARZAGÃO, Lídia Valério. *A recuperação judicial: comentários a nova lei de falências e recuperação de empresas: doutrina e prática*. Coord. Rubens Approbato Machado. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A nova lei de recuperação de empresas e falências: repercussão no direito do trabalho (Lei 11.101, de fevereiro de 2005). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. a. 73. n. 4. p. 41-42. out./dez. 2007.
- CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Manual de recuperação de empresa e falência*. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro (nova série)*. São Paulo, RT, n. 63, jul.-set./1986.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. atualizada, São Paulo: Malheiros, 2014.
- TOMAS E VINICIUS FILHO, Eduardo. A Função Social da Empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 92, p. 33-50, abr. 2003.

A execução penal sob a ótica da responsabilidade material do Poder Executivo para a concretização da adequada resposta penal estatal

Roberto Massaro¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Phillip Gil França²

Professor da Escola da Magistratura do Paraná

Introdução

NO INÍCIO DE MAIO DE 2017 ocorreu o Fórum Nacional de Juízes de Varas de Execuções Penais (Fonavep), em Foz do Iguaçu (PR). Trata-se de uma relevante resposta da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), que, sensível ao atual contexto do Sistema Penitenciário Nacional (SPN), busca iniciar sério debate sobre os caminhos para a superação dos problemas carcerários que repercutem na vida de todos.

Conforme o presidente da AMB, Jayme de Oliveira, os objetivos dessa importante iniciativa podem ser resumidos em: “primeiro, para aproximar os juízes que atuam na mesma área; segundo, para conhecer a realidade de cada estado e terceiro, encontrar soluções que os auxiliem a melhor desempenhar suas atividades”³.

Em debates preliminares, a tônica do evento já foi contextualizada entre alguns juízes de varas de execuções penais, que trocaram experiências sobre as dificuldades vividas em seus respectivos estados. “Entre os problemas foram tratados temas relativos à in-

formatização e unificação do sistema, estrutura das varas, segurança dos magistrados, processos legislativos em curso no Congresso Nacional e outros.”⁴

Desse modo, o presente texto tem como objetivo levantar alguns dados sobre o SPN e a adequada execução penal, a partir da perspectiva de que a tarefa estatal de execução material penal, sob responsabilidade do Poder Executivo, precisa funcionar de maneira harmônica e com o claro desiderato de concretização dos objetivos fundamentais da República (art. 3º da CF/88⁵), de forma a representar um dos possíveis meios complementares de contenção do fluxo criminal no atual Estado brasileiro.

No mesmo trilho, balizado nos suportes, inclusive, de uma política de Estado de combate à corrupção, será possível refletir sobre o necessário refinamento de institutos relacionados para que tal dever estatal passe a ser um elemento, entre outros viáveis, de efetivo desenvolvimento sustentável de uma política nacional de reinserção social de cidadãos faltosos e, por tal motivo, encarcerados por um dado período de sua vida.

Busca-se avaliar se a atual execução penal pátria, sob a ótica da responsabilidade material do Executivo, está apta a concretizar uma resposta penal adequada do Estado. Até porque, faz-se relevante enfatizar, a *execução penal material da pena é obrigação do Poder Executivo*.

Assim, desenvolver-se-á tais ideias para indicar, ao final, a necessária reflexão sobre a busca de políticas públicas com resultados definitivos quanto ao manejo da estrutura, das pessoas e dos valores constitucionais que envolvem a promoção desse vetor estatal que, muitas vezes, não é tratado com a prioridade necessária.

1. A retribuição e a ressocialização como possíveis respostas penais do Estado

A partir do debate sobre qual é a melhor resposta penal que o Estado deve trazer ao cidadão e ao universo social onde este está

inserido, torna-se importante questionar, para o deslinde do presente texto, qual é o papel das engrenagens estatais de execução material penal do Estado:

a) conforme aqueles que defendem uma resposta *retributiva*, como uma reação do Estado à agressão do seu sistema, na forma de punição, seria o meio de instrumentalizar tal característica punitiva?

b) mediante aqueles que defendem uma resposta *ressocializadora*, como uma reação do Estado à agressão do seu sistema, na forma de recuperação, seria o meio de instrumentalizar tal característica punitiva?

Mediante a doutrina de Julio F. Mirabete, para “as teorias chamadas absolutas (retribucionistas ou de retribuição), o fim da pena é o castigo, ou seja, o pagamento pelo mal praticado. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral, sendo a pena imposta por uma exigência ética em que não se vislumbra

qualquer conotação ideológica. Para a Escola Clássica, que considerava o crime um ente jurídico, a pena era nitidamente retributiva, não havendo qualquer preocupação com a pessoa do delinquente, já que a sanção se destinava a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito”⁶.

Por outro lado, com “Fillippo Grammatica, Adolfo Prins e Marc Ancel, toma vulto a Escola do Neodefensismo Social ou a Nova Defesa Social, com que se buscou instituir um movimento de política criminal humanista fundado na ideia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora)”⁷.

É nítido observar que a legislação sobre a execução de penas⁸ e o empenho do Judiciário em aprimorar seus mecanismos de adequada tutela jurisdicional indicam o caminho de que a Constituição precisa ser respeitada, tanto para aqueles que cometem crimes, como para aqueles que são vítimas dos crimes. Logo, conclui-se

A função executiva do Estado não consegue dar conta, de modo geral, da responsabilidade de incrementar um adequado sistema carcerário

que o caminho a se seguir é de uma firme atuação do Estado, sem se esquecer que está a se tratar de seres humanos, sujeitos de direitos que também devem ser defendidos por esse próprio Estado.

Assim, é de se imaginar que o desenvolvimento carcerário nacional levaria à crença de que o Estado busca, a partir de uma viabilização de estrutura minimamente digna para a convivência de seres vivos em um determinado espaço, uma recuperação dos cidadãos faltosos para que, assim, voltem a contribuir, ressocializados, com o sistema e, desta maneira, com o dever de desenvolvimento intersubjetivo de todos os partícipes do Estado (art. 3º da CF/88). Mas, no mundo real, infelizmente, em muitos casos, tal situação não se materializa.

A função executiva do Estado, responsável pela concretização de tais determinações legislativas e judiciais, não consegue dar conta, de modo geral, da responsabilidade de incrementar um adequado sistema carcerário ao ponto de se tornar um verdadeiro mecanismo constitucional de desenvolvimento do cidadão. Ao contrário, em muitos casos, tais lugares de cárcere são responsáveis por retrocessos dantescos da natureza do ser humano ao ponto de praticarem atos que outros seres vivos sequer imaginariam serem possíveis de existir.

Em oposição a tais episódios, faz-se fundamental lançar luzes para normas como a Lei de Execução Penal (LEP – Lei 7.219/84), que indica um avanço para objetivar e esclarecer, conforme valores próprios do eixo constitucional da dignidade da pessoa humana, como o Estado deve tratar os cárceres, que estão sob sua responsabilidade, no cumprimento de suas respectivas penas.

Por exemplo, o artigo 112 da citada norma legal indica, como um dos critérios de progressão de regime ao preso, a ostentação de bom comportamento carcerário. Isto é, o preso bem disciplinado recebe recompensa pelo mérito conquistado enquanto estiver cumprindo sua pena.

Entretanto, tal atuação do Estado em torno do eixo da dignidade da pessoa humana não significa o afastamento da necessária disciplina hábil para o controle e para a fiel execução da pena pelo

condenado. Nesse tocante, o artigo 39 da LEP determina os seguintes deveres do condenado, por exemplo:

Art. 39. Constituem deveres do condenado: I – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI – submissão à sanção disciplinar imposta.

Nessa esteira, eventuais atos de indisciplina precisam ser respondidos com o proporcional rigor legal, em nome da manutenção do sistema, como se observa nas seguintes disposições da LEP:

Art. 44. A disciplina consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho. Parágrafo único. Estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório.

Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

§ 1º As sanções não poderão colocar em perigo a integridade física e moral do condenado.

§ 2º É vedado o emprego de cela escura.

§ 3º São vedadas as sanções coletivas.

Art. 46. O condenado ou denunciado, no início da execução da pena ou da prisão, será cientificado das normas disciplinares.

Art. 47. O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.

Art. 48. Na execução das penas restritivas de direitos, o poder disciplinar será exercido pela autoridade administrativa a que estiver sujeito o condenado.

Logo, para manutenção do ambiente equilibrado e propício para o fim principal da execução material da pena pelo Executivo, a LEP traz um sistema lógico de *sanções e recompensas* para que o ser humano encarcerado possa, superando as faltas cometidas, ter novas chances de voltar ao ambiente social do qual foi retirado pelo Estado:

Art. 53. Constituem sanções disciplinares: I – advertência verbal; II – repreensão; III – suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV – isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei. V – inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Art. 55. As recompensas têm em vista o bom comportamento reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao trabalho.

Art. 56. São recompensas: I – o elogio; II – a concessão de regalias. Parágrafo único. A legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias.

Como demonstrado, a questão envolta na adequada execução material da pena pelo Executivo é séria, complexa e, nesse sentir, deve ser analisada e debatida.

Além disso, e talvez o mais importante, ações precisam ocorrer constantemente para que, com o incremento de critérios racionais de busca de melhores soluções, o Poder Executivo possa concretizar, finalmente, e de forma plena, a ideia de “*adequada execução material da pena*”.

Nesse sentir, faz-se essencial compelir o Estado a prestar assistência social, médica e psiquiátrica aos internos. Igualmente, implementar meios para possibilitar acesso, inclusive, à educação e aos esportes, bem como à assistência religiosa, pois contribuem de forma determinante para a ressocialização e transformação do ser humano.

Isso porque sempre valerá o investimento no ser humano, por meio de instrumentos concretos voltados a viabilizar a adequada execução material da pena, como será tratado no item a seguir.

2. O dever estatal de viabilizar a adequada execução material da pena

O grande líder britânico Winston Churchill disse, antes de enfrentar uma de suas grandes batalhas, ainda quando era um jovem oficial do exército: “Não é preciso temer o resultado final, mas quanto mais tempo durar a política de meias medidas, mais distante será o fim da luta”⁹.

É relevante, igualmente, destacar as críticas de Churchill acerca das políticas estatais que deixam espaços para dúvidas sobre os firmes objetivos do Estado: “Essas políticas de ‘Estado-tampão’ são temporárias e levam mais a problemas do que a qualquer outra coisa”¹⁰.

Talvez, alguns dos grandes obstáculos de concretização de políticas públicas por parte do Poder Executivo brasileiro coincidam com essas lições de Churchill: *falta de objetividade, firmeza e segurança jurídica nas escolhas e decisões administrativas estatais*.

Como resolver tais questões?

Certamente, o mero controle repressivo da administração pública não está a trazer o melhor dos resultados, pois apenas se preocupam com as atividades que já, eventualmente, trouxeram prejuízos e que, por isso, precisam ser controladas sobre seus efeitos finais. Logo, sugere-se um controle ‘pró ativo’ do Poder Executivo, para uma concreta implantação de critérios de ‘boa administração pública’, em especial, quando se trata do sistema penitenciário nacional.

Vale lembrar qual é a responsabilidade do Executivo, estampado na lei de execução penal, em seu artigo primeiro: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

De igual forma, os deveres dos demais partícipes do Estado para o alcance do objetivo proposto pela norma, expresso em seu artigo 4º: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”.

Obviamente, apenas aqueles que querem perpetuar o problema jurídico e social do aumento da criminalidade para vender soluções ineficazes não compreendem a relevância de discussões e ações concretas voltadas ao desenvolvimento da execução material da pena pelo Poder Executivo. Destarte, o tema precisa ser levado a sério, com firmeza e com a consideração da complexidade que demanda a eficiência, a eficácia e a efetividade de políticas públicas dirigidas a um concreto desenvolvimento do sistema penitenciário nacional.

Veja, por exemplo, a edição no início do ano de 2017 de um Plano Nacional de Segurança Pública elaborado pelo Executivo Federal. Trata-se de uma tentativa de reação do governo frente aos episódios de rebeliões e mortes ocorridas em presídios do norte do país, quando dezenas de pessoas morreram. Inclusive, registre-se, uma reação atrasada do Executivo perante o fato da responsabilização do Estado por omissão no zelo carcerário que afeta direitos fundamentais da pessoa humana encarcerada.

Isso porque, recentemente, em recurso extraordinário, com repercussão geral, o STF julgou caso em que assegurou a um detento indenização, tendo em vista a situação degradante a que era submetido em estabelecimento prisional, considerando a realidade de superlotação carcerária. Por unanimidade, os ministros participantes do julgamento entenderam que o Estado tem obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou da insuficiência das condições legais de encarceramento.

No julgado, o STF firmou a seguinte tese¹¹:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua res-

ponsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Isto é, o Judiciário está, evidentemente, cumprindo seu papel em busca da adequada execução penal, nos moldes constitucionais estabelecidos. E, nessa moldura, exige do Executivo que igualmente cumpra com seus deveres frente à sua responsabilidade de concretização material da adequada resposta penal.

Destaca-se, inclusive, chancela do Supremo Tribunal Federal para atuação do Judiciário em casos em que se precisa determinar ao Executivo obrigações de fazer em prol de melhorias dos estabelecimentos prisionais, como se observa no seguinte julgado:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial (RE 592.581, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 13-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016, com repercussão geral).

Por um outro lado, mediante recentes anúncios do governo federal¹², após a implementação do Plano Nacional de Segurança Pública, existe uma expectativa de reduzir uma das questões neurálgicas do SPN, qual seja, a superlotação dos presídios. A promessa é que ocorra uma diminuição de 15%, nos próximos dois anos, da superlotação, que tantos malefícios traz para toda a sociedade.

Entre as pretensões do atual gestor do Executivo Federal está a *racionalização* e a *modernização* do sistema penitenciário nacional. Trata-se de um dos três principais objetivos do plano nacional de segurança (ao lado da redução dos homicídios dolosos e dos feminicídios e do combate integrado à criminalidade organizada internacional e ao crime organizado dentro e fora dos presídios).

A partir desse norte definido, é de se destacar, ainda, no plano nacional de segurança pública a indicação de busca de melhorias das condições carcerárias para que, conseqüentemente, a sociedade possa sentir cada vez mais um menor impacto negativo da realidade atual do sistema de encarceramento pátrio.

Ainda sob o holofote do problema carcerário, pretende o governo federal racionalizar o sistema penitenciário, tarefa que há tempos carece de uma atenção especial. Logo, o governo federal

Além de dados de quantos são os presos, é preciso saber quem são os presos

anuncia que implementará ações integradas para “promover a separação dos presos condenados por crimes graves e do crime organizado em diferentes alas; a proporcionalidade na progressão do regime com mais benefícios aos crimes praticados sem violência e a necessidade de cumprimento de pelo menos metade

da pena no caso de ameaças graves; além de um mutirão em execução da pena”¹³.

Nessa esteira de atuação integrada entre os poderes públicos responsáveis pela execução penal, o programa pretende sugerir a criação de uma força-tarefa nacional com as defensorias públicas e analisar junto ao Judiciário a realização de um mutirão de audiências de custódia para presos provisórios por crimes sem violência.

Outro problema nuclear a ser superado está relacionado aos dados acerca da população carcerária existente no Brasil. Não se sabe dizer, com precisão, quantas pessoas estão presas e quantas não deveriam estar presas. Ora, obviamente, sem ter dados minimamente confiáveis para se trabalhar, torna-se impossível estabelecer estratégias e metas de atuação em prol de melhorias da execução penal no país. Destarte, torna-se urgente a promoção de medidas de uniformização de dados, bem como de sua adequada atualização em tempo real, inclusive, por meio de mecanismos da internet.

Além de dados de quantos são os presos, é preciso saber quem são os presos. Tal medida se impõe, pois o Estado precisa promover adaptações estratégicas e de infraestrutura considerando o perfil

das pessoas que estarão sob sua tutela, tais como: sexo, grau de periculosidade, crime cometido.

Finalmente, por mais lógico que possa parecer, qualquer plano de melhoria do sistema penitenciário nacional e, consequentemente, da execução material da pena pelo Executivo precisa estar acompanhado de investimentos para a construção de novos presídios. É a promessa do Executivo destinar investimentos de duzentos milhões de reais para a construção de cinco presídios federais, um em cada uma das regiões do país, com capacidade para 220 presos de alta periculosidade¹⁴.

Ainda, pretende o Executivo o diálogo com o Judiciário para, mediante análise junto aos tribunais de justiça, verificar a possibilidade de edição de provimentos a fim de criar departamentos de inquéritos relacionados aos homicídios dolosos e feminicídios, garantindo maior aproximação e celeridade nas investigações policiais¹⁵.

Contudo, como mencionado, há um sério problema de confiabilidade nos números e nos dados acerca da população carcerária do país. Isso é um verdadeiro absurdo¹⁶. Para tanto, é promessa do governo federal tomar as seguintes providências:

a) Coleta atualizada de informações Confiabilidade e atualidade dos números SISDEPEN (3 primeiros módulos [conclusão] em 6 meses). Módulo 1: Informações de Estabelecimentos Prisionais: dados sobre vagas gerais, por regimes, por gênero, instalações de saúde, de educação, RDD etc. Módulo 2: Informações Pessoais do Preso: dados pessoais e criminais relativos ao seu ingresso no sistema prisional. Módulo 3: informações processuais relativas ao processo criminal do preso. Este módulo será desenvolvido para permitir a interface com os sistemas judiciais dos estados – CNJ.

b) Coleta atualizada de informações Confiabilidade e atualidade dos números SISDEPEN ([conclusão] em dezembro de 2017) Módulo 4: Gestão Prisional: Proporcionará a gestão da unidade com relação a população prisional, agendas de audiências e de atividades internas. Módulo 5: Módulo de Inteli-

gência: Informações de caráter sigilosos com relação ao preso e sua convivência no interior do presídio e vinculação a outros detentos e grupos criminosos.¹⁷

Tais informações são cruciais não só para a realização de um adequado fluxo de trabalho do Executivo, mas, também, para a viabilização do efetivo controle de tal atividade.

Logo, o controle estatal é uma forma de proporcionar o sustentável exercício administrativo em prol do cidadão, sem o qual perderia sentido conceder poder ao Estado para realização das tarefas públicas.

Nesse mesmo trilho, vale lembrar que o controle do Estado precisa ser exercido mediante um determinando objetivo de verificação de adequação entre os *meios empregados* e os *fins esperados*, com a conclusão de concretização de um determinado interesse público. Nesse sentido, controla-se o Estado em nome do cidadão, inclusive para promoção do interesse público.

No entanto, em um ambiente de desconfiança da atividade estatal que hoje se vive, pode-se imaginar o interesse público sempre presente nos planos dos governantes? Será que é possível visualizar nessa realidade as lições de Rui Barbosa de que: “nas almas dominadas pelo senso de responsabilidade, a consciência de um poder pesa como um fardo, e atua como freio”¹⁸?

Desse modo, sugere-se a superação da visão superficial de que o controle só estabelece dicções negativas sobre o que pode ou não pode ser feito. Na verdade, faz-se necessário um controle que indique e oportunize prestações positivas e produtivas, como um sinérgico sistema proativo voltado ao bem e ao interesse comum de todos os partícipes do Estado, qual seja: o desenvolvimento.

O Estado precisa cumprir com o seu dever de viabilizar um sistema de encarceramento sustentável e em harmonia com os valores constitucionais. Saber *o que fazer, quando fazer, como fazer* e, fundamentalmente, *quais as consequências* do que é feito passa a ser preocupação obrigatória para o gestor público que objetiva agir conforme a Constituição.

Obviamente, para se identificar critérios de 'boa administração pública' em determinada atuação estatal, faz-se necessário que o administrador público tenha em mente quais serão os *reflexos* de sua responsável atuação para que sua atividade, efetivamente, alcance a *realização do desenvolvimento esperado*. Outra lógica não se poder esperar do Poder Executivo acerca da gestão do SPN.

Como destacado por Jayme de Oliveira¹⁹, "as rebeliões que ocorreram em presídios das regiões Norte e Nordeste expuseram o problema crônico do sistema prisional. O Poder Executivo precisa tomar providências, mas a magistratura está aberta a debater até onde pode contribuir nessa questão e o fórum será essa oportunidade"²⁰.

É exatamente isso que se espera de um Estado que preza por seus valores constitucionais: a soma sinérgica de esforços de suas funções primordiais a fim de realizar o bem, o produtivo e o concretamente eficiente para um futuro melhor para os cidadãos que representa. E não apenas no momento de *preparação* e de *realização* do ato administrativo tal preocupação precisa ser priorizada, mas, de sobremaneira, no momento de *controle da gestão do Sistema Penitenciário Nacional*.

Destaca-se que, recentemente (19/01/17), o Executivo federal criou a Comissão de Reforma do Sistema Penitenciário Nacional, por meio do Decreto 18/2017. A comissão é formada por cerca de 25 membros (entre efetivos e convidados)²¹ e a promessa é aferir a atual situação e eventuais caminhos do SPN, bem como acompanhar a implementação do Plano Nacional de Segurança Pública²², apontando propostas para a reforma do sistema penitenciário. Mas por quais caminhos tais tarefas devem seguir? Será que apenas essas promessas (muitas delas descompromissadas com o respectivo orçamento público, manejo de pessoal, indicação de licitações para aprimoramento de infraestrutura etc.) são o bastante para, efetivamente, melhorar o SPN? Tantos partícipes de tantas comissões irão, de fato, conseguir falar uma mesma língua para que o SPN passe a ser visto como uma atividade estatal positiva, produtiva e benéfica para os partícipes do Estado?

Negativo. É necessário incutir no espírito e nas ações do administrador da coisa pública a energia revigorante do Estado chamada de ‘boa administração pública’.

Observe-se que a ideia de ‘boa administração pública’ não é nova e não foi criada por doutrinadores brasileiros. Destaca-se, por exemplo, a sua normatização no artigo 41 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²³, datada de 2000.

No direito pátrio, tal obrigação de atuação estatal é decorrente de uma interpretação sistemática da Constituição e de todo o sistema estatal voltado à concretização do interesse público, sempre realizado quando se torna apto a demonstrar sólidos passos de desenvolvimento intersubjetivo de seus partícipes.

Assim exposto, resta inquestionável que verificar como a atuação administrativa vai influir na vida dos administrados e de que forma, ao longo do tempo, tal desempenho administrativo continuará trazendo benefícios à população é dever tanto do responsável pela boa gestão pública, como dos respectivos órgãos controladores (inclusive o Judiciário).

3. O papel do Ministério Público na execução material da pena pelo Poder Executivo

O Ministério Público, instituição independente, essencial para a função jurisdicional do Estado²⁴, imprescindível para a manutenção da ordem jurídica e para proteção do interesse público, tem o dever de fiscalizar, inclusive, a atuação executiva do Estado de tutelar o SPN.

O poder-dever de exigir do Estado o respeito às normas – expressas ou não – assecuratórias dos direitos do ser humano digno apresenta-se indicado no art. 129, II, da Constituição Federal. Para tanto, o Ministério Público utiliza-se, entre outras, de ferramentas constitucionais das quais possui titularidade (art. 129 da CF/88).

O constituinte, partindo do pressuposto de que o Estado atual é permanentemente compelido a realizar o cidadão na sociedade por

ele organizada, reconhecendo-lhe direitos, defendendo seus legítimos interesses, preservando a ordem jurídica e o próprio regime democrático, zelando pela integridade dos interesses sociais e individuais indisponíveis, inclusive promovendo junto ao Judiciário as medidas necessárias e compatíveis a esses deveres, reconheceu no Ministério Público “o caráter de órgão governamental [institucional] permanente, através do qual manifesta sem solução de continuidade a sua soberania para atender a esses misteres”²⁵.

Em suma, segundo Hugo Nigro Mazzilli, “o Ministério Público é um órgão do Estado (não do governo, nem do Poder Executivo), dotado de especiais garantias, ao qual a Constituição e as leis remetem algumas funções ativas ou interventivas, em juízo ou fora dele, para a defesa de interesses da coletividade, principalmente os indisponíveis e os de larga abrangência social”²⁶.

O Ministério Público representa no Estado o permanente fiscalizador e atuante operador da conformação da lei aos valores do direito. Para tanto, encontra-se munido de prerrogativas suficientes para a promoção deste fundamental mister.

No tocante à *execução penal*, o Ministério Público exerce papel indispensável, por força de lei, pois é o titular da ação penal pública e, como já assentado, o indicado como fiscal da legalidade. Os artigos 67 e 68 da Lei de Execuções Penais expressam pontualmente quais são as responsabilidades do Ministério Público:

Art. 67. O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.

Art. 68. Incumbe, ainda, ao Ministério Público: I – fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento; II – requerer: a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução; c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; d) a revogação da medida de segurança; e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes

e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior. III – interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução. Parágrafo único. O órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

Os principais instrumentos, expressos no texto constitucional, são a ação *civil pública* e o *inquérito civil*, utilizados para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Cabe ainda ao Ministério Público, na forma preconizada no *caput* do art. 127 da Constituição, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis²⁷.

Assim, tendo em vista a determinação constitucional de que os atos administrativos estão sujeitos à revisão judicial e às competências constitucionais conferidas ao Ministério Público, firma-se que o *parquet* – sendo responsável pela proposição de medidas protetoras dos interesses coletivos e difusos, da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis – também exerce controle de tais atos normativos, justamente para assegurar a ampla efetividade de suas prerrogativas de guardião do estado democrático de direito, composto pelos valores que protege, conforme mencionado.

Em outras palavras, o respectivo controle ocorre mesmo antes do alcance da esfera judicial, pois o Ministério Público também tem o poder de exigir explicações das atividades das pessoas públicas que eventualmente desrespeitem as garantias individuais constitucionais ou ameacem a harmonia dos poderes instituídos.

De igual maneira, o Ministério Público deve atuar no sentido de compelir o Estado-Executivo a cumprir com suas obrigações constitucionais e, para tanto, usar de instrumentos à sua disposição. Em especial, por se tratar de interesses difusos, aponta-se o uso de ações civis públicas em favor dessa coletividade carcerária

que é uma comunidade que possui direito a uma melhor execução material da pena, com melhores condições das unidades penais, devendo o Estado manter uma política pública permanente nesse âmbito de amparo jurídico e social de proteção da dignidade humana dos cárceres que estão sob a responsabilidade do Poder Executivo.

Destaca-se, por exemplo, a iniciativa do Ministério Público do Rio Grande do Sul e do Ministério Público Federal que ajuizaram ação civil pública com pedido de liminar contra o Estado e a União para resolver a questão do Presídio Central de Porto Alegre²⁸. Na ação, os órgãos exigem que sejam cumpridas as obrigações previstas na Medida Cautelar 8/2013, concedida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), em resposta à representação do Fórum da Questão Penitenciária, organização integrada pela Ajuris e outras 12 entidades²⁹.

O Ministério Público deve atuar no sentido de compelir o Estado-Executivo a cumprir com suas obrigações constitucionais

A Medida Cautelar 8/2013, expedida em 30 de dezembro de 2013, previa que Estado e União deveriam adotar mecanismos para preservar a vida e a integridade física dos presos que estão no Presídio Central de Porto Alegre, adotando medidas imediatas para reduzir a superlotação da unidade.

Além disso, os entes teriam por obrigação disponibilizar adequadas condições de higiene e de atendimento em saúde. De igual maneira, deveriam implementar um plano de contingência para incêndios e retomar o controle da segurança em todas as áreas do presídio, tendo em vista que várias são comandadas por facções criminosas.

A ação civil pública também solicita que a União construa um presídio federal de segurança máxima no Estado para que as facções criminosas não mais representem risco aos outros presos e à sociedade em geral³⁰.

Logo, o que se conclui, preliminarmente, é que se faz urgente um verdadeiro programa estatal (federal e estaduais, devidamente integrados) para que, finalmente, se acabe com improvisações administrativas efêmeras que apenas jogam o citado problema carcerário nacional para debaixo do tapete.

Como firmado, o Ministério Público, na condição de guardião da sociedade, tem o dever de caminhar proximamente ao Executivo. Não apenas isso, deve *supervisionar* a atuação da administração. Esse caminhar atento concede ao cidadão a tranquilidade de um leal aliado, estabelecido para que o seu bem seja incansavelmente promovido pelo Estado.

Trata-se aqui, obviamente, de uma construtiva vigilância do dever estatal e de uma característica própria do regime democrático. É atuação que se realiza no permanente questionamento e na verificação da conformidade jurídica de toda atuação do Executivo no exercício de sua responsabilidade material de execução penal.

Ademais, o Ministério Público possui um sofisticado ânimo – viés objetivo – para o exercício de suas tarefas fiscalizadoras e para a efetivação da cobrança do Estado conforme os valores, basicamente, que remontam a ideia de responsabilidade estatal. Isto é, não se faz algo senão com a finalidade do interesse público, porém, se o fizer, responde com as respectivas sanções proporcionais à falta cometida.

Para Antônio de Padova Marchi Junio, com base nas lições de Luigi Ferrajoli³¹, “tudo isso favorece uma atuação do Promotor de Justiça fundamentada na defesa social, em prejuízo dos princípios constitucionais de garantia, criando um indesejado abismo entre o modelo normativo tendentemente garantista e as práticas operacionais antigarantistas, entre normatividade e efetividade, entre dever-se e ser de um sistema punitivo”³². Ainda, “uma compreensão equivocada do real significado da teoria do garantismo levou à concepção pejorativa do emprego do vocábulo, utilizado não raras vezes para rotular negativamente os Promotores de Justiça preocupados não apenas com a acusação, mas também com a correta aplicação da lei, como se a observância dos princípios constitucionais não vinculasse a atuação de todos”³³.

Nessa esteira, “Ferrajoli esclarece que a perspectiva garantista requer a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consciência do caráter em larga medida ideal – e, em todo caso, não realizado e a realizar – de suas mesmas fontes de legitimação jurídica”³⁴.

Portanto, ao pensar no papel do Ministério Público na adequada realização da tarefa de execução penal pelo Poder Executivo, o registro a ser feito é de que sua função, além de integrativa do poder de execução penal de vários setores – como o Judiciário e o Executivo – é de conduzir, vigiar e cobrar boas práticas para o constitucional funcionamento do SPN.

4. Caminhos para a concretização da resposta penal adequada

Conforme se depreende das informações supraindicadas, ao pensar em uma concatenada gestão pública da responsabilidade material do Poder Executivo de execução da pena, a primeira situação imaginada é de uma *organização de esforços materiais e intelectuais voltados ao cumprimento de uma tarefa destinada ao poder público que, como não poderia deixar de ser, deve atender a algum reclame do homem-cidadão para, assim, viabilizar o alcance dos objetivos fundamentais do Estado*.

Logo, é desse modo que a gestão do SPN precisa ser encarada, de forma prática e com vistas à pronta realização do interesse público a que se destina. Isso porque, para o atendimento das sempre renovadas necessidades da sociedade brasileira, em especial àquelas decorrentes de um sistema carcerário eficiente, exalta-se a importância do conhecimento, por todos, das metas e dos planos que o Estado possui. Assim devem as metas ser realçadas para a realização do mister constitucional do Estado de promoção do permanente desenvolvimento sinérgico daqueles que estão sob sua responsabilidade de tutela, por intermédio dos governantes públicos, a partir de uma hábil gerência da administração pública.

É válido lembrar que o caminho estatal escolhido levará as vidas gerenciadas pelo Estado a rumos diversos. Por exemplo, o trilho da *eficiência* tem como destino a administração constantemente empenhada para realizar o seu constitucional ônus público de proteger e promover o cidadão, com o máximo desempenho factível para alguém imbuído de ônus público.

O empenho *eficiente* significa destinar o maior e melhor esforço humano possível na realização da política pública legitimamente constituída a partir da assunção de que a máquina estatal é operada por pessoas.

Deve-se estabelecer, deste modo, essa esperada atividade estatal como base de estruturação de *boas práticas de gestão pública voltadas ao constante aprimoramento de todos os elementos que conformam o sistema carcerário nacional*, com atuação vinculada aos princípios fundamentais e aos atos administrativos que compõem o exercício de tutela do que é público.

Conclusões

O caminho de solução, por mais elementar que possa parecer, é o mais difícil: *aumentar o controle da gestão administrativa da execução material da pena pelo Poder Executivo, sem perder o ritmo de desenvolvimento.*

Como fazer? Sendo *proativo, criativo e construtivo.*

Sugere-se, concretamente, que se criem políticas integrativas entre os diversos partícipes da sociedade, e seus representantes, para a busca de melhorias na execução material da pena. Para tanto, torna-se essencial o auxílio produtivo dos envolvidos nos interesses do poder público, para que, nesse universo do SPN, o Estado e, em especial, o responsável pela gestão do SPN (o Poder Executivo) possam se adequar ao que minimamente se espera de uma atuação de verdadeiros gestores da coisa pública.

Isso porque, definitivamente, o zelo pela atividade carcerária é tarefa fundamental do Estado. Cobra-se, então, uma atuação firme

em respeito à tutela da coisa pública, bem como a constante busca de uma boa gestão do SPN.

Não é possível, simplesmente, descartar pessoas faltosas, por um lado, assim como não se pode deixar os cidadãos não faltosos reféns daqueles que têm o crime como seu meio de realização de vida. Então, a chave para a coexistência entre os faltosos e os não faltosos é a viabilização de uma adequada política de resposta estatal de privação de direitos daqueles faltosos da sociedade.

Vale lembrar que a ausência, ou até mesmo a má produção, de políticas públicas criativas para o desenvolvimento do sistema penitenciário nacional traz consequências não só para aqueles que estão no lado interno das grades. E esse é o desiderato de encontros de magistrados, qual seja, *buscar soluções concretas para um real problema que afeta a todos e a cada um*.

Nesse sentir, o Tribunal de Contas do Estado (TCE-PR), em recente análise do sistema carcerário do Paraná, demonstrou, por meio de números, as falhas de gestão que agravam o problema em foco³⁵. O estudo realizado apontou a superlotação como o problema mais grave do sistema penitenciário estadual paranaense, especialmente nas cadeias públicas e delegacias, onde estão um terço dos cerca de 29 mil presos do estado com um déficit de 5.320 vagas. Outro problema detectado foram os baixos índices de atividades de ressocialização³⁶.

Conforme os dados levantados, “uma das falhas de gestão apuradas pelo TCE-PR é a inexistência de sistemática de aferição do custo mensal dos 9.737 presos mantidos, sob a custódia da Polícia Civil, nas 174 cadeias e delegacias do Paraná. Segundo dados do Departamento Penitenciário do Estado (Depen), órgão vinculado à Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária (Sesp), cada um dos 19.237 apenados nos 33 presídios custa ao cofre estadual R\$ 34.678,90 ao ano – R\$ 2.889,91 mensais. Os dados de lotação e custo do sistema são relativos a novembro de 2016”³⁷.

Uma das principais dificuldades da análise do sistema carcerário do Estado do Paraná, tal como ocorre com o SPN, é o levantamento e a confiança nos dados conhecidos sobre os custos

relacionados aos respectivos presos desses sistemas. Por exemplo, estima-se que o dinheiro público destinado aos 33 presídios em 2016 aproxima-se dos R\$ 683,3 milhões³⁸. Entretanto, em relação ao custo por preso mantido em carceragens de delegacias e cadeias, o próprio TCE-PR não conseguiu encontrar informações nas bases de dados do estado paranaense³⁹.

O estudo do TCE-PR também apontou inconsistências e informações desatualizadas no Mapa Carcerário do Estado do Paraná, alimentado pelo Depen, que congrega informações sobre ocupação de vagas e perfil dos detentos, tanto nos presídios como em cadeias e delegacias⁴⁰.

“Na avaliação do coordenador-geral de fiscalização do TCE-PR, Mauro Munhoz, a falta de um centro de custo adequado, reunindo todas as demonstrações contábeis do sistema, dificulta a correção de falhas e a implantação de melhorias. ‘Sem o custo real não há segurança para dizer, por exemplo, que a privatização poderia ser uma boa alternativa’, declarou Munhoz, na apresentação do estudo à imprensa.”⁴¹

Conforme os estudos do TCE/PR, outro indicador da ineficiência da gestão do sistema carcerário paranaense é a falta de integração das ferramentas informatizadas criadas para o seu gerenciamento^{42,43}.

Finalmente, a equipe também comprovou a falta de integração entre os sistemas informatizados do governo estadual – Sigep e SPR – com o Projudi/Execução. Mantido pelo Poder Judiciário do Paraná, essa ferramenta reúne informações gerenciais importantes sobre as condenações, como detalhamento do cálculo de pena e agendamento automático dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal. “Verificou-se que a ausência de integração plena entre os sistemas de custódia de presos do Poder Executivo e o sistema processual do Poder Judiciário prejudica o fornecimento de informações para auxílio na progressão de pena, como número de dias de estudo e trabalho”, afirma trecho do relatório⁴⁴.

Esse problema não pode continuar sendo tratado meramente como uma doença infecto-contagiosa que tem como solução efêmera o isolamento da questão para onde os olhos não alcancem.

Logicamente, essas medidas apenas aumentarão o imbróglio a tal ponto de não mais ser possível qualquer medida de salvamento do sistema.

O que fazer? Cobrar criatividade, comprometimento, parcerias e, de igual forma, afastar ações meramente assistencialistas, populistas e radicais de todos os lados envolvidos, os quais, de algum modo, também se beneficiarão com as consequências positivas de um sistema carcerário mais bem organizado e mais eficiente, eficaz e efetivo.

Nesse norte, ao apresentar o estudo sobre sistema carcerário paranaense, o presidente do TCE-PR anunciou três medidas imediatas para enfrentar o problema em destaque⁴⁵:

A primeira é uma auditoria integrada, já incluída no Plano Anual de Fiscalização (PAF) de 2017 da corte. Com prazo de conclusão de seis meses, essa auditoria utilizará como base as conclusões do estudo já realizado. O trabalho vai integrar auditoria nacional no sistema prisional, coordenada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), da qual participam outros 21 órgãos de controle brasileiros⁴⁶.

A segunda medida é a elaboração, em caráter de urgência, de um plano estratégico para o sistema carcerário do Paraná, incluindo Governo do Estado, Tribunal de Justiça, Ministério Público e Defensoria Pública. 'Não haverá solução do problema sem o engajamento de todos. Já fiz contato com os chefes dessas instituições e a ideia foi muito bem recebida', informou o Presidente do TCE. A meta do TCE-PR é implantar esse plano no prazo de 160 dias⁴⁷.

A terceira medida imediata recomendada pelo TCE-PR é que o governo estadual redirecione recursos do empréstimo de US\$ 112 milhões, concedido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), para a construção de penitenciárias. O objetivo atual de destinação desse dinheiro é a modernização das cadeias públicas e compra de equipamentos para a Polícia Civil do Paraná. 'Queremos que a prioridade seja a construção de novas penitenciárias', afirmou o presidente do TCE-PR.

Ademais, concretamente, sugere-se que o Executivo busque uma determinada objetivação na produção de suas políticas públicas carcerárias, para cumprir adequadamente sua responsabilidade material de execução de pena, na forma que segue:

i) Concatenação de esforços: para se imaginar a implantação de políticas públicas (por intermédio de uma eficiente gestão pública), parte-se da harmonização de esforços (materiais e imateriais) previamente debatidos e escolhidos como os melhores para a viabilização do objetivo a ser buscado.

Para tanto, o Estado precisa manter o foco no interesse público concreto a ser realizado, mediante a idealização de legítima política pública definida para o alcance deste desiderato. Desse modo, é também relevante para tal organização o exercício de minimização das *externalidades negativas*⁴⁸ que podem atrapalhar o *caminho* a ser percorrido.

ii) Definição de um objetivo: o desiderato de certa política pública deve ser claro, factível e determinado. As metas que se pretendem alcançar devem estar bem definidas desde o início do planejamento da atividade pública a ser desenvolvida e, sem dúvida, precisam ter uma direta ligação com o interesse público especificado como vetor de tal conjunto de ações estatais voltadas à realização de indicados ditames constitucionais.

Não se pode esquecer que as realizações de todo esse exercício administrativo precisam estar cobertas pelo manto dos princípios da Administração Pública – expressos e implícitos (com destaque aos estampados no *caput* do art. 37 da CF/88). Isto é, a verificação constitucional dos objetivos a serem definidos é tarefa obrigatória desde a etapa de definição das metas a serem alcançadas.

iii) Planejamento de ações para dar efetividade ao objetivo pre-determinado: trata-se da ideia de feixe de atos administrativos voltados ao atendimento de um determinado interesse público⁴⁹, como políticas públicas, mediante o exercício do dever do Estado de proteger e promover o cidadão. De igual forma, o planejamento deve estar conectado com o objetivo e com o caminho organizados para a realização concreta da legítima política pública,

como reflexos diretos para o desenvolvimento intersubjetivo do indivíduo.

É no planejamento e na aplicação do ato administrativo, substanciado em uma definida gestão pública de interesses voltados à realização dos direitos fundamentais, que se observa a razão fática e jurídica para tal organização harmônica de atos administrativos destinados à execução de um constitucional interesse público via criação, estruturação e concreta realização de políticas públicas vocacionadas ao desenvolvimento dos participantes do sistema estatal estabelecido.

iv) Emprego sinérgico de mecanismos de concretização da adequada gestão pública: A preocupação sistêmica e o emprego de atos administrativos de Estado (e não de governo), conforme uma interpretação sistemática do direito, precisam ser verificados para a concretização de uma adequada gestão pública. O uso de instrumentos constitucionalmente legítimos, mediante a finalidade de realização de interesse público concretizável, sinergicamente, é o melhor caminho para a realização de uma boa gestão pública.

Os objetivos da República representam, necessariamente, o fim maior das políticas públicas perpetradas por meio de uma adequada gestão pública e, direta ou indiretamente, precisam estar presentes na efetivação da atuação executiva estatal.

Ademais, não se pode deixar de considerar a indispensável necessidade de promover e viabilizar um eficiente serviço de inteligência operado no SPN, a fim de combater e estar à frente das ações das facções criminosas que atuam nos presídios, mantendo uma ativa cooperação com as demais forças de repressão ao crime organizado.

No âmbito das políticas públicas de aprimoramento do SPN, além de indispensáveis, tais *standards* de boa administração públi-

Os objetivos da República representam, necessariamente, o fim maior das políticas públicas perpetradas por meio de uma adequada gestão pública

ca são, sem dúvida, urgentes, pois, como já registrado, a *execução penal material da pena é obrigação do Poder Executivo*.

Finalmente, registre-se: ou se encara seriamente o crítico problema do sistema penitenciário nacional, com sugestões concretas e práticas para uma melhoria desse triste cenário carcerário que testemunhamos, ou continuar-se-á com essa incômoda sensação:

Quem de fato está atrás das grades, preso: quem comete crimes ou quem tenta se defender dos criminosos?

Notas

1. Roberto Massaro. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
2. Phillip Gil França. Professor da Escola da Magistratura do Paraná.
3. http://www.amb.com.br/novo/wp-content/uploads/2017/03/AMB_Informa_174_site.pdf
4. Idem.
5. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
6. MIRABETE, Julio F. *Execução penal*. Atlas. São Paulo, 2006, p. 24-5.
7. Id.
8. Com destaque à Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal.
9. GILBERT, Martin. *Winston Churchill. Uma vida*. V. I. Casa da Palavra. Rio de Janeiro. 2016, p. 83.
10. Id. p. 87. Logicamente, tal afirmação foi feita no contexto imperialista britânico de sua época, o que não é o caso, tampouco a proposta de aqui sugerida. Ressalta-se, por evidente, a importância de propostas firmes e claras para resultados concretos, como indicou o estadista W. Churchill.
11. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>
12. Fonte dos dados do Governo Federal destacados no presente item: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/veja-os-principais-pontos-do-plano-nacional-de-seguranca-publica> . Acesso em 15.03.17.
13. Id.
14. Id.

15. Fonte:<http://www.justica.gov.br/noticias/plano-nacional-de-seguranca-preve-integracao-entre-poder-publico-e-sociedade/pnsp-06jan17.pdf>. Acessada em 20.03.17.
16. Problema admitido pelo próprio Executivo Federa em <http://www.justica.gov.br/noticias/plano-nacional-de-seguranca-preve-integracao-entre-poder-publico-e-sociedade/pnsp-06jan17.pdf>.
17. Id.
18. *MATTOS, Miguel. Migalhas de Rui Barbosa. Migalhas*. São Paulo. 2010, v.1, p. 8.
19. Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), gestão 2016-2017.
20. Conforme notícia publicada no sítio: <http://www.amb.com.br/novo/?p=35148>, acessado em 17/03/17.
21. Um representante do Ministério da Justiça e Cidadania, que será o Secretário; um representante da Casa Civil da Presidência da República; um representante do Ministério da Defesa; um representante do Ministério das Relações Exteriores; um representante do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; o Secretário Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça e Cidadania; o Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça e Cidadania; o Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Cidadania; um representante da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania, indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e Cidadania; um representante da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial do Ministério da Justiça e Cidadania, indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e Cidadania; um representante da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Ministério da Justiça e Cidadania, indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e Cidadania; dois membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, indicados pelo Ministro de Estado da Justiça e Cidadania; e um representante da Carreira de Agente Penitenciário Federal, de que trata a Lei 10.693, de 25 de junho de 2003, indicado pelo Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Cidadania. Além dos membros citados, serão convidados a compor a Comissão de Reforma do Sistema Penitenciário Nacional: um representante do Senado Federal, indicado por seu Presidente; um representante da Câmara dos Deputados, indicado por seu Presidente; um membro do Conselho Nacional de Justiça, indicado por seu Presidente; um membro do Conselho Nacional do Ministério Público, indicado por seu Presidente; dois Defensores Públicos, um indicado pelo Defensor Público-Geral Federal e outro indicado pelo Colégio de Defensores Públicos-Gerais;- um advogado, indicado pelo Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; um Procurador-Geral de Justiça, indicado pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União; um membro do Colégio Nacional de Secretários

- de Segurança Pública; um membro do Colégio Nacional de Secretários de Justiça e Assuntos Penitenciários; um representante da Pastoral Carcerária, indicado por seu Coordenador Nacional; e dois cidadãos de notável saber jurídico na área e de reputação ilibada, indicados pelo Presidente da República.
22. O plano nacional de segurança pública será tratado de forma pontual no item 5 do presente texto.
23. “Artigo 41. Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas Instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: – o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; – o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; – a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas Instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às Instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”.
24. Em questões que abrangem sua competência.
25. Cf. SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Renovar. Rio de Janeiro, 1999, p.196-206.
26. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Saraiva. São Paulo, 2007, p. 135.
27. Em relação à tutela dos interesses indisponíveis, o objeto de proteção do Ministério Público engloba três situações distintas:
- a) impedir a disposição de um interesse considerado absolutamente indisponível pela lei;
 - b) zelar para que, nos casos de interesses relativamente disponíveis, a disposição sobre eles se opere conforme as exigências contidas na lei;
 - c) zelar pela prevalência do bem comum, nas hipóteses em que, inexistindo qualquer indisponibilidade do interesse questionado, esteja manifesta a presença do interesse da coletividade na solução do problema.
- Explica Sauwen Filho que, enquanto as duas primeiras situações sejam fáceis de identificar, como no caso do zelo pelo direito à vida humana, à liberdade do cidadão, à sua saúde e integridade física, como relação à primeira das hipóteses e a defesa dos interesses de incapazes, configurando na fiscalização da alienação de bens a eles pertencentes para assegurar as cautelas previstas na lei para essas alienações, a terceira situação, por vezes, torna-se de difícil configuração. Eis que, em muitas ocasiões, a sua identificação implica a utilização de critérios subjetivos do órgão do

- Ministério Público (Sauwen Filho, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 196-206).
28. <http://www.ajuris.org.br/2016/11/25/acao-civil-publica-pede-presidio-federal-no-estado/>
 29. Id.
 30. Id.
 31. <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/665/1/palMJ-DOP.pdf>. Acessado em 3/04/2017.
 32. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 614.
 33. <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/665/1/palMJ-DOP.pdf>. Acessado em 3/04/2017.
 34. Id.
 35. <http://www1.tce.pr.gov.br/noticias/falhas-de-gestao-agravam-problemas-do-sistema-carcerario-do-parana/4906/N>.
 36. Id.
 37. Id.
 38. Id.
 39. Id.
 40. Id.
 41. Id.
 42. Id.
 43. Atualmente, o Sistema de Informações Penitenciárias (SPR) – gerenciado pelo Depen e que reúne as informações cadastrais e dados a respeito de remição de pena, cursos e atividades de trabalho realizadas pelos presos que estão nas penitenciárias e em duas cadeias – está sendo substituído por um novo sistema. Trata-se do Sistema de Gestão de Execução Penal (Sigep). Utilizado pela Polícia Civil desde novembro de 2016, o Sigep deverá consolidar as informações sobre os custodiados por este órgão e também pelo Depen. A previsão de integração do Depen ao Sigep é setembro deste ano.
 44. Id.
 45. <http://www1.tce.pr.gov.br/noticias/falhas-de-gestao-agravam-problemas-do-sistema-carcerario-do-parana/4906/N>.
 46. Id.
 47. Id.
 48. Ideia desenvolvida pelo prêmio nobel Ronald Coase, no artigo *The Nature of the Firm* (1937). Para R. Coase, o mundo real apresenta fricções, ou externalidades negativas, que são denominadas *custos de transação*, fricções estas causadas por assimetrias de informação que dificultam ou impedem que os direitos obrigacionais (com destaque aos de propriedade) sejam negociados a custo zero. Assim, na observação de transações econômicas, sublinha-se a existência de elementos externos que influem no seu rumo, regulados por instituições. Como regular a forma e se tais instituições devem atuar nas

relações econômicas, os reflexos dessa regulação e a maneira que a atuação dessas instituições influi em maior ou menor grau nessas transações são elementos que conformam os *custos de transação*.

49. Nesta linha, vide: COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

Referências

- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública*, 4. ed., Saraiva, São Paulo, 2016.
- _____. *Ato administrativo e interesse público*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.
- GILBERT, Martin. *Winston Churchill. Uma vida*. V. I. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2016.
- MARCHI JUNIOR, Antônio de Padova. *Do papel do Ministério Público na Execução Penal*. <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/665/1/palMJ-DOP.pdf>. Acessado em 03/04/2017.
- MATTOS, Miguel. *Migalhas de Rui Barbosa*. v.1. São Paulo: Migalhas, 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Saraiva. São Paulo. 2007.
- MIRABETE, Julio F. *Execução penal*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Críticas e sugestões ao combate ao crime de abuso do poder econômico

Renata Carvalho Kobus¹

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná

Resumo: Apesar do crime de abuso do poder econômico produzir consequências negativas para a vida econômica, política e social, o nosso sistema muitas vezes é complacente com a sua prática. O presente artigo objetiva demonstrar como é a atuação do sistema jurídico na punição desse delito e apresenta sugestões para tornar o seu combate mais efetivo.

1. A “normalidade” da prática de abuso do poder econômico

A LAMENTÁVEL SITUAÇÃO DE IMPUNIDADE PENAL dos agentes que cometem o ilícito de abuso do poder econômico ocorre, principalmente, pelo fato de nossa sociedade não possuir o costume de reprimir esse delito, ou melhor, de não considerar o abuso do poder econômico como crime, como uma conduta em desconformidade não somente com a lei, mas também com os princípios éticos e sociais. Isso porque a prática desse delito exige que o agente infrator seja detentor de poder econômico, ou seja, o agente ativo é um indivíduo que integra as altas castas da sociedade, sendo muitas vezes admirado devido ao seu sucesso profissional.

Este status, de indivíduo rico e inteligente, acaba por afastar da mentalidade dos indivíduos a concepção de que este sujeito seja capaz de cometer delitos. As pessoas costumam fazer uma análise, se assim pode-se dizer, “lombrosiana” dos sujeitos aptos a cometerem infrações.

Ainda temos a forte concepção de que o criminoso é um indivíduo das baixas classes sociais, ignorante, e, na maioria das vezes, morador de rua e usuário de substâncias entorpecentes². É desse tipo de indivíduo que a sociedade possui medo, não dos grandes executivos que trabalham em seus escritórios luxuosos. E esse fato é justamente decorrente da falta de punição dos “grandes” criminosos.

Nas palavras de Jorge Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade³:

Pela dimensão dos danos materiais e morais que provoca, pela sua capacidade de adaptação e sobrevivência às mutações sociais e políticas, pela sua aptidão para criar defesas frustrando as formas de luta que lhes são dirigidas, a criminalidade econômica é uma ameaça séria a minar os alicerces de qualquer sociedade organizada. Daí que a intervenção de formas eficazes de luta seja hoje preocupação das instâncias governativas, judiciais, policiais, etc. de todos os países.

Enquanto os detentores do poder jurídico continuarem apenas a punir os fracos e oprimidos de nossa sociedade, milhões e milhões continuarão a serem ganhos ilicitamente pelos criminosos das altas classes sociais, o que viola, direta ou indiretamente, diversos direitos e garantias constitucionais.

2. A dificuldade nas provas para a caracterização do abuso do poder econômico

Em relação aos crimes econômicos⁴, e em decorrência da dificuldade de materialização dos danos, sendo geralmente impossí-

vel a sua quantificação, assim como da necessidade de punição dos agentes infratores, utiliza-se o tipo de perigo abstrato.

Em relação à relevância da existência dos tipos de perigo abstrato, Cezar Roberto Bitencourt entende que, “nesta criminalidade moderna, é necessário orientar-se pelo perigo ao invés do dano, pois quando o dano surgir será tarde demais para qualquer medida estatal”⁵.

Nesse mesmo sentido, acerca da importância do perigo abstrato para a punição dos infratores à ordem econômica, cumpre destacar as palavras de Klaus Tiedemann⁶:

La normativa jurídico-administrativa somete la actividad global del empresario a la fiscalización estatal, mientras que la prohibición jurídico-penal solamente alcanza al sector socialmente indeseable de esa actividad. Un Derecho Penal que se limite a controlar mediante la creación de tipos penales y la persecución de hechos punibles puede ser, por lo tanto, más permisivo que una legislación administrativa sin sanciones penales.

A existência dos tipos de perigo abstrato é fundamental para a instrução probatória, uma vez que a simplifica imensamente ao não haver a necessidade da comprovação efetiva do dano. Acerca desta facilitação referente aos meios de prova⁷:

E é fundamentalmente devido ao facto de a criminalidade económica ser refractária a uma valoração objectiva do desvalor do resultado – este traduz-se muitas vezes unicamente numa violação da confiança no sistema económico, como bem salienta Delmas-Marty – que o legislador sente a necessidade de considerar o mero pôr em perigo determinados bens jurídicos é um elemento do tipo (crimes de perigo concreto) ou mesmo entender que a proteção do perigo nem sequer é elemento do tipo (crimes de perigo abstrato). É evidente que principalmente os crimes de perigo abstrato facilitam enormemente a supera-

ção das dificuldades de prova que a criminalidade económica acarreta, o que levou o legislador de muitos países (Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, França, Grécia, Japão, Polónia, Suíça) a utilizarem esta forma de tipo legal do crime.

No entanto, como visto, mesmo com esta facilitação dos meios de prova, no Brasil não há punição efetiva para os crimes económicos. Caso o crime de abuso do poder económico fosse de perigo concreto, certamente não haveria registro de uma só condenação por esse delito.

3. Críticas e possíveis alternativas ao atual sistema

Como visto no decorrer deste artigo, o delito de abuso do poder económico é um crime que está rumo ao desaparecimento em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a inaplicabilidade do inciso I do artigo 4º da Lei 8.137/90.

De nada adianta a previsão legal se esta não é observada pelos aplicadores da justiça. Para que haja a punição desse delito é necessária uma mudança na cultura de nossa sociedade. Os grandes agentes económicos também cometem crime, e, por sinal, são vários os casos nos quais sua riqueza é adquirida por intermédio da prática de condutas ilícitas.

Demonstra-se essencial a investigação de tais delitos por pessoas capacitadas e que não possuam receio ou medo de enfrentar os poderosos do crime⁸. Tais investigações acabam sendo bem mais complexas em relação às dos demais crimes, uma vez que exige, muitas vezes, um conhecimento jurídico e contábil do agente investigador.

Pelo fato do delito de abuso de poder económico ser planejado, comumente, por pessoas que possuem conhecimento no que estão fazendo, o “delinquente económico tem uma esperança maior que a do delinquente comum de que poderá escapar à punição”⁹.

Uma forma que me parece eficaz para deter este criminoso é a atuação conjunta das esferas de poder. A maioria desses crimes somente pode ser desvendada através da atuação conjunta de diversos órgãos, como por exemplo a Receita Federal, o Ministério Público, a Secretaria de Defesa Econômica e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Insta salientar a importância da imprensa não somente no papel investigativo, mas também no seu poder de influenciar as pessoas a abrirem os olhos para as injustiças que são cometidas também pelos grandes agentes econômicos, os quais, assim como os criminosos de baixa renda, devem ser devidamente reprimidos pela sociedade. No entanto, esta atuação com a mídia deve ser tomada com cautela, conforme as palavras do advogado Antônio Cláudio Mariz de Oliveira¹⁰:

Parte significativa da imprensa tem desempenhado um papel fundamental no sentido de fiscalizar e de dar transparência às atividades no setor público e mesmo no privado, possibilitando a apuração de condutas que violam a lei e que lesam interesses coletivos relevantes. No entanto, há para se lamentar a atuação de parcela que deturpa a verdade, divulga invencionices, fomenta dúvidas, na constante busca de sensacionalismo, sempre à cata do negativo, do destrutivo, não possuindo qualquer comprometimento com a ética jornalística, com o respeito pelo próximo com a verdade dos fatos. E, verifica-se que informações e comentários jornalísticos são aceitos como verdades absolutas e a partir das mesmas, o mero suspeito é condenado e exarado publicamente. O Poder Judiciário deve empreender um grande esforço para que seus membros se mantenham imunes a essas influências, como administradores da justiça e não como instrumentos de emocionais e histéricos anseias punitivos, tão a gosto dos que têm aversão pela lei, pelos direitos e liberdades individuais e pela democracia. A mesma postura deve ser adotada pelo Ministério Público, pois a acusação sis-

temática e obstinada afasta o seu representante das funções de fiscal do cumprimento da lei e de defensor do interesses sociais. Claro está que a sociedade não deseja a punição do inocente e ao culpado o que se quer é a correta aplicação da lei.

É necessário que os agentes que possuam informações em relação a suposta prática de delito de abuso de poder econômico unam os seus esforços, pois isoladamente, na maioria dos casos, não possuem estrutura ou o tempo suficiente que este delito demanda para ser desvendado.

Verifica-se uma total desproporcionalidade nas penas a serem aplicadas aos sujeitos que cometem crime de abuso de poder econômico em relação aos que cometem crimes menos graves e de menor repercussão econômica

O nosso sistema jurídico acaba atribuindo mais importância aos delitos menores e de menor potencial ofensivo, o que ocorre, certamente, pelo fato dessas infrações serem mais fáceis de investigação e punição e de serem cometidas por indivíduos que não possuem poder algum de influir nas decisões políticas e nos setor econômico do país.

Se possuímos uma legislação própria para os delitos de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) com a criação dos juizados especiais criminais, os quais se voltam unicamente para o julgamento de tais delitos, me parece óbvio que o mesmo deveria existir para os crimes econômicos, dada a sua dimensão, seja em relação ao dano, seja em relação à violação de bens jurídicos supraindividuais, assim como de sua complexidade.

Ademais, a atual sanção prevista para o crime de abuso do poder econômico é muito inferior a crimes menores. A título exemplificativo, ao indivíduo que quebra o vidro do carro para furtar o aparelho de som (furto qualificado) recairá uma pena de dois a oito anos, enquanto que os agentes econômicos que se beneficiam ilicitamente de milhões e milhões de reais estão sujeitos a uma pena de dois a cinco anos, o que não se demonstra nem um pouco razoável¹¹.

Dessa forma, verifica-se uma total desproporcionalidade nas penas a serem aplicadas aos sujeitos que cometem crime de abuso de poder econômico em relação aos que cometem crimes menos graves e de menor repercussão econômica.

Diante da gravidade do delito de abuso do poder econômico, a pena cominada a este delito deveria ser muito superior. Além disso, para uma maior efetividade da pena, deveria ser aplicada, além da pena de reclusão, por exemplo, as seguintes sanções: “*confisco especial, encerramento temporário ou definitivo do estabelecimento, cassação temporária ou definitiva de licenças ou concessões, exclusão de concursos públicos, publicidade de sentenças, interdições profissionais, indenização das vítimas*”¹².

Enquanto os poderes estatais não tomarem medidas conscientizadas e efetivas para o combate, seja do crime de abuso de poder econômico, seja dos demais delitos que infringem a ordem econômica brasileira, a normalidade de tais crimes continuará a perpetrar em nossa sociedade, não havendo punição.

Conclusão

De pesquisa jurisprudencial realizada concluiu-se que praticamente inexistem decisões condenando agentes econômicos pela prática de delito de abuso do poder econômico, sendo que somente a punição eleitoral demonstra-se efetiva.

Diante do medo e da ausência de interesse em investigar e punir os agentes que abusam do seu poder econômico, esse delito, tipificado no inciso I do artigo 4º da Lei 8.137/90, está rumo a extinção, pois, atualmente, é letra morta na prática jurídica. De nada adiante a previsão legal do delito de abuso do poder econômico se ela não é devidamente observada e aplicada.

Nossa sociedade deveria ter o costume de reprimir o delito de abuso de poder econômico, considerando como criminosos não somente os indivíduos das baixas classes sociais, mas também aqueles detentores de significativas quantias econômicas, os quais parecem inofensivos.

Como esse delito é praticado, geralmente, por indivíduos que possuem bastante conhecimento no que estão fazendo e que tentam dificultar ao máximo a “aparência” do delito, é necessário que este crime seja investigado por pessoas habilitadas para tal e que não possuam medo de combater os poderosos do crime.

Além disso, como possíveis alternativas para a consecução da punição do delito em discussão, apresentam-se a atuação conjunta de diversos órgãos públicos (como Ministério Público, Receita Federal, Tribunal de Contas e Conselho Administrativo de Defesa Econômica), assim como a existência de órgãos judiciais próprios com competência específica para o julgamento dos crimes contra a ordem econômica.

Ademais, tendo em vista a gravidade do dano do crime de abuso do poder econômico, o qual, na maioria das vezes, envolve milhões e até mesmo bilhões de reais, a sua pena deveria ser mais elevada, além de incluir outras medidas que sejam onerosas aos agentes econômicos a ponto do delito não valer a pena como, por exemplo, a cassação de licenças e permissões, a proibição do exercício da atividade econômica durante um grande período e a cominação de multas elevadíssimas (que superem o dano).

Enquanto o sistema penal se voltar apenas à punição dos fracos e oprimidos, os criminosos de colarinho branco continuarão a ganhar vastas quantias de dinheiro sem serem punidos, mesmo trazendo exorbitantes prejuízos ao estado democrático de direito.

Notas

1. Renata Carvalho Kobus. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.
2. Esta concepção é fruto, em grande parte, da história do Brasil. Nesse sentido: “É surpreendente que, embora a historiografia brasileira, nos últimos 15 anos, tenha procurado novas temáticas, abordagens e conceitual, suscitando uma vertente enorme de indagações que contribuíram para o amadurecimento intelectual da produção histórica, ela tenha construído o mundo de análise dos crimes e dos criminosos assentada fundamental-

mente no aspecto da dinamização econômica e social e da proletarização (ou da lumpem proletarização) advindas do fim da escravidão, da industrialização e da imigração em massa, quer essas questões estejam ou não informadas, pelo ponto de partida da normatização, por uma ideologia de trabalho. Trata-se de olhares múltiplos que ignoram os crimes e os criminosos a partir de seu princípio fundante. Ou seja, buscam nas manifestações de preconceito social – especialmente contra negros e imigrantes e o contingente populacional pobre ou estigmatizado – ou na lógica do trabalho os procedimentos que determinam práticas sociais que nortearão a repressão, a punição e o controle” (CANCELI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 24-5.)

3. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Problemática Geral das Infrações contra a Economia Nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 65.
4. Em relação aos crimes socioeconômicos, Gonçalves Farias de Oliveira Junior entende que este tipo de delito “é expressão que, em sentido lato, mais adequadamente se presta à identificação das condutas que interferem na vida econômica do país, e que permitem inclusive alcançar vasta gama de comportamentos delitivos, não apenas aqueles que atingem a economia, mas também os atentatórios à ordem fiscal, à organização do trabalho, às finanças públicas, etc.” (OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalves Farias de. *Os fundamentos da tutela penal antitruste*. Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, São Paulo, v. 2, p. 857, Jul. 2011).
5. BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 118-127, jul.-set., 1995.
6. TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito: introducción al derecho penal econômico y de la empresa*. Traducción de Amélia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985, p. 34.
7. COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 111.
8. A esse respeito: “O Estado-nação, derruído na sua soberania e tronado mínimo pelo poder econômico global, não tem condições de oferecer respostas concretas e rápidas aos crimes dos poderosos, em relação aos quais há, no momento, um clima que se avizinha à anomia” (FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 257).
9. DIAS, Jorge Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. In: PODVAL,

- Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 127.
10. OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Reflexões sobre os crimes econômicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, p. 91, Jul. 1995.
11. Acerca da ineficiência da sanção do abuso do poder econômico, destaca-se: “Não é segredo que vige, no Brasil, a política da pena mínima, razão pela qual os empresários bens sucedidos, primários, de ótimos antecedentes, com conduta social exemplar, geralmente, terminam apenados com dois anos de reclusão (mínimo legal). Cabe, não somente pena alternativa, como a suspensão condicional a pena (sursis). A pena privativa de liberdade somente seria aplicada por uma fatalidade do destino (quem sabe o azar de haver concurso material de crimes, cuja somatória das penas atinja patamares muito elevados). A prisão parece ter sido idealizada para o pobre, pois um crime contra a ordem econômica – imagine-se a abrangência do estrago por ele causado em vários setores da sociedade – tem pena menor que o furto qualificado. Para ilustrar, o ladrão de aparelho de som, que estoura o vidro do carro, está sujeito a uma pena de reclusão, de dois a oito anos e multa. O valor do aparelho de som do carro representa alguns reais. O valor envolvido no abuso do poder econômico, dominando o empresário o mercado e eliminando a concorrência pode significar milhões de reais. Não há proporcionalidade alguma” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 456-7).
12. COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 116.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 118-127, jul.-set., 1995.
- BOTTINI, Pierpaolo. *Independência das esferas administrativa e penal é mito*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mai-21/direito-defesa-independencia-ambitos-administrativo-penal-mito>, acesso em 30.08.2017.
- BRANCO, Vitorino Prata Castelo. *A defesa dos empresários nos crimes econômicos*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CANCELLI, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

- CERVINI, Raúl. Derecho Penal Económico – concepto y bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 43, p. 81, abr. 2013.
- CORACINI, Celso Eduardo Faria. Contexto e conceito para o Direito Penal Económico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 829, p. 429, nov. 2004.
- DIPP, Gilson Langaro. Crimes Econômicos – Aspectos práticos e jurídicos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 32, p. 7, abr. 2006.
- EL TASSE, Adel; PRADO, Luiz Regis (coords.). *Ordem econômica e direito penal antitruste*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- GUARAGNI, Fábio André. As razões históricas do surgimento do Direito Penal Económico. Curitiba, EOS – *Revista Jurídica da Faculdade de Direito*, v. II, n. I, ano I, 2008, p. 31.
- HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- KNOPFHOLZ, Alexandre. *A denúncia genérica nos crimes econômicos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. Reflexões sobre os crimes econômicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, p. 91, jul. 1995.
- OLIVEIRA JUNIOR, Gonçalo Farias de. Os fundamentos da tutela penal antitruste. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Económico e da Empresa*, São Paulo, v. 2, p. 857, jul. 2011.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- REALE JUNIOR, Miguel. *Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? Doutrinas essenciais de direito penal*. São Paulo, v. 8, p. 747, out. 2010.
- RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o Direito Económico e a sua delimitação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 432, maio 2000.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SERRA, Marco Alexandre de Souza. *Economia política da pena*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- SMITH, A. *Wealth of nations*. Andrew Skinner (ed.), Harmondsworth, Penguin, 1976.

- TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito: introducción al derecho penal econômico y de la empresa*. Traducción de Amélia Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Breve ensaio sobre direito, justiça e ativismo judicial

Márcio Tokars¹

Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

“Acho que o único momento em que as pessoas pensam em injustiça é quando acontece com elas.”
(Charles Bukowski)

QUANDO CONCLUÍ O CURSO DE DIREITO, ouvi do meu pai uma história muito interessante que ele sabiamente ocultara até então. Ele, um homem de filosofia e letras, que também se aventurou no curso de direito, no qual, já no início, ouviu de um renomado catedrático que direito e justiça não são a mesma coisa. Então, ele, que na inocência da juventude acreditava que os professores sempre têm razão, decepcionado, abandonou o curso e seguiu outro caminho. Agora, tanto tempo depois, o mesmo dilema continua em pauta, porém atormentando toda a nação.

Nesta época de delações a prostituta das provas foi canonizada e surgem medidas judiciais extremas, fundamentadas no sentimento popular de impunidade, que estaria supostamente incentivando a criminalidade. A suposta ineficácia das leis, principalmente as processuais, parece condenar à morte o estado de direito pela sua virtual incapacidade de implementar políticas públicas eficientes. A lógica da falácia punitivista parte do pressuposto de que o Estado está impotente diante da criminalidade e da corrupção, para concluir que o único meio de enfrentar isto é tolerar que se vá além da “cartilha”, subvertendo-se a importância do “clamor

público” no processo penal, como se este fosse sua diretriz principal.

É o momento de se refletir seriamente sobre a influência da opinião pública na hermenêutica jurídica. A palavra “opinião” vem do latim, significando conjectura; crença ou reputação; tudo que se espalha pela palavra; aquilo que se ouve falar, ou seja, é tudo aquilo que se pensa pela cabeça dos outros. Nos dicionários de filosofia a origem grega do termo (*doxa*) se refere às conjecturas populares; às ideias confusas acerca da realidade e que se opõem ao conhecimento verdadeiro, como sinônimo de erro. A fé é reservada às certezas metafísicas, ao contrário das certezas processuais, que exigem lastro objetivo. Por isso, o processualista Geraldo Prado afirma que a “convicção judicial deve ser situada teórica e idealmente no polo oposto da crença”. Portanto, o livre convencimento do juiz não é absoluto, mas sim relativo, pois só pode emergir de fundamentos jurídicos e jamais do senso comum, de experiências pessoais ou notícias de jornais.

A opinião é a manifestação leviana, pueril e superficial sobre algo que se conhece de longe. É o palpite irresponsável que sempre vem depois de um “eu acho”, ou “eu acredito que”. É assim que os leigos julgam os julgadores. São fileiras de amadores erigindo os templos da verdade com tijolos de mentira. O clamor público é senso comum, que é muito diferente e mais frágil que o jurídico, mas qualquer cidadão tem direito às próprias convicções porque a lei garante tal liberdade; ou seja, muitos têm direito ao senso comum graças ao senso jurídico de poucos. Ao cidadão comum cabe a liberdade de pensar o que quiser, ou até mesmo de não pensar, optando pela ignorância, mas os agentes públicos têm a obrigação profissional de buscar a verdade somente pela técnica, conforme os princípios da eficiência e da impessoalidade. Desse modo, mesmo sendo tudo naturalmente politizado na vida em sociedade, a jurisdição não pode sê-lo. Nela, só cabe a técnica, e uma opinião pessoal jamais poderá ser o fiel da balança. A pessoalidade que move o senso comum é proibida aos julgadores, justamente para preservar o interesse público maior, que é a ordem jurídica.

A banalização da acusação é a contramão da civilização, pois onde todos são suspeitos de tudo e os justos têm que provar que o são, não há mais solução que não seja a ilusão. Infelizmente essa hipnose coletiva é um fenômeno mundial e quanto mais subdesenvolvido é um povo, mais ele precisa de demônios e vilões, para lhes transferir a culpa pela incompetência generalizada. Os fracos precisam de heróis para depositar neles a esperança de salvação. Sob o viés psicanalítico, eles sucumbem à autopiedade neurótica e buscam mecanismos de defesa para suportar a frustração e motivos para justificar a preguiça, cultuando uma luta imaginária entre o bem e o mal, com promotores e juízes paladinos atuando como anjos alados sobre tudo e sobre todos, ao invés de desenvolver soluções dignas e efetivas para problemas históricos. Todavia, embora seja uma doce ilusão, admitir heróis com poderes acima do sistema para combater os vilões que estão fora dele é uma lógica suicida, segundo a qual é preciso criar monstros para combater outros monstros.

A banalização
da acusação
é a contramão
da civilização

A sensação da impotência punitiva tem caráter político, pois deriva do senso comum e deve ser considerada como uma diretriz menor diante de outras preponderantes, como a legalidade, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a impessoalidade, a dignidade, a isonomia e a presunção de inocência, todos princípios constitucionais que não se pode olvidar pela sedução do pragmatismo judicial, tautológico e solipsista, em que o juiz paladino coloca a subjetividade à frente da objetividade, permitindo que as conclusões abstratas sejam postas à frente da comprovação empírica da essência dos fenômenos.

O direito só autoriza a coerção estatal porque a sua racionalidade é objetiva, ou seja, não é um sistema moral, teológico nem político. A ideologia do magistrado não pode se colocar acima do direito positivo, sob pena de ficar à mercê do populismo judicial, como se fosse dado ao Poder Judiciário dizer as leis e não o direito. Aqueles que defendem a politização da jurisdição e criticam os

juízes legalistas esquecem que a outra opção não é compatível com o estado democrático de direito.

A missão da justiça não é ser politicamente correta, pois toda decisão desagrada pessoas ou grupos sociais. Ademais, esperar soluções políticas pela via judicial seria a negação da isenção da magistratura a bem de determinados indivíduos ou segmentos da sociedade, em detrimento de outros. O ativismo judicial não fortalece, mas, ao contrário, desmoraliza o Poder Judiciário. Faltar com a imparcialidade não é afirmação da autoridade, mas sim a negação daquilo que a legitima.

O juiz não é investigador, mas destinatário da investigação, conforme o *princípio acusatório*. Os poderes do juiz são expressos e limitados porque seria impossível cumprir a lei descumprindo-a. Não há solução fácil para problemas difíceis e sonhar com super-heróis togados e julgamentos sumários é uma tola ilusão. O dever de cautela recomenda que diante das maiores acusações se exija uma prova ainda maior. A mera gravidade da acusação não pode ofuscar a necessidade da prova, alimentando a mesma neurose fascista do passado medieval, quando todos tinham certeza que queimavam bruxas.

O culto à crítica criou um ambiente onde rivais têm que ser inimigos; onde os “donos da razão” esquecem que, pelo simples fato de não permitirem a expressão da razão alheia, perdem a própria. Isso se chama cegueira ideológica.

Sócrates, o pai da filosofia, foi condenado à morte por advertir a sociedade a não acreditar em nada sem comprovação, tal qual ocorre nas atuais prisões processuais e medidas criativas, sem previsão legal expressa, como a condução coercitiva, acordos de colaboração premiada além dos limites da lei penal e a execução da pena antes do trânsito em julgado. O desprezo ao uso progressivo da força e o vazamento seletivo de informações leva a plateia à loucura, como nas arenas romanas. O apoio da mídia a tais abusos faz parecer que um ou outro magistrado reinventou a roda enquanto os demais são omissos e burros, desmoralizando milhares de juízes igualmente dedicados. Nesse direito alternativo da

presunção, em que o castigo vem antes do pecado, constringendo a liberdade de indiciados que jamais demonstraram insubordinação processual, o expansionismo penal é a ilusão do neopunitivismo, inspirado no direito penal do inimigo (o *Feindstrafrecht* de Günther Jakobs), que cultua a guerra como instrumento de pacificação.

A prisão provisória não é instrumento corriqueiro para a investigação e nem para otimizar a efetividade de interrogatórios, mas trata-se de uma medida de exceção para garantir a instrução quando esta for efetivamente ameaçada. Seu abuso foi historicamente combatido ao custo de muito sofrimento, mas agora merece aplausos e holofotes no “processo espetáculo”, onde quinze minutos de fama arrasam séculos de ciência jurídica.

Quando um inocente é absolvido, a injustiça já está feita, por isso é imoral impor o processo como castigo, quando já se sabe que ao final não caberá uma punição. “A justiça deveria tratar de descobrir a inocência e não a culpa” (Des. Robson Marques Cury – TJPR). Ao invocar o princípio secular *in dubio pro societatis* na instauração da ação penal, não se pode olvidar que o indivíduo é o elemento fundamental da sociedade (o que não exclui o acusado). Os direitos individuais são a base dos coletivos, por isso o ato de julgar parte de um requisito mínimo, a base objetiva, cuja validade formal reside justamente na proibição da mera intuição. A imputação deve ter fundamento material (objetivo) formalmente inequívoco para ser jurídica. Só a justa causa inequívoca (objetiva) autoriza a subjetividade da jurisdição. Nesse sentido, o que diferencia o senso comum do senso jurídico é a objetividade formalmente inequívoca deste. Algo evidente ao senso comum pode não ser uma evidência jurídica, pois a intuição é meramente subjetiva, formada pela opinião pessoal, enquanto a convicção jurídica depende da gênese objetiva (materialidade). Qualquer ilação será apta apenas à formação do senso comum da imprensa e do povo, mas não de quem, para ele e em nome dele, exerce a jurisdição. O processo não pode existir como um fim em si mesmo, partindo da subjetividade para a objetividade. A sentença não é fim, é um

meio. O fim é a realização da justiça e não do processo. A história da humanidade foi escrita com o suor e o sangue daqueles que lutaram por um mundo melhor. Durante séculos inúmeras vidas terminaram nas fogueiras e masmorras para chegarmos a essa cláusula pétrea do pacto social.

A palavra “direito” vem do latim *directus*, significando a diretriz de seguir regras pré-determinadas ou um dado preceito. O termo evoluiu como um conceito instrumental, com o sentido de caminho direto e sem desvios. Teleologicamente, trata-se da validação da forma (ou processo), independente do resultado final (veredicto). O sentimento de justiça pertence à moral, ou seja, não é jurídico.

A par dos julgamentos morais, a decisão jurídica de cada caso é um poder do Estado delegado aos juízes, que é a jurisdição (do latim *juris* (direito) + *dicere* (dizer)). É o poder de dizer o *direito* e aplicar o *direito* ao caso concreto, com o objetivo de solucionar os conflitos de interesses para resguardar a ordem *jurídica* e a autoridade da *lei*.

As palavras “*julgar*” e “*julgamento*” vem do latim *judicare*, formado por *jus* (lei, direito) + *dicere* (dizer). Então, julgar é o ato de dizer o direito (a lei) e não a justiça, que seria a ressonância desejada do processo (ideal) com o real (factual). A efetividade do direito emerge da conjugação da subjetividade com a objetividade. Portanto, seja qual for a decisão, mesmo quando não parecer justa, será jurídica, pois não poderia ser diferente pelos meios legais. Dizer o direito é uma necessidade (pelo impulso oficial), mas dizer a justiça é contingência que depende da eficiência do direito (processo). A justiça depende do processo, mas este não depende daquela, por isso eventuais incongruências das expectativas populares com as respectivas decisões judiciais sugere uma falibilidade virtual (não técnica, mas política). Tal constatação parece cruel, pois revela que os processos são sistemas de baixa eficiência; porém, pelo pacto social, o direito é o único instrumento aceitável para materializar a justiça, embora sempre tenha limites, principalmente quando a prova é oral, a mais frágil e precária de todas,

milenarmente rotulada como a prostituta das provas. É por isso que o princípio *in dubio pro reo* é o imperativo categórico do direito penal, com toda a amplitude do sentido kantiano. Talvez por essa razão muitos juízes (que também são cidadãos) sofrem em silêncio e perdem o brilho no olhar ao longo dos anos, mas a outra opção seria a de descumprir a lei, então não seriam mais juízes.

Contudo, apesar da aparente frieza, não se pretende dizer aqui que o direito não tem compromisso com a moralidade, afinal ele deriva dela. Mas o que o caracteriza como instrumento civilizatório é que ele se ocupa igualmente da moral de cada uma das partes adversas, isto é, como o pressuposto da condenação é a prova, e não a mera acusação, as decisões absolutórias são tão morais quanto as condenatórias, pois elas preservam a honra e a cidadania dos acusados. É esta sutileza que poucos leigos percebem, mas que os juristas têm que observar.

O único “poder”
do Judiciário é
o de verificar, nos
casos concretos,
a adequação
de condutas
particulares
à lei

A sentença é a subjetividade final sobre a objetividade inicial. Se fosse ao contrário, a certeza do juiz (sua convicção ou consciência) seria meramente intuitiva e equivalente ao senso comum, e não seria jurídica, de modo que teria mera validade moral, porém jamais penal. A moral não pode substituir o direito justamente porque ela é subjetiva, tanto que na sociedade há várias “morais”, conforme os sentimentos religiosos, étnicos, políticos e outros; mas o direito é um só e a decisão judicial é a expressão formal da cognição objetiva, conforme a subjetividade jurídica. A sagrada consciência do magistrado reflete a dualidade da convicção jurídica, em que a comprovação é objetiva e a valoração subjetiva. É a materialização da clássica adequação do fato ao valor e à norma. Assim, o *fato*, como requisito objetivo, é a base do processo penal.

Para aumentar a sua eficiência, o direito depende do rigor do método, ou seja, do devido processo legal. Por isso, no proces-

so nunca há excesso de legalidade, pois, se ela faltar, qualquer caminho alternativo será pavimentado por nulidades. O direito não tem meio termo ou está errado, portanto os agentes protagonistas da justiça devem lealdade estrita ao sistema legal, sem o privilégio da discricionariedade, reservada aos agentes políticos, no processo legislativo e administrativo. Destes, sim, emanam as políticas públicas repressivas, às quais o Judiciário deve se sujeitar. O único “poder” do Judiciário é o de verificar, nos casos concretos, a adequação de condutas particulares à lei. Assim, ele mantém o sistema (geral) pela regulação dos casos concretos (particular). Em outras palavras, o sistema não é imposto pela jurisdição; ela é imposta por ele, com a finalidade de mantê-lo, regulando, de forma *sui generis*, o geral pelo particular. Portanto, o sistema se sustenta de baixo para cima e não ao contrário, afinal juízes não legislam, mas apenas cumprem normas. Assim, a impotência dos outros poderes não autoriza a prepotência do Judiciário.

A iniciativa da ação penal cabe ao Ministério Público e não aos juízes; para preservar a impessoalidade, bem como por ela, não deve haver promotores de acusação, mas de justiça. Esse sistema de freios e contrapesos garante a democracia, sem conluios entre investigadores, acusadores e julgadores, sob pena destes últimos subverterem o seu papel de absoluta imparcialidade. Não há nada mais democrático e republicano que o direito de ser julgado sem saber antecipadamente qual será o veredicto; isto é, de não ser julgado nem pelo inimigo, nem pelo amigo. Por isso, para o verdadeiro juiz o réu não tem nome; cabe-lhe julgar o fato e não a pessoa. Não à toa Themis representa a justiça com os olhos vendados.

Outra dificuldade insuperável é que o direito não é propriamente uma ciência, mas uma disciplina. Enquanto a ciência parte de relações implacáveis de causa e efeito, impostas pelas leis naturais (ordenadoras), o direito, ao contrário, tenta impor leis artificiais às relações humanas (caóticas). Enquanto no laboratório os resultados se repetem mediante as mesmas condições iniciais,

no direito cada caso é um caso. No entanto, embora a legalidade estrita nem sempre seja a solução infalível imaginada pelo racionalismo positivista, ela sempre deve ser aplicada, pois qualquer outra solução não será pela legalidade.

Enquanto certezas científicas emergem de métodos convencionados, e não do poder público, as verdades jurídicas o são pela imposição dele, pela lei, cuja literalidade, como premissa hermenêutica primeira, não deixa espaço à criatividade na jurisdição. Para os juízes a única verdade é aquela que emerge do processo legal. As orientações pragmáticas não podem suplantar as normas, pois nenhuma possibilidade eventual de dano individual justifica o dano maior que ocorre pelo abandono do paradigma legal, favorecendo a insegurança jurídica. Não se admite nenhuma hermenêutica oportunista ou de conveniência.

O lugar dos juízes não é nas trincheiras, mas disciplinando o que se passa nelas. O guerreiro faz o que tem que ser feito nas situações concretas de cada batalha, pela lei da sobrevivência. O juiz faz o que deve ser feito, conforme as condições gerais (leis da guerra), para garantir que os guerreiros não se transformem em assassinos.

A justiça exige rigor, mas isso é totalmente diferente do excesso de rigor, pois nenhum excesso é justo. Agindo por si e à margem do sistema que considera inapropriado, o juiz ativista se iguala ao marginal, que faz o mesmo, buscando alternativas mais vantajosas fora daquelas dadas a todos pela lei. O poder do Judiciário é dado pela Constituição, somente para assegurar a eficácia dela mesma. Indo além, pelo ativismo judicial, o Estado abusa e se transforma naquilo que deveria combater. A diferença entre um justiceiro e um juiz é a obrigação de ser justo, até mesmo com quem não merece. No senso jurídico todos são iguais, inclusive os julgadores. O pior juiz é aquele que se julga o melhor. O juiz que reduz o réu à condição de vítima se rebaixa à posição de carrasco, enquanto o eleva à de mártir.

Recentemente, Raul Zaffaroni declarou o seguinte: “Por que surgem juízes justiceiros e midiáticos? – Pode ser uma patologia.

Não são loucos, mas neuróticos. São atraídos pela possibilidade de fama, de entrar para a política, fazer discursos” (*ConJur* – 1º/nov./2015). Quando juízes agem assim, arruinam a independência e a autonomia, transformando a toga, que representa ambas, num covarde disfarce. A toga não foi feita para atemorizar ninguém, mas para distinguir aqueles que não temem ninguém. A função dela é despersonalizar quem a usa. Quem a veste o faz para despir-se da personalidade. Para os magistrados, a parcialidade, a vaidade e a covardia também são formas de corrupção. O juiz que condena para ser absolvido pela mídia está traíndo o ideal romano (fonte do nosso direito) que diz que a justiça deve ser feita mesmo que os céus caiam. “Hoje em dia é preciso mais coragem para absolver um inocente do que para tirar a liberdade de alguém” (ministro Sebastião Reis, Superior Tribunal de Justiça).

Atualmente, os juízes que respeitam a isonomia e não perseguem acusados de “colarinho branco” com interpretações extensivas em seu desfavor são atacados pela mídia, como se fossem cúmplices. É preciso resistir à tentativa de subversão do sistema pela novel política criminal discriminatória, que idolatra benefícios a criminosos violentos, enquanto pretende enforcar sumariamente outros, pelas gravatas, como se isto fosse democrático. Todos são igualmente criminosos, nenhum é mais nem menos que os outros. A lei processual é a mesma para todos.

Quando uma nação é fraca, as instituições servem para transferir a responsabilidade de todos para ninguém, e os contribuintes sentem-se lesados e legitimados a sublimar a impotência pela reconfortante vingança de cada um. Essa vendeta difusa move uma perversa inversão de valores, em que se deixa de construir cadeias para os criminosos que usam armas, enquanto todos sonham com masmorras terríveis para aqueles que usam ternos.

Quem comemora a truculência e o sofrimento dos prisioneiros não contribui para o resgate do respeito e dignidade coletivos, pois esquece de ser digno e respeitoso com quem merece uma punição justa. Injuriar é crime e quem ofende se iguala ao criminoso; cai

em contradição, desrespeitando a mesma lei que espera ver cumprida, o que também é uma forma de corrupção.

Têm sido tolerados abusos contra criminosos de colarinho branco a bem da suposta fragilidade das leis. Assim, muitos conseguem seus quinze minutos de fama e distraem a sociedade cega, que se consola com a ilusão de que a justiça está prevalecendo, mas a justiça na democracia é a igualdade de tratamento legal, tanto às vítimas quanto aos criminosos.

Juízes que jogam para a plateia estão errados, pois não podem jogar, assim como o árbitro não pode ir além do apito. Magistrados lúcidos julgam pelos processos e não pelos jornais. Toda cognição sumária é precária e provisória, só há justiça quando ela é dita pelo direito. Só há disciplina pela disciplina. Por tal razão, a principal virtude dos sábios e dos juízes é a serenidade.

Quando uma nação é fraca, as instituições servem para transferir a responsabilidade de todos para ninguém

Aqueles que apregoam o direito penal do caso concreto ignoram os limites da subjetividade na lei penal, em cuja hermenêutica a discricionariedade *in malam partem* é proibida, portanto nula. O pragmatismo só cabe na escolha dentre as alternativas *legais* ao caso concreto, em que o juiz pode eleger a de maior efetividade prática, não lhe cabendo inovar em matéria penal. Ele pode optar por uma entre as soluções previstas na lei, não lhe sendo conferido o poder de conceber outras novas, sob pena de abusar.

A origem do termo “pragmatismo” é grega (*prassein*) no sentido de fazer, agir ou realizar, portanto significando ação. Contudo, quando o cidadão busca a ação do Estado no litígio, embora ela se materialize pela mão do juiz, é pensada pela “cabeça” do Estado (pelo legislador). Na questão penal, as novas demandas não são reguladas diretamente pelos juízes. Elas devem, todavia, motivar os legisladores, para que, pelos meios democráticos, as supram de normatização.

Mesmo que se argumente que o clamor social, ou da mídia, legitima excessos pragmatistas, tolerá-los seria a banalização da barbárie, na qual todos entregariam seus tacapes ao Estado, para que ele os use contra as *personas* socialmente *non gratas*, esquecendo que ele só pode considerá-las assim se o fizer juridicamente, e não moralmente (pelo senso comum), pois aí não seria mais estado de direito.

O Estado não deve ser policial nem judicial. O processo é garantia do cidadão para assegurar a justiça, seja ele vítima ou réu. O pragmatismo penal é a busca das ilusões mais convenientes a bem de uma efetividade marginal e retributiva, em que a vingança é um mecanismo de alívio da frustração coletiva. O pragmatismo é sedutor porque os acusadores sugerem um bem maior, que se coloca acima das garantias fundamentais dos acusados, cuja punição alimenta a sensação de que os fracos estão vencendo os fortes, e como sempre há mais daqueles que destes, o pragmatismo penal soa democrático aos menos lúcidos, que são a maioria e comemoram cegamente a morte da certeza pelo nascimento da falsa esperança, construída por crenças e opiniões superficiais e volúveis. É o triunfo da imaginação e da fantasia paranoica, na qual a recompensa sonhada é um mundo ideal mais justo, em prejuízo da verdade (que realmente não é para os fracos).

Esta contradição no pensamento (consciência dissociada) é um mecanismo da crença generalizada de que os inimigos públicos, assim postos pela mídia, devem ser condenados sumariamente. É efeito da dissonância cognitiva coletiva que se instalou, análoga à distopia imaginada no livro *1984*, de George Orwell (1949), mais atual do que nunca. O autor cunhou o termo “*duplicipensar*”, como “*a capacidade de guardar simultaneamente na cabeça duas crenças contraditórias, e aceitá-las ambas. (...) Saber e não saber, ter consciência de completa veracidade ao exprimir mentiras cuidadosamente arquitetadas, defender simultaneamente duas opiniões opostas, sabendo-as contraditórias e ainda assim acreditando em ambas; usar a lógica contra a lógica, repudiar a moralidade em nome da moralidade.*”

Assim a massa é movida pelas ilusões convenientes àqueles que a manipulam e vivem dos seus enganos. Não à toa, cada povo tem o governo que merece, pois votou nele. É pela aprovação popular daqueles que não conhecem todas as opções que se legitimam as ilusões, inclusive a do ativismo judicial, que na verdade é político, ideológico, e não pode ser instrumento de protesto de um povo que se orgulha do jeitinho brasileiro, onde toda regra é a exceção da exceção. A culpa por um governo ruim é de um povo pior ainda. Os eleitos são o espelho da “esperteza” de quem os elegeu; na verdade, sem perceber, o povo se revolta contra si mesmo. Todos pregam o garantismo em favor dos réus comuns e anônimos, enquanto o repudiam em favor dos famosos. O mais cruel dessa contradição é o culto cego à desigualdade, feito por aqueles que lutam para serem iguais.

Movida pelo inconsciente coletivo, a massa sublima o recalcado pela incapacidade própria de decisão, atacando quem tem o poder de decidir, que foi delegado pelo próprio povo, enfraquecendo, assim, as instituições que existem para ele mesmo, como o Poder Judiciário. Por isso, os juízes nunca falam como cidadãos, mas como juízes. Por isso, o local de protestar é nas urnas e não nos tribunais. A internet permite linchamentos em que qualquer um atira a primeira pedra, até anonimamente, em redes sociais e sites “jornalísticos” duvidosos, mas a hermenêutica jurídica tem sutilezas que o povo sequer imagina que existam, enquanto os jornalistas as ignoram a bem do sensacionalismo que vende jornais. Há dificuldades históricas tão sérias e complexas que nunca tiveram e jamais terão solução. O direito penal é milenar e será eterno, ou seja, ninguém mais descobrirá a roda e sempre haverá crises morais. E ainda pior que essa dinâmica natural é o falso moralismo totalitário, baseado nas críticas imorais daqueles que sequer têm noção da dificuldade e vivem numa tolice que só uma ingenuidade invejável proporciona.

Em nenhum momento da história humana as turbas enfiadas foram instrumento de justiça. Muitos esquecem que investigados também são cidadãos e têm as prerrogativas de todos.

Processos e penas são institutos civilizatórios: a pena é uma medida de ressocialização e não há mais pelourinhos nas praças. A pressa histórica de ver suspeitos na força é um mecanismo de defesa, uma ilusão confortável que sustenta a ideia tola de que a solução dos problemas antigos pode ser imediata; como se a cada escândalo, aniquilar sumariamente os acusados fosse a solução mágica que todos sonham.

As redes sociais dão voz a qualquer voz, e assim a maioria medíocre sempre fala mais alto, como se o fundamento da razão fosse a quantidade de palavras e não a qualidade. Nessa busca insana por milagres, típica dos povos subdesenvolvidos, qualquer um, até mesmo um promotor ou um juiz, pode ser o salvador esperado, custe o que custar, mesmo que seja a credibilidade do poder público. No entanto, ninguém ganha nada com a desmoralização do Estado, pois ele não se sustenta sem soberania. A democracia não é o mando de todos, mas a escolha e legitimação de quem manda, para que o Estado sempre seja o mais forte. Quando o Estado é enfraquecido, só resta ao povo, inferiorizado, festejar a má sorte de alguns pela violência do próprio Estado (que representa a força de todos), o que permite aos fracos e covardes sentirem que, de alguma forma, participam da execução dos vilões fortes e malditos. Não se trata de uma postura elitista, mas do reconhecimento de que, no processo democrático, cada um é elite a seu tempo. Quando os eleitos são investidos no poder passam a ser a elite que manda, por isso têm *mandato*.

Triste tempo em que só resta ao povo a ilusão de que, de alguma forma, mesmo abusando, o Estado mostra força em favor do povo, quando, na verdade, o faz por si mesmo, enquanto o Judiciário ingênuo cava a própria sepultura sob o pretexto de reescrever a história apagando as leis. É por isso que depois de 50 anos a lei de abuso de autoridade está sendo reescrita pelos réus, com o excesso de tinta das canetas dos promotores e juízes ativistas, que agora temem ser julgados por outros iguais. Foi a atitude de setores do Ministério Público e do Judiciário que deu fundamento aos réus para os amordaçarem, pois não se pode passar

nada a limpo sem jogar limpo. O direito é o respeito às regras do jogo, independente do resultado. É isso que está escrito nos códigos de processo. É isso que temos que fazer valer, porque “a pior ditadura é a do Judiciário. Contra ela não há a quem recorrer”, como disse Rui Barbosa.

Justiça significa rigor com respeito. Portanto, a sociedade civilizada que a exige deve se comportar como tal. A lei só é a lei porque tem limites. Não existe lei fora da lei. Não podemos perseguir o infrator além dela, ou estaremos fazendo o mesmo que ele, ou, pior, escolhendo um mundo sem lei em nome da lei. A busca por uma solução fácil, seja qual for, é um pragmatismo suicida pela opção da verdade mais confortável. Por essa razão o juiz não decide como decidiria um leigo influenciado pela mídia. O magistrado deve ser um sábio que vê tudo com outros olhos, mas não com os olhos dos outros.

Aqueles que apregoam o direito penal do caso concreto ignoram os limites da subjetividade na lei penal

Nenhuma condenação é motivo de comemoração. Nenhuma prisão significa a reparação. Significa, sim, que resta mais um malfeito, mais um dano irreparável, mais uma vítima esquecida. Prisão não se festeja, mas se lamenta. A tolerância à selvageria oficial não é a solução e só realimenta o que se pretende combater, pois admitir o combate à corrupção privada através da corrupção pública é o único remédio pior que a doença. Como dito, não se pode passar um país a limpo sem jogar limpo, sob pena de ter-se a obra pior que o rascunho. Não se pode cumprir a lei rasgando-a.

Quem força a mão perde a razão. O caminho do equilíbrio não pode ser o do excesso; assim, todo magistrado deve ter a habilidade de mostrar, com suavidade, a dureza de uma pedra. A sabedoria consiste em saber levar conosco os bons exemplos de muitos, mas, principalmente, em aprender com os maus de poucos, para não correr o risco de imitá-los. É isso que faz a humilda-

de da maioria superar a prepotência da minoria. É isso que faz da esperança a única ilusão que vale a pena.

Nota

1. Márcio Tokars. Juiz de Direito Substituto em 2º Grau.

Trânsito em julgado progressivo: o entendimento das cortes supremas e a questão no CPC/15

Clayton Maranhão¹

Professor adjunto de Direito Processual Civil na UFPR. Desembargador do TJPR

Rogério Rudiniki Neto²

Mestre em Direito Processual Civil pela UFPR. Promotor de Justiça no MPPR

Resumo: O trabalho investiga a questão do marco inicial da contagem do prazo decadencial para o ajuizamento de ações rescisórias contra sentenças que possuem capítulos autônomos, diferenciando-se da hipótese em que há capítulos dependentes. São estudados os entendimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como as disposições pertinentes do CPC/15.

1. Considerações introdutórias

ESTE TRABALHO BUSCA ABORDAR À LUZ do ordenamento jurídico vigente o tema do marco inicial da contagem do prazo decadencial para o ajuizamento de ações rescisórias contra sentenças que possuem capítulos autônomos (prazo de dois anos segundo o art. 975 do CPC/15; cento e vinte dias conforme o art. 22, I, *j*, do Código Eleitoral³ e oito anos na situação do art. 8º-C da Lei 6.739/79⁴), diferenciando-se da hipótese em que há capítulos dependentes.

Neste expediente serão evitadas grandes construções teóricas, muitas vezes desprovidas de qualquer aplicabilidade prática. Em

verdade, este estudo almeja apresentar soluções para problemas práticos vivenciados no dia a dia do operador do direito. Nossa análise centra-se na investigação da (in)compatibilidade entre a Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça (“O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”) com o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da questão e os dispositivos pertinentes do CPC/15.

De início, passamos a dissertar sobre a “teoria dos capítulos da sentença”.

2. Teoria dos “capítulos da sentença”

Na célebre lição de Cândido Rangel Dinamarco, cada capítulo corresponde a uma unidade autônoma do decisório da sentença, ou seja, cada capítulo veicula uma deliberação específica, diferente das demais constantes naquela sentença⁵.

A teoria dos capítulos foi expressamente adotada pelo CPC/15. Basta ver a redação dos arts. 966, § 3º; 1.009, § 3º; 1.013, §§ 1º e 5º, e 1.034, parágrafo único.

Primeiramente, é possível diferenciar os capítulos processuais (que veiculam questões preliminares) dos capítulos de mérito. Estes são bipartidos em: (i) capítulos de mérito propriamente ditos e (ii) capítulos relativos às questões prejudiciais à apreciação do mérito propriamente dito, que abarcam essencialmente a prescrição e a decadência.

Fala-se, outrossim, nos capítulos relativos às verbas de sucumbência. São capítulos de natureza absolutamente acessória. Por exemplo, a subsistência do capítulo relativo aos honorários advocatícios depende da manutenção do capítulo relativo à condenação (mérito)⁶.

Quanto aos capítulos de mérito, a investigação da autonomia ou dependência destes deve ser feita com base em considerações acerca das modalidades de cumulação de pedidos⁷. Em relação à questão

do termo inicial do prazo decadencial para o manejo da rescisória, interessam especialmente as cumulações simples e sucessiva de pedidos.

A cumulação simples tem como fundamento o art. 327 do CPC/15. Tal espécie de cumulação, observadas as limitações legais, permite que o autor mova em face do réu dois ou mais pedidos que poderiam ter sido veiculados em demandas autônomas. Como exemplo de cumulação simples de pedidos, Araken de Assis menciona a cobrança, em um mesmo processo, de dívidas decorrentes de contratos de mútuo diversos⁸. Esses pedidos são absolutamente autônomos e independentes, a sorte de um não condiciona a do outro. Logo, neste caso, se a parte manejar recurso contra apenas um dos capítulos da decisão relativos aos pedidos cumulados de forma simples, isso jamais repercutirá na parte da sentença atinente ao capítulo não questionado.

Já na cumulação sucessiva, a apreciação do pedido dependente está condicionada à eventual procedência do pedido principal. Como exemplo de cumulação sucessiva de pedidos, cita-se a ação de reintegração de posse cumulada com ação demolitória⁹. Aqui, caso o pedido prejudicial seja julgado improcedente, estará automaticamente obstada a análise pelo juiz do capítulo prejudicado. Caso ambos os pedidos sejam julgados procedentes, eventual recurso movido apenas contra o capítulo dependente não têm o condão de influir na situação do capítulo relativo ao pedido principal. Todavia, na hipótese inversa, em que o recurso é intentado tão somente contra o capítulo principal, o eventual sucesso desse meio de impugnação, com a reforma do capítulo hostilizado, por consequência lógica, implicará a desconstituição do capítulo relativo ao pedido subordinado.

Em relação à questão do termo inicial do prazo decadencial para o manejo da rescisória, interessam especialmente as cumulações simples e sucessiva de pedidos

Superado esse assunto, cumpre afastar um equívoco de certa forma comum na prática, qual seja, a associação da Súmula 514 do Supremo Tribunal Federal com a temática do momento do trânsito em julgado da sentença que possui capítulos autônomos.

3. A Súmula 514 do STF

A Súmula 514 do Supremo Tribunal Federal está vazada nos seguintes termos: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos”. Em uma análise mais açada, haveria incompatibilidade entre tal enunciado e a Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça (“O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”). Todavia, uma investigação mais detida afasta tal conclusão errônea.

Ora, para que seja obtida uma “interpretação autêntica” da Súmula 514 do STF é preciso perscrutar acerca das questões debatidas nos precedentes que a originaram.

A Súmula 514 foi aprovada na sessão plenária de 03 de dezembro de 1969. Seus precedentes são os seguintes: AR 172¹⁰ (DJ de 25/10/1968) e RE 636¹¹ (DJ 29/12/1949).

Em tais precedentes o STF – que, à época, também era o guardião da interpretação da legislação infraconstitucional – interpretou dispositivos do CPC/39. Na oportunidade, não foram feitas considerações de ordem constitucional, nem mesmo à luz da constituição vigente à época.

Em primeiro lugar, da leitura dos acórdãos (AR 172 e RE 6.364) nota-se que o STF em momento algum adentrou na discussão acerca da possibilidade de trânsito em julgado parcial (mediante a aplicação da “teoria dos capítulos da sentença”). A discussão era outra: questionava-se se, para que a parte pudesse ajuizar ação rescisória, haveria – ou não – o requisito da utilização de todos os recursos cabíveis no processo de conhecimento. Por exemplo, advogava-se

a tese de que, caso a parte não tivesse interposto recurso extraordinário do acórdão do tribunal de justiça, não seria cabível a ação rescisória (que teria como requisito o “esgotamento dos recursos no processo originário”). É algo parecido com o que ocorre hoje em relação aos recursos extraordinário e especial.

Conforme consta do dispositivo do RE 6364, “o julgamento da ação rescisória independe da consideração da ausência do uso de todos os recursos, contra a decisão rescindenda na justiça local”.

Segundo este trecho do voto do ministro Hahnemann Guimarães, “sentença passada em julgado não é a impugnada por todos os recursos possíveis, mas a sentença que não admite mais impugnação, a sentença irreformável, irrevogável, a que *proveritate habetur*”. Ou seja, como sintetizam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha a respeito da Súmula 514 do STF, para que a ação rescisória possa ser manejada, pouco importa se antes da ocorrência do trânsito em julgado a parte interessada manejou, ou não, todos os recursos cabíveis¹².

Ato contínuo, passamos a estudar a Súmula 401 do STJ.

4. As duas faces da Súmula 401 do STJ (um mesmo texto pode gerar duas ou mais normas)

Diante de sua central importância neste estudo, transcrevemos novamente a redação da Súmula 401 do STJ: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.”

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que os precedentes que motivaram a edição dessa súmula tratavam de duas questões diversas, o que faz com que esse enunciado tenha dupla aplicabilidade. Como destaca Flávio Chiem Jorge, aquela corte buscou tratar dos seguintes temas: (i) a natureza do juízo de (in)admissibilidade recursal; (ii) o marco inicial do prazo decadencial para manejo da ação rescisória contra sentença que possui capítulos autônomos¹³.

Destaque-se ser plenamente possível que um mesmo “texto” (no caso, a súmula) possibilite a criação de duas ou mais “normas” (texto interpretado)¹⁴.

Quanto à primeira situação, outrora defendia-se a tese de que recursos não admitidos não teriam o condão de exarar efeitos, isto é, não seriam capazes de influir (atrasar) o início do prazo para o ajuizamento de ações rescisórias. Por exemplo, interposto um re-

Na cumulação
sucessiva, a
apreciação
do pedido
dependente está
condicionada
à eventual
procedência do
pedido principal

curso inadmissível, caso o tribunal competente demorasse três anos para realizar o juízo de admissibilidade negativo, já teria transcorrido o prazo de dois anos para o manejo da rescisória. A vulneração à segurança jurídica era ululante¹⁵.

Diante dessa indesejável situação, o STJ procurou com a Súmula 401 fixar a tese de que o recurso, mesmo que não ultrapasse o juízo de admissibilidade, é idôneo a adiar o termo *a quo* do ajuizamento da demanda rescisória. Este entendimento foi recentemente reafirmado por aquela corte no bojo no AgRg no REsp 1.526.235/SE¹⁶, em que consta a seguinte tese: “o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória se inicia apenas quando não for mais cabível recurso do último pronunciamento judicial, ainda que esse negue seguimento a ele por ausência de algum de seus requisitos formais. Incidência da Súmula 401 do STJ.”

Frise-se que o entendimento supracitado é relativizado apenas em hipóteses excepcionais, como nos casos de recursos intempestivos ou manifestamente protelatórios. Conforme se observa do AgRg na AR 4.270/DF¹⁷, “a interposição de recurso intempestivo não impede a ocorrência do trânsito em julgado, que se sucede quando preclusa a decisão que se busca rescindir; posterior julgado não conhecendo recurso extemporâneo apenas reconhece fato decorrido”. De certa forma, essa inteligência foi adotada pelo STF no AgR-AgR-AgR-ED-ED-EDv-AgR no AI 654.291^{18,19} – tal precedente será dissecado em momento posterior deste trabalho.

Destarte, a outra aplicação da Súmula 401 do STJ tem maior relevância neste estudo. Conforme tal orientação, o trânsito em julgado da sentença é uno, ocorre em apenas uma oportunidade, não pode ser cindido mesmo que tenha sido dirigido recurso apenas contra um dos capítulos autônomos que compõem o decisório. Este entendimento foi reiterado em 2014 pela Corte Especial daquele tribunal quando do julgamento do REsp 736.650/MT²⁰, em que consta a seguinte passagem:

2. O prazo decadencial de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, que se aperfeiçoa com o exaurimento dos recursos cabíveis ou com o transcurso do prazo recursal, a teor do que dispõe a Súmula n. 401/STJ: 'o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial'. 3. É incabível o trânsito em julgado de capítulos da sentença ou do acórdão em momentos distintos, a fim de evitar tumulto processual decorrente de inúmeras coisas julgadas em um mesmo feito.

Para exemplificar a aplicabilidade da supracitada orientação, é possível cogitar que, em função de certo evento, X tenha ocasionado a Y prejuízos de ordem material e moral. Supondo que X, utilizando-se da técnica da cumulação simples de pedidos, mova em face de Y ação buscando indenização a título de danos materiais e morais, caso ambos os pedidos cumulados sejam julgados procedentes, e Y interponha recurso de apelação apenas contra o capítulo atinente aos danos materiais, isso não significa que o capítulo relativo aos danos morais – em que pese irrecorrido – irá transitar em julgado neste momento; tal só ocorrerá, na visão do STJ, quando estiver preclusa a última decisão referente aos danos morais. Repita-se, o trânsito em julgado da sentença é uno.

Como visto, a adoção do trânsito em julgado único almeja evitar a ocorrência de tumulto processual, especialmente em autos

físicos. A formação de coisas julgadas em inúmeros momentos distintos dificulta o trabalho do magistrado responsável e dos advogados que atuam no feito.

5. O entendimento do STF sobre o trânsito em julgado progressivo

O Supremo Tribunal Federal, agora com competência restrita ao resguardo da Constituição Federal, voltou a enfrentar o tema do marco inicial do prazo decadencial para o ajuizamento de ação rescisória contra sentença/acórdão com capítulos distintos em questão de ordem suscitada na AP 470/MG (vulgo “mensalão”)²¹.

Na ocasião, admitiu-se o cabimento dos embargos infringentes previstos no RISTF – que possibilitam novo julgamento em caso de condenação não unânime. Ocorre que alguns dos réus haviam sido condenados por mais de um crime, com condenação unânime em relação a um deles, e, por maioria, quanto ao outro – por exemplo: X foi condenado em votação unânime por corrupção passiva e por maioria por lavagem de dinheiro. Neste caso, os embargos infringentes seriam cabíveis apenas em relação ao delito de lavagem de capitais, mas, como, à época, prevalecia o entendimento de que ninguém poderia ser preso antes do trânsito em julgado, questionou-se: X já pode começar a cumprir a pena da condenação por corrupção passiva? O STF, de forma inteligente, invocou a “teoria dos capítulos” da sentença para fundamentar o entendimento de que, como cada crime é um capítulo autônomo da sentença, aqueles que não foram objeto de embargos infringentes transitaram em julgado, admitindo o cumprimento imediato da reprimenda.

Logo em seguida, o supracitado entendimento foi transportado pela 1ª Turma daquela corte para o âmbito do processo civil; isso ocorreu no RE 666.589/DF²². Reformando acórdão do STJ, o STF assentou a tese de que “o prazo para formalização da rescisória, em homenagem à natureza fundamental da coisa julgada, só pode

iniciar-se de modo independente, relativo a cada decisão autônoma, a partir da preclusão maior progressiva”. Rememorou-se, ademais, o conteúdo da Súmula 354 – tirada sob a égide do CPC/73 –, segundo a qual, em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão em que não houve divergência na votação.

Dentre outros, este já era o posicionamento de Athos Gusmão Carneiro. Conforme suas palavras, referindo-se ao tema do recurso parcial, “o pressuposto é o de que o *pedido* da parte, e portanto a resposta contida na sentença (ou no acórdão), contenha *capítulos autônomos, destacáveis*, suscetíveis destarte de diferentes prestações jurisdicionais. Como decorrência lógica, a *coisa julgada* poderá formar-se em determinado momento para um dos capítulos da *res in iudicium*, em momento diferente para outro capítulo. Assim *não haverá unidade de dies a quo para o biênio do ajuizamento da eventual demanda rescisória*”²³.

Transportemos essa inteligência para um exemplo já versado neste trabalho, caso no qual em função de certo evento X tenha ocasionado a Y prejuízos de ordem material e moral. Supondo que X, utilizando-se da técnica da cumulação simples de pedidos, mova em face de Y ação buscando indenização a título de danos materiais e morais; caso ambos os pedidos cumulados sejam julgados procedentes, e Y interponha recurso de apelação apenas contra o capítulo atinente aos danos materiais, o capítulo relativo aos danos morais terá transitado em julgado, tendo início o prazo para o manejo da respectiva ação rescisória, sendo, outrossim, viabilizada sua execução definitiva.

Destarte, no final de 2015, tal orientação foi confirmada pelo plenário do STF no AgR-AgR-AgR-ED-ED-EDv-AgR no AI 654.291. Conforme constou da ementa: “Decadência – Ação rescisória – Biênio – Termo inicial. O termo inicial de prazo de decadência para propositura de ação rescisória coincide com o da data do trânsito em julgado do título rescindendo”. Ademais, consta do voto do ministro relator: “o prazo para formalização da rescisória, em homenagem à natureza fundamental da coisa julgada, só pode iniciar-se de modo independente, relativo a cada decisão autônoma, a partir da preclusão maior progressiva.”²⁴

A coisa julgada é um instituto que tem fundamento constitucional (segundo o art. 5º, XXXVI, da CF: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”). Nada obstante, tal instituto pode ser modelado e modulado pelo legislador infraconstitucional²⁵ (v.g. a previsão no CPC/15 da coisa julgada em relação à questão prejudicial). Logo, poder-se-ia questionar se o STF, de fato, teria competência para definir o marco inicial do prazo para ação rescisória contra sentença com capítulos distintos, uma vez que tal tema, como a maioria das questões processuais civis, estaria sob a alçada do STJ. Contudo, como o STF reconheceu sua jurisdição em relação ao assunto (*Kompetenz Kompetenz*), o posicionamento daquela corte deverá ser observado.

Ademais, nos termos do art. 927, V, do CPC/15, aquilo que foi decidido no AgR-AgR-AgR-ED-ED-EDv-AgR no AI 654.291 tem força vinculante, uma vez que se trata de orientação do plenário do STF, razão pela qual o precedente deverá ser observado pelos demais órgãos do Poder Judiciário, para que seja mantida a coerência do sistema.

Além disso, ainda que alguns possam entender dessa forma, a posição firmada pelo STF não fez com que a Súmula 401 do STJ fosse, de imediato, superada. Apenas uma das duas aplicações possíveis daquele enunciado sumular deve ser afastada. Ainda é plenamente possível aplicar a Súmula 401 em relação à natureza do juízo de inadmissibilidade recursal. Ou seja, o operador do direito, ao manejar esta súmula, deve fazer uso da técnica da “declaração de nulidade sem redução do texto”, extirpando aquela interpretação que não é compatível com a Constituição Federal.

6. A questão no CPC/15 (uma norma pode surgir da combinação de dois ou mais textos)

A entrada em vigor do CPC/15 trouxe novos temperos à discussão. O novo código de certa forma repetiu a dicção da Súmula 401 do STJ, ao dispor em seu art. 975, *caput*, que “o direito à rescisão se

extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”. Em outras palavras, em relação ao multicitado enunciado sumular, substituiu-se a expressão “quando não for cabível qualquer recurso” por “trânsito em julgado” e, ao invés de “último pronunciamento judicial”, optou-se por “última decisão proferida no processo”.

Em razão desse quadro, há importantes vozes na doutrina defendendo que ainda permanece válida a interpretação da Súmula 401 do STJ no sentido de que o trânsito em julgado da sentença sempre seria uno, sendo que este desiderato teria inspirado a redação do art. 975, *caput*, do CPC/15²⁶.

Todavia, não há de se concordar com esse entendimento. Em primeiro lugar, porque contraria a posição do STF reiterada por seu órgão plenário quando o CPC/15 já se encontrava em *vacatio legis* (lembre-se que a coisa julgada é um instituto processual cuja fonte normativa imediata é a própria Constituição Federal). Tal inteligência também é contraditória com outras novidades introduzidas pela nova codificação processual, especialmente a admissão do “julgamento antecipado parcial de mérito”. Trata-se da consagração da teoria dos capítulos da sentença no âmbito do direito positivo.

Ademais, o art. 356, § 3º, prevê que, transitada em julgado a decisão que julgou antecipadamente um dos pedidos, a execução será definitiva. Isto é, mesmo que prossiga a discussão em relação aos demais pedidos cumulados, operada a preclusão da decisão que julgou antecipadamente parte da lide, estará formada a coisa julgada neste tocante e, como consequência lógica, terá iniciado o prazo decadencial para o manejo de eventual ação rescisória visando à desconstituição daquele capítulo.

Logo, em observância ao entendimento do STF acerca do trânsito em julgado parcial, bem como à novel sistemática do julgamento

O prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo

antecipado parcial, estes coadunam-se com a posição defendida por Ravi Peixoto, para quem a “última decisão proferida no processo” a que se refere o art. 975, *caput*, é “a última decisão proferida em cada capítulo que não possua qualquer relação de dependência com outro”²⁷.

Essa conclusão pode ser obtida tendo como ponto de partida a lição de Ricardo Guastini, segundo o qual uma norma pode surgir da combinação de duas ou mais disposições legais diversas²⁸. Nestes termos, é possível interpretar o art. 975, *caput*, do CPC/15 conjuntamente com o art. 996, § 3º, do mesmo diploma. É dizer, como é expresso que a ação rescisória pode atacar apenas um capítulo da sentença (art. 996, § 3º), a última decisão a que se refere o art. 975, *caput*, por evidente, é a última decisão proferida em relação ao capítulo rescindendo.

Além disso, como visto, o texto da Súmula 401 do STJ admitia a criação de duas normas diversas. Uma delas, que carregava o entendimento de que o trânsito em julgado sempre seria uno, deve ser afastada por ser incompatível com a interpretação feita pelo STF acerca da projeção constitucional da coisa julgada. Nada obstante, a outra norma gerada pela súmula, segundo a qual – salvo em caso de intempestividade ou má-fé – o recurso não admitido tem o condão de influir na fixação do prazo da rescisória, ainda é válida. É plausível também que seja esta última interpretação a ser conferida ao art. 975, *caput*, do CPC/15, uma vez que tal dispositivo de certa forma repetiu a redação da Súmula 401.

Em síntese, sob pena de inconstitucionalidade, o art. 975, *caput*, deve ser interpretado “conforme a Constituição” (ou seja, conforme o entendimento do STF que admite que em alguns casos o trânsito em julgado dos diversos capítulos que integram a sentença poderá ocorrer em etapas diversas). Busca-se, assim, manter a vigência e integridade redacional do texto legal, inclusive em deferência à atividade do Poder Legislativo.

7. O problema da coisa julgada da questão prejudicial

O magistrado, ao decidir uma lide, muitas vezes não aprecia apenas a questão principal deduzida, mas, como explica Artur César de Sousa, depara-se “com questões que digam respeito a outros estados ou relações jurídicas, que poderiam ser, por si mesmas, objeto de processo autônomo e independente. Estas questões são denominadas prejudiciais”²⁹.

Na sistemática do CPC/73, para que a resolução da questão prejudicial pudesse ser acobertada pelo manto da coisa julgada, era necessário o manejo de uma ação declaratória incidental. O exemplo clássico de questão prejudicial citado pela doutrina é o da paternidade controversa, decidida incidentalmente no âmbito de uma ação de alimentos. O fato de a resolução desta questão prejudicial (ressalvada a hipótese da ação declaratória incidental) não transitar em julgado é alvo das ácidas críticas cunhadas por Luiz Guilherme Marinoni, para quem “é absurdo permitir que as partes voltem a discutir a questão da paternidade, já resolvida na ação de alimentos, apenas porque um dia alguém afirmou em sede doutrinária que a coisa julgada recai apenas sobre o objeto do processo ou sobre o pedido do autor”³⁰.

Ciente desses entraves, o legislador trouxe no art. 503, § 1º, do CPC/15 a possibilidade de que a coisa julgada se forme em relação à questão prejudicial expressamente decidida, conquanto esta seja relevante para a resolução do mérito, tenha havido contraditório prévio e efetivo e o juízo seja competente para julgá-la na condição de questão principal.

Retomando o tema central deste trabalho, cumpre ressaltar que, admitido o trânsito em julgado por capítulos, tem-se que a coisa julgada sobre a questão prejudicial pode gerar algumas dúvidas neste

Mesmo que prossiga a discussão em relação aos demais pedidos cumulados, operada a preclusão da decisão que julgou antecipadamente parte da lide, estará formada a coisa julgada neste tocante

tocante. Para exemplificar o problema, partiremos do escolar exemplo da paternidade decidida incidentalmente na ação de alimentos.

Suponha que a paternidade tenha sido reconhecida incidentalmente e o pedido de alimentos tenha sido julgado procedente. Com base nas relações existentes entre os capítulos da sentença, pode-se afirmar que o capítulo relativo à paternidade é prejudicial em relação ao dever de pagar os alimentos. Este não existe sem o reconhecimento da paternidade, sendo que o inverso não é verdadeiro.

Então, pode-se cogitar que o réu condenado apele apenas do capítulo relativo à questão incidental. Logo, o capítulo que veicula o dever de pagar os alimentos, ainda que não tenha sido alvo do recurso, não pode transitar em julgado neste momento, pois está sujeito à condição resolutiva – o capítulo prejudicado não pode transitar em julgado antes do prejudicial. Caso o capítulo prejudicial seja reformado pelo tribunal, não mais subsistirá o dever de prestar alimentos, sua revogação é automática.

Por outro lado, há outra situação possível, caso o réu condenado recorra apenas do capítulo prejudicado (dever de alimentar); aqui, o capítulo prejudicial, que deslindou a questão incidental, qual seja, a paternidade, transitará em julgado, iniciando-se o prazo para a respectiva ação rescisória. Ora, a questão da paternidade existe independentemente do dever alimentar, pois, ainda que o vínculo familiar tenha sido reconhecido, o réu pode se sair vencedor no capítulo principal caso, por exemplo, prove que seu filho é maior e possui economia própria.

Dando-se continuidade ao raciocínio, nesta última hipótese aventada, em que o capítulo relativo à questão prejudicial transitou em julgado em momento cronologicamente anterior ao da questão principal, caso seja ajuizada ação rescisória apenas contra a questão prejudicial incidental relativa à paternidade (hipótese em que, diga-se de passagem, possivelmente será aplicado o prazo de cinco anos do art. 975, § 2º, c/c, art. 966, VII, ambos do CPC/15, uma vez que o fundamento será a existência de prova nova, qual seja, o exame de DNA), eventual procedência da demanda não implicará, por si só, a rescisão do capítulo relativo ao capítulo prejudicado (dever de pagar

alimentos). Tal somente ocorrerá caso haja cumulação de pedidos neste sentido na ação rescisória; do contrário, a cognição no plano horizontal deve estar correlacionada e circunscrita à delimitação feita quando da formulação do pedido, qual seja, a rescisão da parte da sentença que decidiu a questão prejudicial (paternidade). Nesta hipotética situação, restará aberta apenas a via da ação de exoneração de alimentos.

Todo o raciocínio feito neste tópico, ainda que tenha sido elaborado com base no exemplo tradicional da ação de alimentos, é perfeitamente aplicável às demais hipóteses em que a coisa julgada incide sobre a resolução da questão prejudicial expressamente decidida.

8. Outras hipóteses relativas a capítulos dependentes

Como já percebido, nosso estudo parte da premissa de que o trânsito em julgado parcial aplica-se perfeitamente às hipóteses em que a sentença possui capítulos autônomos e independentes (o que se verifica, via de regra, nos casos de cumulação simples de pedidos).

Nas situações envolvendo a cumulação sucessiva de pedidos, em que há um capítulo prejudicial/principal e outro prejudicado/acessório (exemplo: pedido de resolução de contrato cumulado com indenização por perdas e danos), o capítulo principal pode transitar em julgado antes do acessório, mas o contrário jamais ocorrerá. O capítulo principal tem existência autônoma, mas o acessório não. Lembre-se que, como demonstrado, se ambos os pedidos cumulados sucessivamente tiverem sido julgados procedentes, eventual recurso dirigido apenas contra o capítulo prejudicial – se provido – implicará a automática reforma do capítulo prejudicado, mas a recíproca jamais será verdadeira.

Para além da cumulação sucessiva de pedidos, o quadro descrito é observado também em relação a outros capítulos da sentença que ostentam natureza essencialmente acessória, como o relativo

às verbas de sucumbência e aqueles que aplicam os consectários legais.

Em uma determinada ação indenizatória, o acórdão do tribunal manteve a sentença de procedência, o autor não manejou nenhum recurso, tendo o réu interposto recurso especial contra o capítulo principal (indenização), posteriormente desprovido. Ato contínuo, o autor da demanda originária intentou ação rescisória, sustentando que a forma de cálculo fixada pelo acórdão em relação aos juros de mora atinentes à indenização a ele devida teria violado manifestamente a norma jurídica aplicável ao caso. Ocorre que, entre a data em que o acórdão tornou-se precluso para o autor e data do ajuizamento da rescisória havia se passado mais de dois anos. Todavia, mesmo assim a ação rescisória poderá ser tempestiva; tal ocorrerá se entre a data do ajuizamento da ação rescisória e da data da preclusão da decisão do STJ que desproveu o recurso especial tentando contra o capítulo principal (que discutia o próprio dever de indenizar) ainda não se tenha verificado transcurso do prazo bienal. Ora, o capítulo que decidiu sobre os juros – capítulo acessório – somente transita em julgado quando for desprovido o último recuso que atacou o capítulo principal – indenização.

9. Conclusão

A Súmula 401 do STJ tratava de duas situações diversas: (i) natureza do juízo de inadmissibilidade recursal; (ii) impossibilidade do trânsito em julgado por capítulos.

Como visto, este enunciado deve passar por uma declaração de nulidade sem redução de texto, uma vez que uma de suas aplicações é incompatível com o entendimento recentemente reiterado pelo plenário do STF, que aceita a possibilidade de que capítulos autônomos e independentes transitem em julgado em marcos temporais distintos, isso na hipótese de recurso parcial.

Desenvolvendo o raciocínio, nas hipóteses em que há capítulos dependentes sujeitos ao trânsito em julgado, como se verifica nos

casos de cumulação sucessiva de pedidos, formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, verbas de sucumbência e consectários legais, deve-se observar que o capítulo principal pode transitar em julgado sozinho, antes da preclusão do capítulo dependente, sendo que o contrário não é possível – o capítulo acessório não existe descolado do principal.

Notas

1. Clayton Maranhão. Professor Adjunto de Direito Processual Civil na UFPR. Desembargador do TJPR.
2. Rogério Rudiniki Neto. Mestre em Direito Processual Civil pela UFPR. Promotor de Justiça no MPPR.
3. A celeridade é um valor buscado com intensidade pelo processo eleitoral. Indefinições acerca de quem ocupará os cargos eletivos geram toda ordem de insegurança para a sociedade e para a economia. Neste sentido, o art. 97-A da Lei 9.504/97 (“Lei das Eleições”) considera, interpretando de forma autêntica o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que a duração razoável de um processo que possa resultar na perda de um mandato eletivo é de no máximo um ano.
4. Acerca do peculiar prazo para ajuizamento de ação rescisória contra sentença relativa à transferência de terras públicas rurais, disserta Leonardo Carneio da Cunha: “Como se vê, o prazo para ajuizamento de ação rescisória de decisão transitada em julgado que trate de transferência de terras públicas é de 8 (oito) anos. A regra considera o grave problema da grilagem de terras públicas, situação reconhecidamente complicada no Brasil, desde o século XIX. (...). Há grave problema de grilagem de terras públicas no Brasil, sendo plenamente legítima a finalidade escolhida pelo legislador de salvaguardar os bens públicos, em atendimento ao princípio da adequação, a impor que o processo se ajuste às peculiaridades do direito invocado, com o alcance dos fins colimados pelo legislador”. (CUNHA, Leonardo Carneio da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 78-79).
5. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34-35.
6. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v.2, p. 532.
7. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.
8. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 250.

9. ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 251.
10. STF, Pleno, AR 172, rel. Min. Raphael de Barros Monteiro, Dj. 20/10/1968.
11. STF, 2a. T, RE 6.364, rel. Min. Waldemar Falcão, Dj. 29/12/1949.
12. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3. p. 441.
13. JORGE, Flávio Chiem. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 82 e ss.
14. A esse respeito: GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Millano: Giuffrè, 2011, p. 62.
15. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3, p. 132.
16. STJ, 3ª T, AgRg no REsp 1.526.235/SE, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 01/12/2015.
17. STJ, 3ª Seção, AgRg 4270/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28/10/2009.
18. STF, Pleno, AgR-AgR-AgR-ED-ED-EDv-AgR no AI 654.291, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/12/2015.
19. De fato, na ementa deste precedente também constou que recursos não conhecidos não teriam o condão de adiar o início do prazo para o ajuizamento da ação rescisória. Todavia, não é possível afirmar que teria sido superado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pelo qual apenas recursos intempestivos ou manifestamente protelatórios (quando há má-fé do recorrente) não influem no prazo para a rescisória. Ora, no caso julgado pelo STF, estão presentes indícios de intuito protelatório, pois estava-se diante de “agravo regimental no agravo regimental no agravo regimental nos embargos de declaração nos embargos de declaração nos embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento”. Constou também que a parte teria interposto sucessivos recursos não conhecidos.
20. STJ, Corte Especial, REsp 736.650/MT, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 20/08/2014.
21. STF, Pleno, AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13/01/2013.
22. STF, 1ª T, RE 666.589/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/03/2014.
23. CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação rescisória, biênio decadencial e recurso parcial. *Revista de Processo*. n. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 233.
24. STF, Pleno, AgR-AgR-AgR-ED-ED-EDv-AgR no AI 654.291, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/12/2015.
25. MARANHÃO, Clayton. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XV, artigos 1.045 a 1.072. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 130.

26. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XV, artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 481.
27. PEIXOTO, Ravi. Ação rescisória e capítulos da sentença: a análise de uma relação conturbada a partir do CPC/15. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coords.). *Doutrina selecionada*. v. 6. Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 166.
28. GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Millano: Giuffrè, 2011, p. 65-66.
29. SOUSA, Artur César de. *Código de Processo Civil: anotado, comentado e interpretado, parte especial I* (arts. 318 a 692). São Paulo: Almedina Brasil, 2015, p. 882.
30. MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*. n. 259. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 99.

Referências

- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação rescisória, biênio decadencial e recurso parcial. *Revista de Processo*, n. 88. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CUNHA, Leonardo Carneio da. *A Fazenda Pública em juízo*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2014.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 3, p. 441.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GUASTINI, Ricardo. *Interpretare e argomentare*. Millano: Giuffrè, 2011.
- JORGE, Flávio Chiem. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARANHÃO, Clayton. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. XV, artigos 1.045 a 1.072. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada sobre questão, inclusive em benefício de terceiro. *Revista de Processo*, n. 259. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. Tutela de direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. XV, artigos 926 ao 975. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- PEIXOTO, Ravi. Ação rescisória e capítulos da sentença: a análise de uma relação conturbada a partir do CPC/15. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coords.). *Doutrina selecionada*. v. 6. Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. Salvador: Juspodivm, 2015.
- SOUSA, Artur César de. *Código de Processo Civil: anotado, comentado e interpretado, parte especial I* (arts. 318 a 692). São Paulo: Almedina Brasil, 2015.
- STF, 1a. T, RE 666.589/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/03/2014.
- STF, 2a. T, RE 6.364, rel. Min. Waldemar Falcão, Dj. 29/12/1949.
- STF, Pleno, AgR-AgR-AgR-ED-ED-EDv-AgR no AI 654.291, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/12/2015.
- STF, Pleno, AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 13/01/2013.
- STF, Pleno, AR 172, rel. Min. Raphael de Barros Monteiro, Dj. 20/10/1968.
- STJ, 3a. T, AgRg no REsp 1.526.235/SE, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 01/12/2015.
- STJ, Corte Especial, Resp 736.650/MT, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 20/08/2014.
- STJ, 3a. Seção, AgRg 4270/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 28/10/2009.

Os sistemas processuais agonizam?¹

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²

Professor titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

I. A MATÉRIA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS, no âmbito do direito processual penal, nunca deixou de ser atual. Por sinal, isto diz – a atualidade – com quase todos os “institutos” dele. A disciplina, como se sabe, está em formação, em geral porque se tornou autônoma muito recentemente. Para tanto perceber basta ver que, na Itália, ela foi assim concebida pela primeira vez no RD 652, de 30 de setembro de 1938³, quando começa a ganhar corpo e se espalhar pelo mundo afora.

Apesar dessa “juventude”, de tanto em tanto há quem misture as coisas e, manejando as datas – que, no tema, pode-se contar em séculos e talvez milênios –, queira tratar dos sistemas processuais penais (ou da visão que se tem deles) como algo antigo e, por isso, superado. Há, por evidente, um equívoco em conclusões do gênero.

Para tanto, precisam negar o passado e assim o fazendo atingem pessoas que não deveriam atingir, pelo menos da maneira correta. Afinal, as pessoas têm reputação e também são o que são pela reputação que têm. É por isso que, para tais pessoas, não basta que sejam o que são: de tanto em tanto precisam provar por que o são. Em suma, não basta, por exemplo, que sustentem uma determinada teoria; precisam renovar os esforços para mostrar que suas bases estão corretas, pelo menos em face daquilo que dizem os outros.

II. Há pouco tempo, talvez três ou quatro anos, algumas pessoas – quiçá no afã de terem necessariamente novas respostas, o que é apreciável; ou para serem tão só do contra, o que é infantil – come-

çaram a analisar a matéria dos sistemas processuais penais e, com uma crítica aguda, acabaram *sugerindo sua superação*, seu desmonte, quem sabe seu afastamento ou sua destruição, desde pontos de vistas que não se podia aceitar, por uma série de razões.

Entre elas – e talvez a principal – está aquela ligada ao lugar que o tema tem, ou seja, de *fundamento do fundamento do direito processual penal*; e, assim, nada é aceitável, desde este ponto de vista, se quem formula algo do gênero (de todo destruidor) não coloca alguma coisa no lugar. Ali, se algo não está, outra coisa estará, como é evidente. Se fosse possível (e só o é no sentido metafórico), há de se entender que ali não há vazio.

Afastadas as questões que levaram a tais críticas, parecia que o problema estava superado, mas não é bem assim. Em tempos de tentativa de reforma do CPP (como se discute na Câmara dos Deputados – PL 8045/10), sempre aparece gente que, lendo mal algumas assertivas (em geral deslocadas do contexto), acaba por voltar ao tema e propor a precitada superação. Parece ser cômodo.

Boa parte dessa gente não sabe nada ou sabe muito pouco do tema, assim como dos fundamentos dele. Mesmo assim, arriscam-se a tratar do assunto e, dessa forma, falam mal dele (o que é inaceitável) e das pessoas que o defendem.

Para refutar seus argumentos – o que é necessário – é preciso tratar, mais uma vez, do tema, retornando a ele sem, contudo, dar atenção àqueles que só querem agredir e, assim, falar mais de si mesmo do que daqueles que tentam ofender. Não precisa se saber muitas coisas dos campos *psi* para entender que algumas agressões gratuitas são pueris e acabam por acusar mais a quem acusa do que aquele que pretendem acusar. Deixados esses de fora, vale voltar aos argumentos da discussão e reforçar os pilares de sustentação dos sistemas processuais penais.

Os referidos argumentos partem de premissas equivocadas. Sem embargo, antes de analisá-los é preciso rapidamente fazer uma breve aproximação com a noção de sistema. Desse modo, pelo menos fica demarcado “um lugar” que pode ser o ponto de partida (embora seja de vários autores) e, com isso, a partir daí se pode pensar a matéria.

III. Por que se fala de sistemas? Por que se ensina o direito processual penal dentro dos sistemas? Afinal, o que é um sistema? São perguntas básicas que devem seguir de guia.

As respostas, por evidente, estão atreladas à base filosófica e essa era ligada à essência das coisas nos gregos (e aqui a verdade, como questão elementar), além da impossibilidade dela (como essência/verdade) ser pensada como um conjunto, em face de se reclamar a unidade.

Immanuel Kant [1724-1804], já na modernidade e, portanto, depois de Descartes, vai colocar luz sobre o tema em sua arquitetura da razão pura. Kant achou o modo de dar conta do conjunto/sistema ligando os elementos a partir de um princípio unificador ou reitor ou fundante, ao qual tratou por “ideia única”⁴. Já não era mais um problema de “essência” e sim de um sujeito que deveria dizer sobre o objeto (no caso o conjunto). Ele, no entanto, diz a verdade e, por isso, ela aparece na palavra que é intermediária. Isso não basta, porém. Afinal, ele não vai dizer nunca sobre o objeto todo e, assim, falseia “a verdade”.

Eis, então, por que se passa a aceitar a palavra não mais como intermediária e sim como protagonista, após o chamado *linguistic turn*. Por todos, nesta matéria (sobre a superação dos modelos) é preciso ver Žižek: “O problema, naturalmente, é que, numa época de crise e ruptura, a própria sabedoria empírica cética, restrita ao horizonte da forma dominante de senso comum, não pode dar respostas, e é preciso arriscar o Salto da Fé. Essa mudança é a mudança de ‘falo a verdade’ para ‘a própria verdade fala (em/atraves de mim)’ (como no ‘matema’ de Lacan sobre o discurso do analista, em que o agente fala na posição da verdade), até o ponto em que posso dizer, como Meister Eckhart: ‘É verdade, e a própria verdade o diz’. No nível do conhecimento positivo, é claro que nunca é possível (ter certeza de

Alguns sugeriram que Kant está ultrapassado. Isto seria verdadeiro e deveria ser tomado em consideração na hora de se pensar o tema dos sistemas processuais penais?

que se conseguiu) atingir a verdade; só se pode aproximar-se dela interminavelmente, porque a linguagem, em última análise, é sempre autorreferencial, não há como traçar uma linha definitiva de separação entre sofisma, exercícios sofisticos e a própria Verdade (é esse o problema de Platão). A aposta de Lacan aqui é aquela de Pascal: a aposta da Verdade. Mas como? Não correndo atrás da verdade ‘objetiva’, mas agarrando-se à verdade a respeito da posição da qual se fala.”⁵

A partir da base filosófica, então, usa-se o modelo nos outros campos, entre eles o direito⁶.

No atual estágio (de esforço para se fazer imperar a filosofia da linguagem), ainda não se disse decisivamente sobre o assunto, se em pauta estão os sistemas processuais penais, mais ou menos como em tudo que é jurídico. Tem-se convivido, por isso, com uma série de problemas dos quais se destacam aqueles que relativizam tudo; e não pela equivocidade da linguagem e sim porque os “relativistas” não querem saber da questão referente à “verdade” (não a querem enfrentar), da qual não se pode abrir mão, mormente se – como sucede no direito – está ela umbilicalmente ligada à limitação gerada pela lei, isto é, a marca que se não deve ultrapassar, como no caso das chamadas cláusulas pétreas constitucionais.

IV. Alguns sugeriram que Kant está ultrapassado. Isto seria verdadeiro e deveria ser tomado em consideração na hora de se pensar o tema dos sistemas processuais penais?

A sugestão é equivocada.

Como seria elementar, Kant estaria ultrapassado se se tivesse algo para colocar no lugar dele, em se pensando como a base do fundamento do fundamento jurídico processual penal. Mas não há! Seria o mesmo que dizer que Copérnico (1473-1543) é velho, ou melhor, ultrapassado... porque é do século XV-XVI.

Isso não quer dizer que se não possa pensar a partir de outras matrizes e, assim, tentar dar solução aos inúmeros problemas processuais penais. Para isso se fazer, porém, é necessário alcançar a matéria inteira e não só um dos seus aspectos como, com frequência,

pretende-se. Não raro, tais fórmulas são aparentemente bem-sucedidas e resolvem questões sérias que aparecem em relação a algum “instituto” mas, como se sabe, quando ele diz com os demais com os quais há de se relacionar (necessariamente), o castelo de cartas forjado tão bem rui. E tudo retorna à estaca zero. Bom exemplo, aqui, é a questão da imputação e sua relação com inúmeros “institutos” do processo penal. Trabalhar com ela implica laborar com o que lhe está próximo como ação, qualificação jurídica, requisitos formais da denúncia e da queixa, inépcia, nulidade... até coisa julgada. Assim, não há dúvida que se trata – a imputação – de algo diretamente vinculado à linguagem; da mesma forma, é correto dizer que a coisa julgada, como qualidade dos efeitos da decisão definitiva, também é linguagem e, de certa forma, toca à imputação, razão por que uma não pode andar sem a outra.

É preciso, então, que fique claro que tal conclusão negativa não deve servir de desestímulo a que se siga tentando uma superação que possa, de fato, auxiliar a construir alguma coisa menos problemática para o processo penal.

O que se não pode, contudo, é embalar mudanças como se fossem meras aventuras especulativas porque, como sabem todos, os efeitos dos erros, no processo penal, com frequência tocam em questões que dizem com a vida e com a morte; e aí não se pode brincar.

V. Alguns sugeriram, também, que, sobre os sistemas processuais penais, na atualidade, existiria um abandono da discussão, quem sabe pretendendo-se dizer, de outro modo, que a matéria saiu de moda e, por isso, estaria ultrapassada. Aqui, mais do que um equívoco, é bem provável ter havido um esquecimento daqueles que isso sustentaram. Afinal, o mundo todo ou pelo menos muita gente discute a questão.

Vejam-se só alguns textos mais recentes (e que todos devem conhecer, há de se imaginar) que podem ser elencados de modo exemplificativo: em língua espanhola: ARMENTA DEU, Teresa. Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América ¿un ca-

mino de ida y vuelta? Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La cuestión criminal. 3. ed. Buenos Aires: Planeta, 2012; na Alemanha: AMBOS, Kai. ¿Es el procedimiento penal internacional “adversarial”, “inquisitivo” o misto? *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 57, Nov. 2005, p. 159 e ss; na França: DELMAS-MARTY. Mireille. A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos. Trad. de Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2005; DELMAS-MARTY. Mireille (Org.). Processos penais da Europa. Trad. Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; na Itália: MAFFEI, Elena. Dal reato alla sentenza: il processo criminale in età comunale. Roma: Edizioni de Storia e Letteratura, 2005; BRAMBILLA, Elena. La giustizia intollerante: inquisizione e tribunali confessionali in Europa (secoli IV-XVIII), Roma: Carocci, 2006; PANSINI, Gustavo. L’illusione accusatoria. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; PANSINI, Gustavo. La rassegna inquisitoria. Padova: Cedam, 2002; ERRERA, Andrea. Lineamenti di epistemologia giuridica medievale: storia di una rivoluzione scientifica. Torino: Giappichelli, 2006; DEZZA, Ettore. Breve storia del processo penale inglese. Torino: Giappichelli, 2009; DEZZA, Ettore. Lezioni di storia del processo penale. Pavia: University Press, 2013; CARO, Agostino de. Poteri probatori del giudice e diritto alla prova. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; GARLATI, Loredana (coord). L’inconscio inquisitorio: l’eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana. Milano: Giuffrè, 2010; NEGRI, Daniele; PIFFERI, Michele. Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana: material dall’incontro di studio (Ferrara, 12-13 novembre 2010), Milano: Giuffrè, 2011. Como é notório, tem muito mais; e não deve ser desprezado.

Enfim, para ser levado a sério (porque uma afirmação deste porte deve ser assim tratada, desde que se acredita nela): quem está abandonando a discussão? Talvez fosse o caso de perguntar para quem quer abandonar a discussão: por que se está abandonando a discussão? Qual o motivo para tanto – que se pode dizer – e, quem sabe, que se não sabe para dizer? Em que lugar se está querendo

chegar com tal abandono? Quanto se pode, seriamente, conseguir com tal abandono? E por aí seguiriam as perguntas...

VI. Alguns, por outro lado, sugeriram, também, uma superação a partir de uma aparente confusão entre legalidade e sistema, à qual se acresce a certeza de que todos os sistemas processuais penais são mistos e eles seriam, desde a matriz kantiana, impossíveis.

Antes de tudo, a proposição é sugestiva e inteligente (porque lançada por gente que sabe o que diz), mas, sem um fundamento sustentável, aparece como equivocada.

Ora, seria despidendo discutir a diferença entre legalidade e sistema; no caso, a distinção entre fundamento e fundamento do fundamento. São campos diferentes e disso não se duvida seriamente.

Por isso, quando se sugeriu uma “dupla legalidade” em face de todos os sistemas processuais penais serem mistos e eles, como tal, serem impossíveis, logo se pensou em confusão, o que não parece verdadeiro.

Afinal, não ter um princípio misto (já que ele só pode ser único, como visto na leitura de Kant), não significa que o sistema não possa ser misto, *formalmente falando*. Assim, como já demonstrado várias vezes, todos os sistemas, hoje, são mistos, ou seja, têm regência do princípio inquisitivo ou do princípio dispositivo (que alguns chamam de acusatório) e, portanto, são inquisitório ou acusatório, mas vêm, sempre, agasalhando elementos que procedem do outro sistema, razão por que são tratados como “mistos”. É só pensar no *habeas corpus* no sistema brasileiro e a imensa dificuldade para classificá-lo (seria ação? seria recurso? e por aí segue...), o que leva os autores a chamá-lo de “remédio heroico”, como se isso fosse possível fora da mera retórica.

Esses elementos provenientes do outro sistema – que os tornam formalmente mistos – porém, não o desnaturam, justo porque não

No processo
se continua a
tentar dar
conhecimento a
quem não tem

aniquilam o princípio unificador/reitor/fundante, embora, às vezes, convivam mal no conjunto.

Portanto, se há ou se se construiu alguma confusão ela é, sem dúvida, meramente aparente; e por nada justifica a superação dos sistemas processuais penais na forma como são estudados.

Por sinal, do ponto de vista histórico, difícil mesmo é se falar em “sistemas puros”, mas, nestas alturas, seria preciso refletir sobre o que vem a ser esse “puro”, isto é, se isso diz respeito às características (elencadas pelos autores) ou a como eram no início... Tal tema – que não cabe aqui neste pequeno ensaio – merece atenção e preocupação dos estudiosos, os quais não se podem furtar de, para tanto, saber de direito processual penal, coisa com a qual nem sempre os historiadores se preocupam.

VII. Eis que chega ao problema da verdade. Isso também fundamenta as sugestões de superação dos sistemas processuais penais.

Alguns – ou quase todos – tratam de mostrar que “não existe verdade” (pelo menos como se vinha pensando). Mas, perceba-se. Não ter verdade (desse modo) não significa dizer (como estão a imaginar) que se não tenha nada lá. Ora, pode-se dizer que não tem verdade, mas a coisa não termina aí. Serviria, aqui, a célebre frase de William Shakespeare em Romeu e Julieta: “*What’s in a name? That which we call a rose by any other name would smell as sweet.*” (“O que é um nome? Se dermos um outro nome àquilo que nós chamamos de rosa ela continuará com seu tão doce perfume.”).

Em realidade, se não tem “verdade”, o que tem? Enfim, o que se faz quando se faz um processo? “Verdade”, como era tratada, não tem mais: perfeito! Mas se é assim – e continuam os processos – o que é que tem neles? Neste ponto, é como se as pessoas ficassem órfãs: se não tem “verdade”, já não tem mais nada; não se tem o que pensar; não se consegue imaginar o que possa estar lá no lugar.

Assim, embora de maneira singela, pode-se dizer que *no processo se continua a tentar dar conhecimento a quem não tem, de*

modo a que se possa julgar. Desde este ponto de vista, bem se vê que a “verdade” (usada ideologicamente) é uma qualidade que se atribui ao conhecimento. Dizer que tal qualidade (seja ela qual for: material, formal, etc.) não se pode dar ao conhecimento é dizer que o que se dizia ser “verdade” já não serve mais; mas não retira o conhecimento daquele lugar.

Eis por que Kant – e sua noção de sistema – é tão importante até hoje. Aqui está, então, a finalidade da qual ele tratava (como tendo um fim no sistema), finalidade essa que, ao depois, na cadeia de significantes, (re)significa, ou melhor dizendo, diz qual é e qual sentido tem o princípio fundante, *mutatis mutandis* o significante primeiro (S1 em Lacan), sempre um mito. Para isso pensar basta responder uma pergunta singela que se reflete pela finalidade: enfim, como chega, em um processo penal, o conhecimento do caso penal que está situado no tempo? Aqui o busilis da questão!

Desde logo se pode perceber que o princípio não é a “gestão da prova”, justo por ser um significante (inquisitivo ou dispositivo, dependendo do sistema). Ela, porém, a “gestão da prova”, diretamente ligada ao conhecimento, que sentido teria? Ora, pode-se colocar as partes em um lugar primário se o mister é esse, ou seja, estarem encarregadas, com primazia, de trazer o conhecimento, e dar ao juiz um lugar secundário; ou vice-versa. Veja-se: a finalidade está ligada ao conhecimento, mas, sendo impossível ele ser *todo* (e se sabendo disso, pelo menos a partir de Carnelutti; e ele de Heidegger), a (re)significação do princípio fundante se dá em razão de quem é o encarregado-mor dele, o conhecimento, de trazê-lo; mais precisamente: de ter a iniciativa probatória no sentido de o ver produzido no processo como prova.

Eis, então, por que para o sistema ser acusatório não basta tão só ter partes nele, mas serem elas as protagonistas-mor do conhecimento, tenha ele a qualificação que tiver. Se isso ocorre, o princípio é dispositivo, nome, por sinal, sugestivo para o lugar que ocupa e que elas, as partes, ocupam. Doutro lado, se o protagonismo principal é do próprio juiz (e não das partes) e ele é o protagonista-mor, o princípio unificador/reitor/fundante é inquisitivo.

Perceba-se (porque vital aqui): ele (o princípio unificador/reitor/fundante) não decorre da legalidade (por sinal, ela nem trata expressamente dele), muito menos é fruto de uma escolha.

Dizer algo assim (se sistema é isso, obviamente; porque se for outra coisa pode-se dizer o que se quiser) não só é equivocado como perigoso, muito perigoso, porque atrela o processo penal ao que de pior a história mostrou.

VIII. Para tentar resolver o problema (daquilo que seria o abandono dos sistemas processuais penais tradicionais), alguns (um tanto timidamente) buscaram arrimo no professor português Rui Cunha Martins, de Coimbra, a quem tanto se respeita. Esse, nos dois últimos livros⁷ onde trata da matéria, arrisca ir, pela ideia de um “modelo democrático”, para além do “acusatório”. Diz ele: “Em bom rigor, o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só ‘princípio unificador’: a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistêmico: o *modelo democrático*”.⁸ E fundamenta tudo claramente: “a eleição para princípio de um valor tão óbvio como ‘democraticidade’ quer dizer, nem mais nem menos, a obrigatoriedade de manter sempre em aberto uma questão a formular a todo e qualquer mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo for, desde que actuante na esfera do sistema processual, e que é a seguinte: *é este mecanismo ou elemento, ou prática seja de que tipo for, compaginável com o cenário democrático-constitucional regente do próprio sistema em que ele se insere?*”⁹ Isso vem explicado também em

A hora dos cadáveres adiados: “Este entendimento sistêmico da realidade processual pressupõe, por conseguinte, um elemento ou princípio unificador, que sirva de conector, filtro e limite àquela circularidade. Assim, a eleição para princípio de um valor como ‘democraticidade’ significa, nem mais nem menos, a obrigatoriedade de manter sempre em aberto uma questão a formular a todo e qualquer mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo for, desde que atuante na esfera do sistema

processual, e que é a seguinte: é este mecanismo, ou elemento, ou prática seja de que tipo for, compatível com o cenário democrático-constitucional regente do próprio sistema em que ele se insere? Importa poder colocar esta questão em permanência, pois ela permite aferir a justeza sistêmica da circularidade. Ora, esta tem um preço. Se, conforme recorda a boa doutrina sobre o assunto, o processo penal [cita Geraldo Prado] ‘não é apenas o instrumento de composição do litígio mas, sobretudo, um instrumento político de participação, com maior ou menor intensidade, conforme evolua o nível de democratização da sociedade, afigurando-se para tanto imprescindível a *coordenação entre direito, processo e democracia, o que ocorre pelo desejável caminho da Constituição*’, (...).”¹⁰

A proposta é inteligente, mas impossível. Afinal, quando aqui se fala de sistema, de que sistema se trata? Fala-se em princípio unificador, mas ele se diz ser um “valor”; e, mais, do qual se faz uma “eleição”. Sim, se “valor” é o que é, por certo não é um “princípio”, mormente se princípio é o que é. Quando o texto diz: “a eleição [e é assim mesmo que se faz com um valor] para princípio de um valor como democraticidade...”, aparentemente se atira no cadafalso, ou supõe que se não saiba nada a respeito de conceitos tão básicos (o que não deixa de ser um tanto verdadeiro em um Brasil que acha que as coisas da filosofia e das disciplinas propedêuticas não têm importância e que no direito se está livre para dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, como insiste, com razão, Lenio Luiz Streck), como princípio e valor. Por evidente que o ilustre professor sabe a diferença e sabe que se sabe; mas não deixa de ser correto que a questão gira em torno dela (a diferença) e, se assim é, não pode ficar como está.

Por outro lado, se a chamada “democraticidade” (neologismo) é o que é, como está dito, aparentemente já vem aparecendo há muito, mas não no lugar que a ela agora se pretende (de princípio unificador) e sim como resposta ao jurídico que se atua no sistema. Aí está o *fundamento jurídico*; e todos querem que seja assim. *Mas não está*

– e não pode estar – o fundamento do fundamento. O perigo, porém, é misturar as coisas: o fundamento e o fundamento do fundamento, para ancorar tudo no “desejável caminho da Constituição”.

A base, então, passa ser a lei... E a lei é a lei; pelo que responde, hoje, como nenhum outro campo, a hermenêutica; mas não é menos importante o que diz a psicanálise. Por isso, a proposta é prenda de boas intenções (inclusive porque quer amarrar as diferenças ou os diferentes, qualquer coisa de impossível, por razões óbvias), mas deslocando o “lugar” do princípio unificador, conduz – ou pode conduzir – ao pior dos positivismos.

Ancorar tudo na lei (mesmo que seja a constituição) é ou pode ser se render ao poder. Seria mais ou menos dizer que daqui para frente o “sistema democrático” é aquele ditado pelo STF ou, no extremo e dependendo do caso, por seu presidente. Assim, se hoje alguém que interprete diz algo que não podia (ou não devia), mas diz, invoca-se, desde o “lugar” do fundamento do fundamento, a impossibilidade dele dizer, por exemplo, qualquer coisa sobre qualquer coisa. Mas se esse “lugar” é o da lei, quando ele diz, está dito, porque a lei diz o que ele diz que ela diz.

A proposta, assim, pode ser lida por vários vieses, mas põe em risco, ao contrário do que se está a dizer, os direitos e garantias dos cidadãos no processo penal.

IX. Doutra parte, alguns arriscaram sugerir, com boa intenção, que um sistema processual penal democrático exige a máxima eficácia dos direitos e garantias individuais e, assim, estaria fundado no “amor ao contraditório”.

A sugestão é interessante, mesmo como metáfora. Mas não vai bem, justo porque as palavras dizem coisas; e elas vinculam, mormente os menos avisados.

Enfim, “amor ao contraditório” é um belo sentimento e não se deve brincar com ele. Mas, há de se convir, não serve para calcar nada de juridicamente relevante, pelo menos neste ponto em discussão. *Aqui não se precisa de um sentimento e sim de ação, atitude: não basta amar o contraditório; é preciso lhe dar vida concretamente.*

No fundo, todos amam o contraditório; como amam a constituição; mas desde que seja do seu modo, do seu jeito, na medida do seu amor. Essas coisas, portanto, prestam-se a belos discursos mas, porque ambíguas, amoldam-se a qualquer senhor. O problema é que em geral tal senhor é aquele que mais tem; e a conversa começa da estaca zero.

X. Não poderia deixar de dizer algo – já indo para o final – sobre textos menores, mas não menos agressivos (para dizer algo palatável), quiçá porque se não tenha muito mais para dizer.

Com frequência, neles, confunde-se inquisição e sistema inquisitório, razão por que têm como ponto de partida uma premissa falsa. Só isso já seria suficiente para não serem levados a sério. Sem embargo, como estão publicados, podem iludir os incautos, por isso precisam de alguns esclarecimentos.

Cometem, ademais, algumas impropriedades como, nas questões históricas, diminuir os processualistas para louvar os historiadores, como se tal questão não tivesse que ser medida pelas fontes que se utilizam. Melhor Franco Cordero, que parte de Alberto Gandino (entre outros)¹¹, do que historiadores que nunca ouviram falar nele. Neste ponto, os historiadores não são muito felizes quando o assunto são os sistemas processuais penais. Como todos, tendem eles a fazer uma leitura reducionista, mas como não têm, com frequência, muito domínio do jurídico dos sistemas, tendem a ampliar ainda mais a referida redução. Eis, então, por que essas posturas carecem de fontes, sobrando, ao final, posturas pessoais sem fundamento e ataques despropositados.

Por outro lado, aqui, de regra, estão os mais afoitos quando a questão diz com a “verdade”, justo porque não se preocupam com o tema da forma devida e, em face disso, nem passam perto daquilo que deveria restar no lugar dela, como antes referido.

Por sinal, há quem sustente que a solução esteja naquilo que se faz na justiça restaurativa, não se dando conta de que, com seriedade, dever-se-ia dizer – e bem – sobre aquilo que ali está a se fazer quanto ao conhecimento, sendo certo que se não poderia dizer que

se trata de uma verdade negociada. Negar a verdade e falar disso é quase herético, para dizer o mínimo.

Não bastasse tudo, em países periféricos, nos quais a modernidade ainda não se fez em boa dose, a jurisdição segue sendo – pelo controle, bem ou mal, que se propicia dela – melhor que a liberdade plena individual, muito ao gosto das posturas neoliberais, pelas quais as diferenças se superam pelo manejo retórico, em geral de modo muito favorável (mesmo aos que têm boas intenções) aos senhores do poder e contra a massa menos favorecida. Posturas assim, por elementar, servem para debilitar a já carcomida cidadania do brasileiro; e se prega em nome de deuses menores como o mercado.

XI. Agora se poderia perguntar, enfim: os sistemas, de fato, agonizam? Estão morrendo?

Parece certo que se não pode dizer ser fácil fazer imperar o sistema processual penal traçado pela Constituição da República; e vai continuar assim – não se duvide –, mormente se não se entender que se trata de um espaço de luta, de algo a ser conquistado.

Mas, afinal, quem disse que as coisas, no campo filosófico e no campo jurídico, realizam-se na velocidade que o modelo econômico em voga (pelo jeito capturando a muitos) quer? Ao contrário, se nunca se teve um sistema fundado no sistema acusatório¹² e, portanto, não se pode sequer dizer que ele faliu ou não deu certo, por que essa visível¹³ pressa em atropelar as bases¹⁴ para indicar a uma direção que, pode-se antever, aponta para o fracasso desde que fundado na legalidade?

Se em tal matéria tudo é problemático – do ponto de vista dos conceitos – e não se tem paz hermenêutica, isso é próprio da linguagem, mas não significa que se tenha que abandonar a luta¹⁵ para que prevaleça a visão mais democrática, expressa na Constituição. Aqui, o jurídico, em boa medida ou quem sabe na sua maior medida, cede ao político; e todos sabem o que significa isso. Os tempos no campo político não são aqueles de um gozo imediato porque – sabe-se bem –, ali, alguns gozam quando outros não o fazem e não é simples substituir os “lugares”.

A pressa na mudança, por fim, pode atropelar os fundamentos; e, no caso, além deles (que continuam sem vingar), atropelar-se-ão os fundamentos dos fundamentos.

É possível imaginar o que se poderia dizer, agora, disso tudo, e quanto se teria para falar. Mas é hora de terminar e há de se deixar estas considerações para que não se iludam com o canto de sereia; ou para que fique registrado que não se deve pensar e dizer o que têm dito alguns, hoje reduzidos a um número pouco expressivo.

Notas

1. Texto parcialmente apresentado em conferência proferida no Seminário Direito Penal e Processo Penal: entre a Prática e a Ciência. Evento comemorativo aos 30 anos do Curso Prof. Luiz Carlos, Curitiba, 29.11.13.
2. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (Universidade de Roma “La Sapienza”). Coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.
3. CORDERO, Franco. Miserie della procedura penale. *In* Costituzionalismo. it, Fascicolo 2, 02.10.08: “Infine diventa insegnamento autonome (r.d. 30 settembre 1938 n. 652) ma i residui della lunga catalessi pesano: ci vuol tempo a smaltirli; ancora adesso il discorso medio giurisprudenziale e forense qui appare meno sicuro che nelle materie nobili.” (“Por fim torna-se disciplina autônoma (r.d. de 30 de setembro de 1938 n. 652) mas os resíduos da longa catalepsia pesam: é preciso tempo à disposição; ainda agora o discurso médio jurisprudencial e forense aparece aqui menos seguro que nas matérias nobres”.
4. KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. 4. ed. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Gulbenkian, 1997, p. 657: “Ora, por sistema, entendo a unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia. Este é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que nele se determinam *a priori*, tanto o âmbito do diverso, como o lugar respectivo das partes. O conceito científico da razão contém assim o fim e a forma do todo que é correspondente a um tal fim.”
5. ŽIŽEK, Slavoj. Em defesa das causas perdidas. Trad. de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 21.

6. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 678 p. Sobre a importância de referido autor, v. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. A linguagem nos tribunais (a linguagem dos juízes e advogados). *In* Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Alexandre Morais da Rosa *et all* (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 292: “A partir de tais postulados (dentre outros) erigiram-se as bases de uma Filosofia da Linguagem, agora o novo modelo (paradigmático) com o qual se passou a pensar e explicar o mundo a partir do início do Século XX, mormente com a Ontologia Hermenêutica, de Heidegger e a Hermenêutica Ontológica, de Gadamer. No Brasil e para o Direito (dentre outros de real importância), Lenio Luiz Streck é o grande e incansável defensor da mudança paradigmática.”
7. MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013; *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.
8. MARTINS, R. C... *O ponto...* cit., p. 73.
9. MARTINS, R. C... *O ponto...* cit., p. 74.
10. MARTINS, R. C... *A hora...* cit., p. 3.
11. Dentre tantas obras, v. CORDERO, F. Riti e sapienza del diritto. Roma-Bari: Laterza, 1985, p. 357 e ss. (principalmente); _____. *Criminalia: nascita dei sistemi penali*. Roma-Bari: Laterza, 1986, p. 182 e ss.; _____. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 46-7 (principalmente).
12. Como precitado, seria ele misto, mas marcado por um princípio unificador dispositivo.
13. E por que não irracional?
14. Algumas já fixadas e em processo de inclusão, dos quais o contraditório pode ser um exemplo.
15. Quiçá por um gozo imediato, como se fosse uma nova igreja que promete o céu aqui na terra.

Imposto de transmissão *causa mortis* no arrolamento: Inaplicabilidade do art. 192 do CTN – Erro material no texto do art. 664, § 4º, do CPC/15

Denise Damo Comel¹

Doutora em Direito. Juíza de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões, Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial da Comarca de Ponta Grossa/PR

Resumo: Análise do tratamento do imposto de transmissão *causa mortis* (ITCMD) no arrolamento sumário e no arrolamento comum, conforme as regras do novo Código de Processo Civil. Inaplicabilidade do art. 192 do CTN. Proposta de exegese do erro material no texto do art. 664, § 4º, do CPC/15.

Introdução

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC/15)², ao disciplinar o procedimento especial do inventário e da partilha, trouxe significativa modificação no tratamento do imposto de transmissão *causa mortis* (ITCMD) no arrolamento, inclusive com reflexos na regra do art. 192 do CTN³. Por sua vez, um erro material havido no texto do art. 664, § 4º, do CPC/15 parece estar obstaculizando a devida compreensão da alteração legislativa no que tange ao arrolamento comum. É o que se pretende ponderar nas linhas que seguem.

1. Procedimento especial do inventário e da partilha

O procedimento especial do inventário e da partilha, disciplinado nos arts. 610 a 673 do CPC/15, compõe-se de duas modalidades distintas: o inventário e o arrolamento.

O inventário é o procedimento mais completo e de maior complexidade, previsto para as hipóteses em que não há consenso entre os interessados e também para os casos em que há testamento ou incapaz. Está ordenado nos arts. 610 a 658 do CPC/15.

O arrolamento consiste numa forma simplificada, que se apresenta sob duas variantes: arrolamento sumário e arrolamento comum. O sumário é o procedimento para os casos em que há consenso entre os interessados, inexistência de testamento e de herdeiro incapaz. Pelo fato de ser consensual, segue um rito mínimo, estabelecido nos arts. 659 a 663 e art. 667, todos do CPC/15. Já o arrolamento comum não exige o consenso, apenas a inexistência de testamento, tendo, todavia, limite quanto ao valor dos bens, que deve ser igual ou inferior a 1.000 salários mínimos. A existência de herdeiro incapaz não obsta a opção pelo arrolamento comum, desde que a isso não se oponham os interessados e o Ministério Público. Segue um rito mais simples, regido pelos arts. 664 e 665, também pelo art. 667, todos do CPC/15.

2. Imposto de transmissão *causa mortis* no inventário

No inventário, cujo procedimento justamente é mais completo, o pagamento do imposto de transmissão deve ser feito no curso do processo judicial, tão logo concluída e lançada nos autos a partilha, mas sempre antes da sentença. É o que se extrai do art. 654 do CPC/15: “pago o imposto de transmissão a título de morte [...] o juiz julgará por sentença a partilha”.

Sendo referido imposto de competência da Fazenda Pública Estadual (CF, 155, I), deverá ela ser intimada previamente ao julgamento da partilha para que se manifeste sobre a regularidade do

recolhimento, que já deve estar comprovado nos autos. E somente com a manifestação favorável da Fazenda é que a partilha será julgada, ressalvada a hipótese do parágrafo único do art. 654 do CPC/15. É indispensável, de qualquer forma, a intimação prévia da Fazenda Pública no inventário judicial, uma vez que há o condicionamento da prolação da sentença à prova da quitação do tributo conforme exigência do ente fazendário.

O momento da comprovação do pagamento do imposto é bem definido, em norma que não enseja dificuldade de compreensão, tampouco comporta maior questionamento. Com efeito, Marcus Vinícius Rios Gonçalves ensina que, no procedimento do inventário, “depois de prestadas as últimas declarações, será feito o cálculo dos impostos *mortis causa* e *inter vivos*”, sendo que, em seguida, “será ouvida a Fazenda Pública e o juiz decidirá sobre o montante, em decisão sujeita a agravo de instrumento”. Portanto, somente “depois de as partes manifestarem-se sobre o esboço de partilha, feito o pagamento de imposto *mortis causa*, o juiz julgará a partilha por sentença, contra a qual cabe apelação”⁴.

3. Imposto de transmissão *causa mortis* no arrolamento sumário

No arrolamento sumário, cujo rito, como vimos, é mínimo, o regramento é diverso: não há essa vinculação do julgamento da partilha ao pagamento do imposto de transmissão *causa mortis*, tampouco qualquer restrição à liberação dos expedientes subsequentes, necessários à transmissão/apropriação dos bens aos contemplados com a herança (formal de partilha, carta de adjudicação e alvarás), como havia no direito anterior (CPC/73, art. 1.031, § 2º)⁵.

É o que se extrai do art. 659 e seus parágrafos do CPC/15, que indica a sequência dos atos a ser observada no arrolamento sumário. Primeiro, a homologação (de plano) da partilha (*caput*), ao que se segue o trânsito em julgado; na sequência, a lavratura do formal

ou da carta de adjudicação, a expedição de alvarás e, enfim, intimação do fisco para o lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes (§ 2º).

Disciplina, aliás, que se complementa com o § 2º do art. 662 do CPC/15, ao qual o próprio art. 659 faz remissão, onde se encontra a prescrição de que o “imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária”.

Acrescente-se o *caput* do art. 662, que diz que no arrolamento “não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciais e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio”.

No arrolamento sumário, portanto, tudo o que se refere ao imposto *causa mortis* passa a acontecer exclusivamente na esfera administrativa, quando já findo o processo judicial (diversamente do inventário, como vimos), liberada, ademais, a Fazenda Pública, do valor atribuído aos bens pelos herdeiros (CPC/15, art. 662, § 2º, parte final), de modo a que o cálculo do tributo seja feito segundo seus próprios critérios de avaliação dos bens do espólio – na hipótese de divergência com o valor estimado pelos herdeiros.

Dessa forma, tem-se que o lançamento e o pagamento do imposto *causa mortis* não vinculam a homologação judicial da partilha, que deve ser feita tão logo esteja formalizada nos autos, nem tampouco condicionam a liberação dos expedientes necessários à transmissão dos bens do acervo, resolvida, ainda, a questão das dívidas do espólio conforme previsão legal específica (CPC/15, art. 663).

Nesse sentido é o posicionamento de Humberto Theodoro Junior quando leciona, a respeito da homologação da partilha no arrolamento sumário, que será feita “independentemente de vista

Tem-se que o lançamento e o pagamento do imposto *causa mortis* não vinculam a homologação judicial da partilha

à Fazenda Pública e de recolhimento do imposto de transmissão”⁶. Segue, ainda, o autor firmando entendimento de que a “sistemática do arrolamento sumário dos arts. 659 a 663 subtraiu do Judiciário o dever de controlar o recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis* (art. 662, § 1º). Exige, apenas, a intimação do fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária (art. 662, § 2º), fato que ocorrerá depois de homologada a partilha ou deferida a adjudicação (art. 659, § 2º)”⁷.

Esse também parece ser o entendimento de José Miguel Garcia Medina quando, a respeito do arrolamento sumário, afirma que, no “regime do Código de Processo Civil de 2015, a prova de quitação dos tributos não é condição para a homologação da partilha. De acordo com o § 2º do art. 659 da nova lei processual, basta que se intime a Fazenda Pública para lançamento do tributo cabível”⁸. Intimação essa, acrescenta-se, que será feita após a expedição de todos os atos subsequentes à partilha, já findo o arrolamento, como prescreve o art. 659, § 2º, parte final, do CPC/15.

3.1 Direito anterior – art. 1.031, § 2º, do CPC/73 e art. 192 do CTN

No direito anterior, embora também houvesse previsão idêntica à do atual art. 662 do CPC/15 no sentido de que no arrolamento “não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio” (CPC/73, art. 1.034, *caput*), assim também de que “o imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária” (CPC/73, art. 1.034, § 2º), havia um obstáculo a que desse modo se procedesse cabalmente. Era a regra contida no art. 1.031, § 2º, do CPC/73, que determinava que o formal de partilha e alvarás decorrentes da sentença de homologação da partilha somente seriam “expedidos e entregues

às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos”⁹.

Ocorre que referida norma não foi contemplada no CPC/15, que reproduziu tão somente aquelas que remetem o *causa mortis* à esfera administrativa (são elas, justamente, as do art. 659, § 2º, e art. 662). Assim, não há fundamento algum para trazer a Fazenda Pública aos atos judiciais do arrolamento sumário. Até porque, a não se adotar esse entendimento, inócua seria a modificação legislativa de não ter repetido a regra do art. 1.031, § 2º, do CPC/73. O atual contexto normativo do arrolamento sumário não deixa dúvida da intenção do legislador de retirar em definitivo da esfera judicial a questão tributária relativa ao imposto de transmissão, desvinculando a conclusão do arrolamento a pendências dessa natureza.

Não obstante, há quem vá buscar no art. 192 do CTN a exigência de condicionamento da sentença de partilha à comprovação do pagamento do imposto de transmissão. Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, assim se posiciona:

Apesar de o art. 659, § 2º, do CPC/15 prever que só depois de transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação é que a Fazenda Pública procederá ao lançamento dos tributos incidentes, o art. 192, CTN estabelece comando diverso, que prevalece no caso. Por isso a homologação da partilha está condicionada à comprovação de pagamento de todos os tributos referentes aos bens do espólio (art. 192, CTN).¹⁰

Registre-se que embora o autor, no comentário, não discrimine o imposto de transmissão, referindo apenas aos tributos que incidem sobre bens do espólio (que têm natureza diversa do imposto de transmissão), entende-se que a todos os tributos está se referindo (relativos aos bens e ao de transmissão), eis que o comentário que faz é do teor do art. 659 do CPC/15, que disciplina tanto o imposto de transmissão quanto “outros tributos porventura incidentes”.

Seja como for, a tese de prevalência da regra do art. 192 do CTN sobre a posterior, que é a do CPC/15, não se sustenta. É fato que o

CTN, embora lei ordinária, cumpre as vezes da lei qualificada exigida pela Constituição Federal de 1988 para tratar das matérias tributárias reservadas à lei complementar. Todavia, somente naquelas matérias reservadas pela própria Constituição à lei complementar é que se lhe confere referido *status*, sendo que, no mais, suas normas não têm referida prerrogativa.

A propósito (do campo de atuação reservado à lei complementar e regulamentação pelos demais instrumentos legislativos), encontra-se na doutrina referência de que “a diferença *material* se refere ao conteúdo a ser consagrado pelas duas espécies normativas. A lei complementar deve regulamentar apenas matérias expressamente previstas na Constituição”¹¹. Conclui-se, pois, que “quando a Constituição atribui matéria à reserva de lei complementar, esta não poderá ser regulamentada por lei ordinária, medida provisória ou lei delegada”¹². Em abalizado estudo do tema, o tributarista Eduardo Sabbag elucida que “nos casos em que uma norma constitucional não é autoexecutável, há necessidade, prevista na Constituição, de se aprovar uma lei complementar para que tal norma surta efeito”, e arremata: “em matéria de direito tributário, o art. 146 da CF exige lei complementar”¹³.

A prudência de se seccionar o campo de cada meio legislativo ganha ainda maior fôlego quando matérias de outros instrumentos vêm vertidas em lei complementar. É que, como sobredito, senão pelo processo legislativo (já que é basicamente o trâmite diverso que define o *nomem iuris* da lei como complementar, ou impõe a submissão às demais fontes formais – e.g. medida provisória, lei ordinária etc.), a reserva deve ser aferida sob o prisma material, sendo neste aspecto que a identificação da fonte galga importância. Em esclarecedor precedente, o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, desvelou a tese ao referir que uma determinada norma, “a despeito de seu caráter formalmente complementar, veiculou matéria não submetida à reserva constitucional de lei complementar, a permitir, por isso mesmo, que eventuais alterações no texto desse diploma legislativo pudessem ser introduzidas mediante simples lei ordinária”¹⁴.

Assim, quando o CTN preceitua, no art. 192, que “nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas”, não está tratando de hipótese reservada à lei complementar, cujo campo de incidência é delimitado pela Constituição Federal (art. 146), senão de matéria de conteúdo residual, relegada ao legislador ordinário. Portanto, dá-se a conclusão de que referida norma, se não revogada pela novel disciplina do CPC/15, por força do princípio de que lei posterior revoga a anterior¹⁵, ao menos ao arrolamento sumário não se aplica.

Daniel Amorim Assumpção Neves, ao comentar o art. 659 do CPC/15, refere especificamente a esse conflito de normas, posicionando-se no sentido de que a mais recente deve prevalecer: “É inegável o conflito entre o art. 659, § 3º, do Novo CPC e o art. 192 do CTN, mas nesse caso entende-se que a norma mais recente, presente no diploma processual, deve prevalecer.”¹⁶

Embora em sua conclusão o autor não tenha feito referência expressa à questão de fundo ora analisada, por evidente que o raciocínio afigura-se o mesmo.

E ainda que assim não fosse, é fato que o art. 192 do CTN diz respeito aos impostos que condicionam a prolação da sentença como sendo “todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas”, nos quais não se inclui o imposto de transmissão *causa mortis*, que tem natureza diversa, como se verá na sequência.

É importante acrescentar, por fim, que quando o CPC/15 prescreve que o lançamento administrativo do imposto de transmissão no arrolamento será feito “conforme dispuser a legislação tributária” (prescrição contida no art. 659, § 2º, e nos mesmos termos reiterada no art. 662, § 2º), está tão somente dizendo o óbvio, pois a matéria relativa a lançamento de tributo efetivamente não é de sua alçada, sendo reserva de lei complementar. Trata-se, na verdade, de questão de ordem constitucional, disciplinada no art. 146, inc. III, da CF, que prescreve que cabe à lei complementar “estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributário”.

Portanto, também da remissão feita no CPC/15 à conformação do lançamento do imposto de transmissão à legislação tributária não se pode extrair fundamento para fazer prevalecer a regra do art. 192 do CTN, que apenas disciplina o momento de comprovação do pagamento dos tributos referentes aos bens do espólio e suas rendas, matéria que, como já observado, não se inclui na reserva de lei complementar.

4. Imposto de transmissão *causa mortis* no arrolamento comum

No arrolamento comum a sistemática relativa ao momento do lançamento e pagamento do imposto *causa mortis* afigura-se a mesma prevista para o procedimento sumário.

O arrolamento comum está disciplinado, naquilo que lhe é particular, nos arts. 664 e 665 do CPC/15. O primeiro deles – art. 664 – contém o regramento geral do procedimento, sendo que é no seu § 4º que está a disciplina acerca do lançamento e pagamento do imposto *causa mortis*.

Dispõe referido parágrafo: “Aplicam-se a essa espécie de arrolamento, no que couber, as disposições do art. 672, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação de taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio”.

O dispositivo em análise, como se vê, remete a outra norma a disciplina relativa ao lançamento e pagamento do imposto de transmissão. Ocorre que essa outra, no caso o art. 672, trata especificamente da cumulação de inventários, nada dizendo respeito ao imposto *causa mortis*. Evidencia-se, assim, uma impossibilidade material de integrar à hipótese prevista no § 4º do art. 664 o conteúdo do artigo ao qual faz remissão (art. 672), que não lhe diz respeito algum. E isso gera verdadeira lacuna no que tange à disciplina do imposto de transmissão no arrolamento comum, eis que para tal desiderato a norma do art. 672 não se presta.

4.1 Erro material no texto do art. 664, § 4º, do CPC/15 – Antecedentes históricos

Analisando a tramitação legislativa do CPC/15, verifica-se que na origem do projeto de lei não havia essa lacuna devida ao apontado “desencontro entre normas” no que tange ao imposto de transmissão no arrolamento comum.

No PL 8046/2010¹⁷, a norma que hoje está contida no art. 664 do CPC/15 estava inserta no art. 650 com praticamente o mesmo conteúdo. Referido artigo, ademais, em seu § 4º, fazia a remissão normativa ao art. 648 do projeto. Esse art. 648, por sua vez, referia regularmente à disciplina do lançamento e pagamento do imposto de transmissão, em norma que hoje está no art. 662 do CPC/15. Vejamos a redação dos dois artigos no PL 8046/2010:

Art. 650. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a mil salários mínimos, o inventário se processará na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente da assinatura de termos de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano de partilha.

§ 1º Se qualquer das partes ou Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz nomeará um avaliador, que oferecerá laudo em dez dias.

§ 2º Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar, deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas.

§ 3º Lavrar-se-á de tudo um só termo, assinado pelo juiz, pelo inventariante e pelas partes presentes ou seus advogados.

§ 4º Aplicam-se a essa espécie de arrolamento, no que couberem, as disposições do art. 648, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio

§ 5º Provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha.

Art. 648. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.

§ 1º A taxa judiciária, se devida, será calculada com base no valor atribuído pelos herdeiros, cabendo ao Fisco, se apurar em processo administrativo valor diverso do estimado, exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral.

§ 2º O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas ou valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros.

Até aí, o texto afigurava-se harmônico e coeso, havendo perfeita adequação na remissão de um artigo ao outro (do art. 650 ao art. 648). Ocorre que, na sequência dos trabalhos legislativos e com a superveniência de emendas redacionais, o projeto foi votado em sessão deliberativa ordinária no dia 26 de março de 2014 e resultou em um texto que modificou esse encadeamento entre os dois artigos, passando a remissão a ser feita a artigo de conteúdo diverso (justamente o da cumulação dos inventários), mas sem qualquer justificativa ou explicação para que assim se procedesse.

A propósito, o teor dos artigos no texto votado na ocasião:

Art. 679. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a mil salários mínimos, o inventário se processará na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente da assinatura de termos de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano de partilha.

§ 1º Se qualquer das partes ou Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz nomeará um avaliador, que oferecerá laudo em dez dias.

§ 2º Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar, deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas.

§ 3º Lavrar-se-á de tudo um só termo, assinado pelo juiz, pelo inventariante e pelas partes presentes ou seus advogados.

§ 4º Aplicam-se a essa espécie de arrolamento, no que couberem, as disposições do art. 687, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.

§ 5º Provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha.

Art. 687. É lícita a cumulação de inventários para a partilha de heranças de pessoas diversas quando haja:

- I – Identidade de pessoas por quem deva ser repartidos os bens;
- II – Heranças deixadas pelos dois cônjuges ou companheiros;
- III – Dependência de uma das partilhas em relação à outra.

Parágrafo único. No caso previsto no inciso III, se a dependência for parcial, por haver outros bens, o juiz pode ordenar a tramitação separada, se melhor convier ao interesse das partes ou à celeridade processual.

Não bastasse, o projeto seguiu tramitando, com sucessivas emendas e renumerações, até votação final e sanção, sem que fosse observado o erro na remissão do artigo, que acabou reproduzido no texto final, hoje lei vigente.

Seja como for, não há como afastar a conclusão de que a remissão, no art. 664, § 4º, do CPC/15, ao art. 672 trata-se efetivamente de erro material, devido à falha na renumeração dos artigos durante a tramitação legislativa. O artigo ao qual remete a norma (art. 672), como já pontuamos, não tem qualquer relação ou pertinência à hipótese normativa para a qual é destinado, conforme o comando expresso e finalístico do art. 664, § 4º, do CPC/15. Ademais, não há registro algum de discussão legislativa que fundamente ou justifique alguma modificação do teor da regra originária no arrolamento

comum, que determinava aplicar, quanto ao imposto *causa mortis*, o mesmo procedimento previsto para o arrolamento sumário (PL 8046/2010, art. 650 combinado com o art. 648; que, no texto atual, correspondem ao art. 664 e art. 662, respectivamente).

Causa espécie, na verdade, que um erro dessa natureza tenha passado despercebido durante tão longa tramitação legislativa, também posteriormente, ao que parece, quando já vigente a lei, pelos primeiros estudiosos que se depararam na análise do código¹⁸.

4.2 Recurso à hermenêutica – Superando o erro material

É de rigor, portanto, que se lance mão da hermenêutica para procurar parâmetros de interpretação do dispositivo legal em exame e, com isso, integrá-lo ao sistema normativo de modo a se poder aplicá-lo ao caso concreto da forma mais adequada¹⁹.

Pela via da interpretação gramatical – pela qual se busca o sentido da norma no próprio texto legal –, confirma-se a constatação de que a referência feita ao art. 672 no § 4º do art. 664 do CPC/15 está fora do contexto normativo, uma vez que nada disciplina sobre lançamento, pagamento de taxa judiciária ou imposto de qualquer natureza.

A interpretação lógica – aquela que tenta buscar, entre as possíveis inteligências ou acepções da norma, a que pareça mais conforme à razão – nos leva no mesmo sentido. Não se concebe, no caso em particular, interpretação que satisfaça a lógica do razoável, confirmado a exegese da falta de coerência ou completude entre a norma que remete (art. 664, § 2º, do CPC/15) e a que é remetida (art. 672 do CPC/15).

Sob a ótica da interpretação sistemática – que questiona como extrair o significado de fragmento legislativo dentro do contexto normativo no qual está inserido, para se chegar à harmonia do ordenamento enquanto sistema –, quando muito, tem-se a confirmação de que as normas em confronto não fazem sentido juntas, não se harmonizam. Nesse critério, ainda, poderíamos nos socorrer, num esforço hermenêutico, da máxima de que “quando duas nor-

mas do mesmo diploma parecem incompatíveis, a aparente antinomia se resolve, principalmente, pela detecção da regra geral e da exceção²⁰. No caso, o arrolamento sumário seria o gênero, do qual a modalidade comum seria espécie. Assim, vê-se a possibilidade de compreender que diante da incompatibilidade entre as normas no arrolamento comum, relativamente ao tratamento do ITCMD, deveria prevalecer o procedimento previsto para o arrolamento sumário.

Não obstante, parece-nos que a melhor exegese para tornar a norma aplicável encontra-se na interpretação histórica, método que procede a análise da lei a partir de “seus antecedentes históricos, verificando as circunstâncias fáticas e jurídicas que lhe antecederam, bem como o próprio processo legislativo correspondente”²¹.

Quando duas normas do mesmo diploma parecem incompatíveis, a aparente antinomia se resolve, principalmente, pela detecção da regra geral e da exceção

A análise da *occasio legis* – que na interpretação histórica busca a origem próxima do texto, do momento em que foi elaborada²² – vem justamente confirmar a hipótese de erro material em virtude da falha na renumeração dos artigos durante os trabalhos legislativos, como vimos. A solução, então, seria fazer a integração legislativa ao sistema lendo-se a remissão feita no § 4º do art. 664 do CPC/15 como sendo ao art. 662, conforme a concepção primeira e que efetivamente lhe dá sentido e aplicabilidade.

Na mesma conclusão se chega na consideração da *origo legis* – método de interpretação histórica pelo qual se busca a origem remota da lei, ou seja, de onde evoluiu na legislação que lhe serviu de modelo²³. A nascente do art. 664, § 4º, do CPC/15 está no art. 1.036, § 4º, do CPC/73, tendo ambos conteúdo normativo idêntico²⁴. Destaque-se que as duas normas versam sobre a mesma hipótese normativa (lançamento e pagamento do imposto de transmissão e taxa judiciária no arrolamento comum), além de igualmente

remeterem à aplicação de procedimento contido em outra norma do mesmo código. Só que a norma do CPC/73 remete ao art. 1.034 e seus parágrafos, que corresponde justamente ao art. 662 do CPC/15, inclusive conforme a concepção originária do projeto de lei. Enquanto que a do CPC/15 remete ao art. 672, que, ao revés, corresponde ao art. 1.043 do CPC/73 e igualmente não tem pertinência alguma à hipótese normativa, eis que, como já anotado, trata da cumulação de inventários.

Não há dúvida de que a norma sob exame evoluiu do direito anterior, de modo que há que se lançar “uma ponte entre as obscuras disposições do presente e os preceitos correspondentes e talvez claros do Direito anterior”, para conhecer o espírito e alcance da norma submetida a exegese²⁵.

Dessa maneira, é inafastável a interpretação de que a norma contida no art. 664, § 4º, do CPC/15, particularmente na parte que remete ao art. 672 do código, está se referindo ao art. 662. Não sendo assim, não haveria como integrar a regra ao sistema normativo, tampouco aplicá-la aos casos concretos, ficando sem solução, ao menos no contexto do código, a disciplina relativa ao lançamento e pagamento do imposto de transmissão no arrolamento comum.

É o que se propõe diante do texto normativo em vigor e enquanto persistir a omissão do legislador na correção do erro material apontado. Confirma-se, pois, a assertiva inicial de que a questão do lançamento e pagamento do imposto *causa mortis*, no arrolamento comum, deve ser resolvida da mesma maneira prevista para o modo sumário, no art. 662 do CPC/15, conforme remete o art. 664, § 4º, do CPC/15, em sua melhor exegese.

4.3 Tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas – Tratamento diferenciado

É necessário, ainda, para concluir a análise da problemática em discussão, discriminar que a regra que se segue no § 5º do art. 664 do CPC/15 diz respeito a encargos tributários diversos, não se apli-

cando ao imposto de transmissão. Referido parágrafo condiciona o julgamento da partilha à prova da “quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas”, que consistem em ônus de natureza diversa do imposto de transmissão.

Com efeito, o ITCMD não consiste em tributo que incide sobre os bens do espólio, mas especificamente sobre a transmissão da herança, que é seu fato gerador (CF, 155, I, *c/c* CTN, 35/42). Inclusive, o próprio CPC/15, sempre que prescreve disciplina relativa ao imposto de transmissão, o faz de modo a discriminá-lo como espécie diferenciada de tributo que é (art. 654: imposto de transmissão a título de morte; 659, § 2º: imposto de transmissão e outros tributos porventura incidentes; art. 662, *caput*: tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade; art. 662, § 2º: imposto de transmissão; art. 659, § 5º: imposto sobre a transmissão da propriedade).

Os tributos que recaem sobre os bens do espólio são aqueles que têm por fato gerador a propriedade, como por exemplo o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) e o imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR). O primeiro (IPTU) tem por fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do município (CF, 156, I, *c/c* CTN, 32); para o segundo (ITR), o fato gerador é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, localização fora da zona urbana do município (CF, 153, VI, *c/c* CTN, 29). Já os tributos sobre as rendas consistem propriamente no imposto de renda, que tem por fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza (CF, 153, III, *c/c* CTN, 43).

Essa distinção conforme a natureza do tributo, como elemento merecedor de tratamento diferenciado no procedimento do arrolamento, foi bem pontuada pelo desembargador Luiz Ambra, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento 85602-08.2013.8.26.000. Ainda que referindo ao art. 1.036, § 5º, do CPC/73 (mas que tem conteúdo idêntico ao atual

art. 664 do CPC/15), afirmou ele que a alusão a bens do espólio, na norma em exame, diz respeito “apenas às dívidas a eles inerentes, por exemplo, ao imposto predial ou ao territorial urbano, de cada imóvel a ser partilhado é que a regra respectiva diria respeito. Não às dívidas do espólio propriamente ditas, relativas (elas sim) à transmissão hereditária de todo o acervo patrimonial, gravável pelo *causa mortis*.” Ainda que a referência no voto tenha sido feita ao art. 1.036, § 5º, do CPC/73, é perfeitamente aplicável à hipótese em exame, eis que referida norma é a correspondente à do art. 664, § 5º, do CPC/15, de idêntico teor²⁶.

O STJ já se manifestou sobre essa matéria, inclusive em julgamento proferido antes da inclusão do § 2º no art. 1.031 do CPC/73,²⁷ quando, justamente, a diferenciação ora apresentada fazia diferença no caso concreto:

No procedimento do arrolamento, disciplinado pelo art. 1.031 e segs. do CPC, a homologação da partilha depende apenas da prova de quitação dos tributos relativos aos bens e às rendas do espólio. No arrolamento não se admitem questões relativas aos lançamentos de tributos relativos à transmissão.²⁸

No mesmo sentido, discriminando os tributos que recaem sobre os bens do espólio e suas rendas do imposto *causa mortis*, Humberto Theodoro Junior, igualmente referindo-se ao art. 1.036, § 5º, do CPC/73: “Provadas as quitações dos tributos relativos aos bens do espólio (e não ao imposto de transmissão de bens), o juiz estará habilitado a julgar a partilha.”²⁹

Não devem ser confundidos, portanto, os tributos cujo pagamento vincula a sentença que julga a partilha com aqueles que não têm essa força e cuja apuração e pagamento devem ser resolvidos na esfera administrativa, como é o caso do ITCMD no arrolamento em suas duas formas, conforme expressa previsão legal.

E tal diferenciação afigura-se de todo relevante diante da revogação do art. 1.031, § 2º, do CPC/73, que condicionava a expedição dos formais de partilha e alvarás ao pagamento de *todos*

os tributos. Na vigência de referida regra, todos os tributos, indistintamente, deveriam ser pagos no curso processo judicial, não importando a natureza. Isso, inclusive, fazia com que essa diferenciação no tratamento conforme a natureza do tributo acabasse por não ter maior significado, por não ter maior relevância no caso concreto. Agora, a situação é diferente, eis que são apenas os tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas que condicionam o julgamento da partilha, no arrolamento comum, a teor do que prescreve expressamente o § 5º do art. 664 do CPC/15. Não mais o imposto de transmissão, cuja sistemática de recolhimento subordina-se expressamente ao disposto no § 4º do art. 664 do CPC/15.

Esse raciocínio afasta, também, a aplicabilidade do art. 192 do CTN no caso de não admitida a tese de revogação, porque igualmente diz respeito aos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas.

Conclusão

Essa é a nova sistemática no que diz respeito ao tratamento do imposto de transmissão *causa mortis* no procedimento especial do arrolamento, na disciplina do CPC/15.

No inventário, há o condicionamento da prolação da sentença que julga a partilha à prova da quitação do tributo conforme exigência do ente fazendário. O pagamento do imposto deve ser feito no curso do processo judicial, sendo que apenas após a manifestação favorável da Fazenda Pública Estadual é que será proferida sentença de julgamento da partilha. É a regra do art. 654 do CPC/15.

No arrolamento sumário, conforme a prescrição dos arts. 659 e 662 do CPC/15, tudo o que se refere ao *causa mortis* passa a acontecer exclusivamente na esfera administrativa, quando já findo o processo judicial. Não há vinculação da sentença da partilha ao pagamento do imposto de transmissão, tampouco qualquer restrição à liberação dos expedientes subsequentes, necessários à transmissão/apropriação dos bens partilhados aos contemplados com a

herança (formal de partilha, carta de adjudicação e alvarás), como havia no direito anterior, inclusive porque o art. 1.031, § 2º, do CPC/73 foi revogado, sem que outra norma de mesmo conteúdo o substituísse.

A norma do art. 192 do CTN – que trata de matéria de conteúdo residual, e não de hipótese reservada à lei complementar – não se aplica ao arrolamento sumário, que tem disciplina própria a respeito. Também porque os impostos a que se refere têm natureza diversa do imposto de transmissão *causa mortis*.

No arrolamento comum, a sistemática relativa ao lançamento e pagamento do imposto *causa mortis* deve ser resolvida da mesma maneira prevista para o arrolamento sumário, ou seja, no art. 662 do CPC/15. Aponta-se erro material no texto do art. 664, § 4º, do CPC/15, particularmente na remissão ao art. 672, que trata tão somente da cumulação de inventários e que, por tal razão, não tem qualquer relação ou pertinência à hipótese normativa para a qual é destinado, conforme o comando expresso e finalístico do art. 664, § 4º, do CPC/15. A integração da falha legislativa deve ser obtida mediante o método da interpretação histórica, cuja exegese indica que a remissão deve ser feita ao art. 662 do CPC/15.

Distingue-se, ainda, a regra contida no § 5º do art. 664 do CPC/15, que condiciona o julgamento da partilha à quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, que consistem em encargos tributários de natureza diversa do imposto de transmissão. O *causa mortis* é tributo que incide sobre a transmissão da herança, que é seu fato gerador (CF, 155, I, c/c CTN, 35/42), ao passo que tributos sobre os bens do espólio são especificamente aqueles que recaem sobre a propriedade, como por exemplo o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (CF, 156, I, c/c CTN 32) e o imposto sobre a propriedade territorial rural (CF, 153, VI, c/c CTN, 29), cujos fatos geradores são diversos. Já os tributos sobre as rendas consistem propriamente no imposto de renda, que tem por fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza (CF, 153, III, c/c CTN, 43).

Não devem ser confundidos, portanto, os tributos cujo pagamento vincula a sentença que julga a partilha com aqueles que não têm essa força, como é o caso do imposto de transmissão *causa mortis* no arrolamento em suas duas modalidades, cuja solução reside exclusivamente na esfera administrativa, conforme expressa previsão legal.

Notas

1. Denise Damo Comel. Doutora em Direito. Juíza de Direito da 1ª Vara de Família e Sucessões, Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial da Comarca de Ponta Grossa/PR. Professora na Escola da Magistratura do Paraná. Bacharel e Licenciada em Psicologia. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Especialista em Psicologia da Educação. Autora dos livros *Do Poder Familiar* (Revista dos Tribunais, 2003), *Manual Prático da Vara de Família* (Juruá, 4ª. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código de Processo Civil, 2016), *Manual Prático da Vara dos Registros Públicos* (Juruá, 2014) e *Novo Código de Normas do Foro Extrajudicial* (Provimento 249/2013, da Corregedoria-Geral da Justiça do Paraná): o que muda: análise comparativa com as normas revogadas, em co-autoria com Caroline Michelotto Pereira Alves e Outras (J.M. Editora), bem como de diversos artigos publicados em periódicos especializados.
2. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.
3. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966.
4. GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 618 e 622.
5. CPC/73: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
6. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II. p. 299.
7. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 299.
8. MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2015. p. 794.
9. Parágrafo 2º acrescentado pela Lei 9.280, de 30 de maio de 1996.
10. MARINONI, Luiz Guilherme e outros. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 659.
11. NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 695.
12. NOVELINO, Marcelo. *Op. cit.*, p. 695/696.
13. SABBAG, Eduardo. *Direito tributário essencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 104.

14. STF. RE 507253 SP. rel. Min. Celso de Mello. j. 11/12/2006. p. DJ 22/02/2007. RTJ 156/721-722.
15. Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), art. 2º, § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
16. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador : Juspodivm, 2016. p. 1068. Ressalve-se, no texto citado, que embora o autor mencione o § 3º, do artigo em análise, o comentário é, na verdade, ao texto do parágrafo 2º.
17. PL 8046/2010 (originado do PLS 166/2010) remetido pelo Senado à revisão da Câmara pelo ofício nº 2428/2010.
18. Embora não se tenha feito pesquisa exaustiva a respeito na doutrina, nas seguintes obras consultadas, referência alguma ao erro normativo foi encontrada: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: procedimentos especiais*. *Op. Cit.*; MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. *Op. cit.*; GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. Processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 12. ed. São Paulo : Saraiva, 2016; MARINONI, Luiz Guilherme e Outros. *Novo código de processo civil comentado*. *Op. Cit.*; MARINONI, Luiz Guilherme e Outros. *Novo curso de processo civil*. São Paulo : RT, 2015. v. 3; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. *Op. cit.*; GONÇALVES, Tiago Figueiredo e Outro. Art. 664. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. BACK, Alessandra. In: FAGUNDES CUNHA, José Sebastião e Outros. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. Não obstante, encontrou-se em artigo de Marcela Furst, ao que parece escrito durante a *vacatio legis*, apontamento de erro no texto do art. 664, § 2º, do CPC/15, inclusive com conclusão de que a remissão adequada seria ao art. 662, do CPC/15 (FURST, Marcela M. Do inventário “arrolamento comum” e o Novo CPC. Disponível em <http://dramarcelamfurst.jusbrasil.com.br/artigos/198325356/do-inventario-arrolamento-comum-e-o-novo-cpc>. Acesso em 28/10/2016.
19. A análise hermenêutica que se segue foi baseada nas seguintes obras: MARQUES, Alberto. *Roteiro de Hermenêutica*. Curitiba: Juruá, 2003; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
20. MARQUES, Alberto. *Op. cit.*, p. 65.
21. GAGLIANO, Pablo Stolze e outro. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1, p. 62.
22. MARQUES, Alberto. *Op. cit.*, p. 61/62.
23. Idem.

24. BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 421.
25. MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit.*, p. 113.
26. TJSP. AI 85602-08.2013.8.26.000. Rel. Des.Luiz Ambra. j. 7.08/2013.
27. O § 2º, do art. 1.031, do CPC/73 foi acrescentado pela Lei 9.280/96, como já referenciado em nota anterior.
28. STJ. REsp. 50.529-1-SP. Ac. Un. da 1ª T. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJ de 20.02.1995. JSTJ/TRFs 71/265.
29. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. III. p. 266.

Referências

- BACK, Alessandra. In: FAGUNDES CUNHA, José Sebastião e Outros. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e Outro. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1.
- GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil. Processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. *Direito processual civil esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GONÇALVES, Tiago Figueiredo e Outro. Art. 664. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme e Outros. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.
- _____. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, v. 3.
- MARQUES, Alberto. *Roteiro de hermenêutica*. Curitiba: Juruá, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2015. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- SABBAG, Eduardo. *Direito tributário essencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 50. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II.
- _____. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. III.

Morosidade da justiça com os dias contados

Ivo Faccenda¹

Juiz de Direito

A MOROSIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS sempre foi um dos grandes dilemas enfrentados pelo Poder Judiciário, o qual de forma silenciosa constantemente suportou este pesado ônus de desgaste perante a sociedade, cuja letargia não encontra qualquer consolo ou justificativa no ditado popular “*a justiça tarda, mas não falha*”, porque a falha está exatamente na demora.

O legislador processual civil, de quem se esperava considerada colaboração para minimizar este descrédito, com redução de prazos e aumento da celeridade processual, acabou colocando uma coroa de espinho sobre a pesada cruz que o Judiciário carrega nesta longa e turbulenta caminhada em torno do assunto vertente.

Não obstante o clamor popular para que as decisões judiciais sejam menos morosas e, via de consequência, mais justas, os juristas que elaboraram o novo Código de Processo Civil não se preocuparam com esta questão, pois nele fizeram constar a contagem dos prazos em dias úteis. O art. 219 do novo código dispõe: “*Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis*”. Isso quer significar que para todos os prazos computados em dias, excluindo-se os contados em horas e meses, computar-se-ão somente os dias úteis, ou seja, sábados, domingos e feriados não são mais considerados, no cálculo do prazo.

Basta uma interpretação literal, ainda que perfunctória, sobre o texto legal para se concluir que esta elasticidade temporal acabou por fomentar ainda mais o atraso na prestação jurisdicional. Alguns entraves processuais iguais a este, somados a outros não menos relevantes, acabam desestimulando o cidadão de postular em juízo os seus direitos

ameaçados ou já lesados. Com esta flexibilização pensou-se mais na comodidade dos profissionais do que na angústia do cidadão de bem.

Com tantas mudanças positivas que ocorreram a partir da vigência do novo Código de Processo Civil, as quais merecem aplausos, pode parecer um certo exagero considerar a contagem dos prazos em dias úteis como fator relevante para o retardamento da prestação jurisdicional. Entretanto, basta a soma desses prazos em processos mais complexos para perceber que eles ultrapassam facilmente os 365 dias do ano.

Não será a crise econômico-financeira que abalou nosso país nem o descrédito moral que atinge e aflige nossas instituições democráticas de direito que conseguirão impedir os constantes avanços já implantados pelo Poder Judiciário

Esse revés da legislação surge em momento inoportuno porque conflita com os esforços do Poder Judiciário no combate à morosidade das decisões, o qual tem adotado sistemas eletrônicos inovadores, ágeis e eficientes tanto para o julgamento do processo quanto para a efetivação do julgado. Alguns exemplos, como o Projudi, E-Proc, PJE, Bacenjud, Renajud, Infojud, entre outros, têm dado resultados extraordinários e alvissareiros.

Não será a crise econômico-financeira que abalou nosso país nem o descrédito moral que atinge e aflige nossas instituições democráticas de direito que conseguirão impedir os constantes avanços tecnológicos já implantados e os que ainda serão planejados pelo Poder Judiciário para dinamizar os processos com a finalidade de evitar o perecimento do direito. A esperança e o desejo é de que os ditos populares “*ganhou, mas não levou*” e “*a justiça tarda, mas não falha*”, reflexos das decisões tardias e injustas, tenham seus dias contados.

Nota

1. Ivo Faccenda. Juiz de Direito.

Controle de convencionalidade e proteção dos direitos das pessoas com deficiência para além do discurso

Fernando Antônio Prazeres¹

Desembargador do TJ/PR

A igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Não nascemos iguais: tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais.

Hannah Arendt²

MARCO DA TRANSIÇÃO ENTRE O REGIME DITATORIAL e a democracia, a Constituição Federal de 1988 significou novo florescer no até então árido terreno dos direitos e garantias fundamentais. Logo em seu artigo 1º, a lei maior, após reafirmar a consolidação do estado democrático de direito, previu a dignidade da pessoa humana e a cidadania como fundamentos da República.

As inovações, felizmente, vão além. Em observância à vedação ao retrocesso, o texto constitucional previu os direitos fundamentais como cláusula pétrea, tornando-os insuscetíveis de abolição até mesmo por meio de emenda constitucional. Ainda, são os direitos fundamentais revestidos de aplicação imediata, o que sinaliza a

necessidade de sua efetivação na realidade concreta, para além da mera previsão estática.

Assim, é certo que a promulgação da Constituição de 1988, símbolo principal do processo de redemocratização do país, significou a institucionalização dos direitos humanos no Brasil. E tal premissa é reforçada por meio dos §§ 2º e 3º de seu artigo 5º, que estabelecem que os direitos e garantias ali expressos “*não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”, sendo que “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*” (esta última previsão incluída por meio da EC 45/2004).

É certo que a promulgação da Constituição de 1988, símbolo principal do processo de redemocratização do país, significou a institucionalização dos direitos humanos no Brasil

Nota-se, pois, uma abertura de viés material no catálogo de direitos fundamentais expressos ao longo do artigo 5º da Constituição, afastando a ideia de taxatividade ou esgotamento e abrindo espaço para aos direitos reconhecidos no âmbito internacional.

Nesse ponto, de acordo com a orientação atual do Supremo Tribunal Federal, os tratados de direitos humanos aprovados nos termos do já citado artigo 5º, § 3º, da Constituição, teriam valor jurídico equivalente às emendas constitucionais. Já aqueles aprovados pelo Congresso Nacional antes da entrada em vigor da EC 45/2004, por maioria simples, seriam dotados de hierarquia supralegal. Sem adentrar no mérito do acerto ou não do referido posicionamento, já que alvo de profundas divergências, certo é que tais tratados internacionais prevalecem sobre a normativa legal interna e passam a ser parâmetro para o controle de convencionalidade.

Assim, após breve introito, o presente artigo tem por fim fazer um alerta a respeito da pouca, ou quase nenhuma, ou nenhuma mes-

mo, relação que nós, personagens do mundo jurídico, estabelecemos com as normas convencionais, isto é, aquelas derivadas dos tratados e convenções internacionais aos quais o Estado brasileiro formalmente aderiu.

Independentemente do *status* que se pretenda atribuir às normas convencionais, o fato é que, no direito interno, seus operadores – e aqui incluímos magistrados, membros do Ministério Público, advogados, procuradores, consultores – pouco se valem delas para a solução das causas que lhe são postas. É verdade que muito se fala no controle da convencionalidade das leis, mas pouco se pratica, notadamente quando dizem respeito aos direitos humanos.

Para exemplificar, basta uma rápida pesquisa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para verificar que, no âmbito de sua competência, o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em setembro de 1992, é citado, quando muito, para afastar a prisão civil, para sustentar a possibilidade ou impossibilidade de utilização de determinada prova em seara criminal ou, ainda, para impedir a intimação por edital de réu pronunciado por fatos ocorridos antes da edição da Lei 9.271/96. Recentemente, o pacto também foi invocado para fundamentar decisão que descriminalizou o desacato.

Nesse diapasão, convém lembrar, ainda, que para além do texto desses documentos internacionais, o Brasil comprometeu-se a respeitar e observar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto Legislativo 89/1998), de modo que cabe aos operadores do direito, especialmente ao Poder Judiciário, exercer, ainda que de ofício, o controle da convencionalidade das leis. Para isso, magistrados devem ter em conta não só a convenção em si, mas também as decisões e a interpretação que a corte lhe confere.

A propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assim decidiu:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando

um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre direitos humanos. Nesta tarefa o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (Caso Almonacid x Chile).

Vê-se, por aí, que não basta simplesmente invocar a convenção. Deve-se, em respeito às decisões da corte, agregar ao caso concreto a interpretação que ela mesma faz do seu conteúdo.

Vivemos, porém, num jogo de faz de conta: aderimos ao pacto, submetemo-nos às decisões da Corte Interamericana, mas quase nada do que lá é decidido é usado para fundamentar, seja uma pretensão, seja uma decisão. Pecamos nisso, todos nós, juízes, advogados, promotores, enfim, todos aqueles que fazem do direito sua lida diária.

É o que acontece, por exemplo, com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que busca inserir e ao mesmo tempo assegurar ao portador de deficiência igualdade de tratamento social, facilitando o acesso a serviços e concursos públicos. Há, ainda, a determinação da criação de infraestrutura necessária para que esse indivíduo possa, dentro das suas limitações, exercer suas atividades, inclusive profissionais, com dignidade.

A convenção vige no cenário internacional desde 2006, ou seja, há mais de 10 anos, contando com centenas de países signatários. Foi ratificada pelo Estado brasileiro em 2008. É, portanto, norma constitucional. Contudo, simples pesquisa nos sites dos tribunais permite concluir que pouca ou nenhuma atenção é dada ao documento.

Ora, certamente existe farta jurisprudência dos tribunais de outras nações a respeito da interpretação que deve ser dada aos termos da convenção. O que falta para que nós, juízes e demais operadores do direito, a utilizemos como parâmetro do exame de convencionalidade?

Segundo dados do ano de 2011 colhidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), 1 bilhão de pessoas vive com algum tipo de deficiência ao redor do mundo. No Brasil, de acordo com o censo realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 45,6 milhões de pessoas declararam ter ao menos um tipo de deficiência, o que corresponde a 23,9% da população brasileira.

A proteção a esses brasileiros, sabemos, é extremamente recente. Dispositivos que versavam especificamente sobre seus direitos somente puderam ser notados no ano de 1978, por meio da edição da Emenda Constitucional 12. Todavia, considerando o regime ditatorial da época, pouco se caminhou na direção de sua efetividade.

A carta de 1988 manteve a previsão dos direitos contidos na Emenda Constitucional 12/1978, tratando-os, todavia, de forma mais minuciosa, bem como assentando diversas competências nos âmbitos dos poderes Legislativo e Executivo de cada ente federativo.

E aqui cabe um apontamento. As constituições anteriores a 1988 sempre trataram, em maior ou menor grau, do tema isonomia. Contudo, tais previsões não ultrapassavam o conceito de igualdade meramente formal, aquela que toma como iguais todos os indivíduos perante a lei. Foi somente a partir da promulgação da “Constituição Cidadã” que se pôde finalmente observar o ideal de igualização material, que ultrapassa o texto legal e exige uma tomada de postura ativa por parte do Estado, a fim de que os direitos sejam não apenas previstos formalmente, mas concretizados.

As constituições anteriores a 1988 sempre trataram, em maior ou menor grau, do tema isonomia

Revelando um perfil eminentemente social, a carta prevê, em seu artigo 3º, alguns dos objetivos da República, entre os quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades e a promoção do bem-estar de todos, sem qualquer tipo de preconceito. É certo, portanto, que o constituinte sinalizou a necessidade de uma transformação social a partir da implementação de políticas públicas que assegurem a igualdade material a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, o que, em última instância, é o núcleo da própria democracia.

Nesse sentido, é conveniente a explanação de Boaventura de Sousa Santos:

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, aliamente ou reproduza as desigualdades.³

É no contexto de superação da visão meramente formal do princípio da isonomia que se inserem os artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV e V; 227, § 1º, II, e § 2º, e 244, todos voltados à proteção das pessoas com deficiência. Assim, o caminho para que os objetivos traçados pelo constituinte sejam palpáveis se dá por meio da atividade legislativa séria e comprometida, da implementação de políticas públicas adequadas e, por fim, da interpretação jurídica voltada à real efetivação dos direitos ali previstos.

E, neste senso, o Órgão Especial do TJPR, em decisão recente, deu concretude à norma convencional ao julgar improcedente pedido de incidente de declaração de inconstitucionalidade que versava sobre o tempo de utilização dos espaços reservados para deficientes físicos em estacionamentos públicos e privados, mas abertos ao público.

A questão foi assim dirimida:

Incidente de declaração de inconstitucionalidade - Artigo 119, *caput* e parágrafos 1º e 2º da Lei Estadual n. 18.419/2015 - Esta-

tuto da pessoa com deficiência do Estado do Paraná - Concessão de período mínimo de gratuidade em estacionamentos públicos e privados a pessoas com deficiência correspondente ao dobro daquele concedido aos demais veículos ou de trinta minutos, caso não haja gratuidade prevista no estabelecimento - Norma que concretiza o direito à acessibilidade para a pessoa com deficiência, levando em conta o tempo necessário ao seu deslocamento - Inconstitucionalidade formal não caracterizada - Competência concorrente entre a união e os estados para legislar sobre a proteção e integração da pessoa com deficiência (Artigo 24, Inciso XIV, da Constituição Federal) - Convenção internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência que estabelece o dever do estado de assegurar o direito à acessibilidade inclusive em estabelecimentos privados - Diploma incorporado ao ordenamento pátrio com status de emenda constitucional - Ausência de ingerência em matéria de competência privativa da união, ante a preporância da proteção às pessoas com deficiência. Dispositivo legal que suplementa a legislação federal referente ao tema. Incidente rejeitado. (1.368.835-0/01, DJe de 19/09/2017)

O Poder Judiciário, garante de direitos que é, entre os quais os das pessoas com deficiência, figura como protagonista na luta pela sua afirmação. E, considerando a eficácia imediata dos direitos fundamentais, além do *status* de norma constitucional conferido à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é urgente que magistrados se conscientizem da necessidade de fortalecimento da proteção judicial dessa parcela da população, conferindo-se o real sentido ao conceito de cidadania.

Nas palavras do ministro Celso de Melo, ao julgar o *Habeas Corpus* 87.585-8, em 12 de março de 2008:

O Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos

juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário (...) É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

Não basta, pois, nos autoproclamarmos um estado democrático de direito, fundado na dignidade da pessoa humana e na cidadania, se no dia a dia profissional pairamos indiferentes frente às inúmeras possibilidades de concretização dos princípios que asseguram a máxima proteção ao ser humano, notadamente à pessoa com deficiência.

O diálogo com as instituições regionais e globais é, portanto, urgente e necessário. A observância da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, além de imperativo constitucional, é compromisso assumido com a humanidade.

Notas

1. Fernando Antônio Prazeres. Desembargador do TJ/PR.
2. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
3. SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

EM DESTAQUE

A consulesa ou a cônsul? A poetisa ou a poeta?¹

Albino Freire¹

Escritor e membro da Academia Paranaense de Letras, Cadeira 21

VENHO OBSERVANDO, NOS ÚLTIMOS TEMPOS, não apenas nos círculos acadêmicos, mas em toda parte, uma certa inquietude, um certo constrangimento, uma saia-justa – se me perdoam o trocadilho – quando se tem de usar as palavras POETISA e CONSULESA para designar, respectivamente, a mulher que faz versos e a mulher que exerce o cargo de cônsul. E tal perplexidade tenho percebido até mesmo entre filólogos respeitáveis, quando eles titubeiam e tentam fugir do assunto, mais ou menos assim: Sabe, meu caro? Em certos casos, talvez seja possível...

Não, senhores! Não, senhoras! Ou é, ou não é! Aqui não existe meio termo!

Sem mais delongas, entro no assunto.

1. Fundamentos: trata-se de fenômeno linguístico ou de simples modismo?

O objetivo de minha manifestação, aqui e agora, é trazer elementos de convicção – se me permitem a imodéstia – para que os senhores possam tomar, democraticamente, uma ou outra direção, levando consigo alguns argumentos a favor e outros contra. Por aí, já se vê que não se trata de assunto de somenos.

Milenar é o princípio filosófico do *dualismo*, vale dizer, a coexistência de duas forças antagônicas, como matéria e espírito, corpo e alma, princípio do bem e princípio do mal, que se supõe em perpétua luta um contra o outro. Acrescente-se o exemplo, tão explícito

quanto antigo, que vem de tempos imemoriais, quando no paraíso terreal o Criador instituiu o dualismo sexual: macho e fêmea, homem e mulher. Permito-me abster-me de discutir essa tendência atual de misturar tudo, essa insustentável miscelânea que faria Sodoma e Gomorra se transformarem em paraíso terreal, nessa infosismável tentativa de se negar o dualismo sexual.

Estudioso que sou dos fenômenos linguísticos, não gosto de modismos e sou francamente avesso a inovações arbitrárias em matéria de linguagem.

2. A poeta, não: a poetisa!

Vivo me questionando: Por que será que inventaram e tentam impor a forma “*a poeta*”? Seria um poeta fêmeo? Ter-se-ia originado de algum movimento feminista literário? Ora, o feminino de *poeta* é “*poetisa*” – qualquer aluno de primeiro grau sabe disso. Qualquer dicionário registra dessa forma.

Fico imaginando se tal rebeldia não advém de suposta discriminação da própria mulher que faz versos, que se sentiria inferiorizada em relação ao homem por ser chamada de *poetisa*. Isso sim, meus senhores e minhas senhoras, isso sim é um preconceito às avessas! Ora, a rainha da Inglaterra, que exerce o cargo, não se sente inferiorizada por não ser denominada de “rei”.

Não é possível a pretendida igualdade! Não é possível, nem mesmo conveniente, a unificação desse dualismo benfazejo. Faz-me lembrar aquela conhecida anedota que assinala pretensa rivalidade entre gaúchos e mineiros: Diz o mineiro: “Então, gaúcho, quer dizer que no Rio Grande do Sul só tem macho?! Pois, lá em Minas, tem machos e fêmeas. E é tão bom assim...”

A propósito, certo gramático, Luiz Antônio Sacconi, é categórico e mesmo sarcástico. Diz ele: Uma mulher que compõe poemas ou poesias é POETISA. A mulher feminina, pelo menos...

Certa ocasião, tratando do assunto, escrevi: Para mim, a palavra *poetisa* sibila com a doce sonoridade de uma flauta doce... Não com o som amargo do oboé!

Convoco, neste instante, as *poetisas* (e por que não os poetas também?) de nossa Academia, de nosso estado, de nosso país, para encetarmos uma cruzada contra o preconceito e pela valorização da *mulher que faz versos! P-o-e-t-i-s-a* sim, senhor! E com muita honra! *Poeta*, só pra macho.

3. A cônsul, não: a consulesa!

Outra invencionice: “*a cônsul*”... “*A Cônsul*”, para mim, é geladeira! “*Põe na Cônsul...*” Ora, quem precisa dessa inovação arbitrária? Os dicionários modernos registram que o feminino de cônsul é *consulesa*, seja ela detentora do cargo ou apenas mulher do cônsul. Na verdade, a mulher que se diz “cônsul”, no masculino, demonstra seu inconformismo ao ter a mesma denominação que tem a simples esposa do detentor do cargo. Gostaria de chamar, aqui, sua atenção para um fato importante: consulesa deveria ser apenas a detentora do cargo; a mulher do cônsul não teria direito a esse título. Assim como não tem direito ao título de cônsul o marido da consulesa. Ele não será cônsul, a menos que ocupe o cargo de cônsul.

Agora sou eu que lhes pergunto: Isso acontece somente com a palavra “cônsul”? E por quê? Será que agora vamos também dizer: “a senhora duque”?; “a senhora marquês”? “a senhora barão”? Sim... pra não ferir suscetibilidades... para não criar um incidente diplomático!

Daqui a pouco, a *rainha* da Inglaterra (detentora do cargo) pode sentir-se diminuída com tal denominação e vai querer ser chamada de *rei* (*a rei!*). Já o “pobre” marido da *rainha* (detentora do cargo) não tem saída. Ele pode ostentar o título de *duque* (caso o tenha) ou outro qualquer, mas *rei* não será. Percebem a diferença de tratamento? A detentora do cargo tem o título de rainha. A mulher do rei também se denomina rainha. Com o homem já não acontece o mesmo... Só tem direito ao título se for rei.

Em suma, meus senhores e minhas senhoras, eu não encontro a menor justificativa histórica, fonética ou morfológica para essa revolução semântica – ou seria sexual? – deflagrada por uma minoria destoante.

Apenas a palavra *embaixador* tem duas formas para o feminino, ainda assim com os protestos de Napoleão Mendes de Almeida: *embaixadora* para a ocupante do cargo e *embaixatriz* para a mulher do embaixador.

Observem que não é o mesmo caso de *presidente* e *presidenta*. Nos dicionários, consta que *presidente* é comum de dois gêneros: o presidente, a presidente. E *presidenta* é feminino de *presidente*. Logo, tanto *a presidente*, como *a presidenta* são corretos. Se você não gosta de um deles, use o outro, então!

4. A cônsul e a poeta: resultado da evolução linguística?

Um argumento de meus opositores que poderia impressionar é o de que a língua é dinâmica e está em constante evolução. Daí, parodiando o mestre Zagalo, teríamos de engolir as formas “a cônsul” e “a poeta”. Mas o argumento não serve, não convence, porque as mutações e transformações que acontecem na evolução linguística são realizadas a partir do linguajar do povo e não da língua culta dos eruditos. O que evoluiu para o português que hoje falamos não foi o latim clássico de Cícero e de César; foi o latim vulgar, falado pelos soldados romanos, que invadiram a península ibérica. Aliás, quem estudou gramática histórica conhece os numerosos fenômenos da evolução linguística, como assimilação, dissimilação, aférese, paragoge... e uma infinidade deles. E eu lhes confesso que, no estudo da evolução linguística, jamais encontrei fenômeno igual a este de que tratamos: em que uma palavra dicionarizada como masculina, e assim usada por toda população, de repente vem a ser modificada para comum de dois gêneros. Observe-se que “a cônsul” é imposição por parte da língua diplomática. E “a poeta” é imposição da língua culta, por influência de um feminismo, *data venia*, mal-informado.

Em suma, que me perdoem os modernos, mas não posso aceitar, calado, impassível, tais modismos simplistas, que atentam contra os critérios etimológicos da língua!

5. O que dizem os gramáticos e os lexicógrafos sobre “a cônsul”

O dever de lealdade obriga-me, contudo, a revelar que, no vultoso Dicionário Mor da Língua Portuguesa, que teve a supervisão de Cândido de Oliveira, encontrei o seguinte: Cônsul: substantivo masculino e, mais adiante, a observação de que é também a mulher detentora do cargo... Os senhores hão de convir que é um contrasenso. Ora, se a palavra é masculina, não pode ser comum de dois gêneros. Contraria o princípio filosófico da identidade. Uma coisa não pode, ao mesmo tempo e sob o mesmo ponto de vista, ser e não ser: “a cônsul”!

Já o Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, da Academia Brasileira de Letras – de 1999 –, registra CÔNSUL como substantivo masculino. Descarta-se, dessa forma, o feminino “A CÔNSUL”.

Disse-me um ilustre confrade da Academia que encontrou no dicionário de Antenor Nascentes o registro de “a cônsul” como sendo um *brasileirismo*. Ora, não estou aqui para contestar o que disse Antenor Nascentes, um dos maiores filólogos e lexicógrafos que este país já conheceu. Mas eu estou seriamente inclinado a pensar que aquele registro é equivocado. E eu lhes afirmo que não estou sendo presunçoso, não! E eu vou lhes mostrar porque: Faz algum tempo, fiz uma consulta à Embaixada de Portugal, nos seguintes termos:

“Como se pode usar na linguagem oficial esse termo (*cônsul*) como comum de dois gêneros, se os dicionários não o registram dessa forma, mas apenas como masculino (*o cônsul*)? E mais! Como se pode fazer tal uso em afronta ao disposto na Lei 2.749, de dois de abril de 1956?”

A resposta veio lacônica:

“Em Portugal, aplica-se a fórmula “A senhora Cônsul” como se aplica “A senhora Juiz”, “A senhora General”. Trata-se de profissões que até recentemente eram só masculinas e este facto prevalece sobre as considerações meramente gramaticais...”

Como os senhores veem, a expressão “a cônsul” não pode ser um *brasileirismo*, mas, antes, um *lusitanismo*! Como viram, não é

no Brasil que se usam as formas “a senhora cônsul”, “a senhora juiz”, “a senhora general”, mas sim em terras lusitanas.

Formulei a mesma consulta à Academia Brasileira de Letras, com quem fiz vários contatos telefônicos e por via da internet. Fiquei sabendo, por assessores, que o acadêmico Evanildo Bechara, professor e gramático respeitado, tinha sido designado para fazer o respectivo estudo e me dar uma resposta. Estou esperando até hoje uma resposta por escrito. Não sei o que aconteceu, mas, de repente, eu

Feminismo não é uma batalha, mas um esforço conjunto para harmonizar a ação entre homens e mulheres...

não conseguia mais falar com ninguém da Academia. Tentei várias vezes falar com o professor Bechara, na Academia e em sua casa, onde deixei recados com a secretária eletrônica, e nada. Depois de vários dias de numerosas tentativas heróicas, fruto de uma obstinação ariana e de uma baianidade atávica, acabei conseguindo falar com o prof. Bechara. Sobre POETISA, ele disse que é assim que ele

ensina em sua gramática, para designar a mulher que faz versos. Diz ele que a própria Cecília Meireles, quando certa feita denominou-se POETA, ela o fez de forma genérica, usando a licença poética. Aconselhou-me a comprar a gramática dele, e eu a comprei e estudei. Ele não aceita a forma “A POETA”. Quanto a CÔNSUL, ele é mais condescendente: diz que vivemos um período de incertezas, de contingências sociais e coisa e louca... E que aos filólogos compete apenas registrar as tendências da língua. Em relação ao descumprimento da lei federal – que suscitei –, não quis comentar. E quanto a uma posição da Academia, também não quis manifestar-se oficialmente.

Ora, meus queridos poetas e minhas veneráveis poetisas. Mal comparando, no início do século passado, lá por 1907, meu ilustre conterrâneo, Rui Barbosa, esteve envolvido em celeuma parecida, em que se discutiam as alterações por ele sugeridas na redação do Código Civil, tendo escrito sua famosa *Réplica*, em que apaixonadamente sustentou suas posições linguísticas. Ele defendeu, então,

uma língua baseada no uso... Pois bem, meus senhores e minhas senhoras, o povo – decididamente – *não usa* a expressão “a cônsul”, muito menos, “a poeta”. E quem faz a evolução é o povo!

Em suma, a solução do problema é muito simples: consultem os dicionários e vão ver que tenho razão.

Mas, se ainda assim, tiverem dúvidas, trago-lhes o testemunho e a lição de um dos maiores gramáticos brasileiros, Napoleão Mendes de Almeida. Ouçam o que ele diz:

Não devemos aceitar *embaixador, cônsul, vereador, deputado, prefeito, ministro* e outros que tais nomes como uniformes. Quando mulher desempenha tais funções, a forma feminina se impõe: *embaixatriz, consulesa, vereadora, deputada, prefeita, ministra, engenheira, cirurgiã...* Se a língua portuguesa costuma chamar de *embaixatriz* quem na realidade embaixatriz não é mas apenas mulher do embaixador, como não aceitar a forma feminina para designar a mulher que realmente exerce uma embaixatura, um consulado, uma prefeitura, uma deputação, uma vereação? Não aceitar a forma feminina é dizer que a língua não possui flexão genérica, uma vez que é impossível afirmar que os que exercem tais atividades não possuem sexo... É também fato que existe lei federal* (2.749, de 2/4/56) e lei estadual (27.407, de 8/2/57) que têm por fim dar um paradeiro à real esquisitice de formas masculinas para cargos ocupados por mulheres: *chefe, chefe; contínuo, contínua; porteiro, porteira...* Que leis não houvesse, o bom senso se impõe diante dos fatos de nossa gramática; não se estranhe *consulesa*, como de estranheza não devem ser os femininos *deputada, prefeita, vereadora, coronela, generala, juíza, ministra* e outros.

Enfim, se presentes estivessem aqui – e eu sei que não estão – adeptos de um feminismo equivocado, eu gostaria de lembrar a eles o pensamento de conhecida psicóloga ao afirmar que as mulheres ainda não se deram conta de que o feminismo não é uma batalha, mas um esforço conjunto para harmonizar a ação entre homens e mulheres...

Notas

1. Adaptação de palestra proferida pelo acadêmico Albino Freire na sessão da Academia Paranaense de Letras do dia 31 de outubro de 2006).
2. Albino Freire. Escritor e membro da Academia Paranaense de Letras, Cadeira 21.
- * LEI FEDERAL N. 2.749, DE 2 DE ABRIL DE 1956
(Publicada no Diário Oficial da União de 5.4.1956)
Dá norma ao gênero dos nomes designativos das funções públicas
Art. 1º Será invariavelmente observada a seguinte norma no emprego oficial de nome designativo de cargo público:
“O gênero gramatical desse nome, em seu natural acolhimento ao sexo do funcionário a quem se refira, tem que obedecer aos tradicionais preceitos pertinentes ao assunto e consagrados na lexeologia do idioma. Devem, portanto, acompanhá-lo neste particular, se forem gramaticalmente variáveis, assumindo, conforme o caso, feição masculina, quaisquer adjetivos ou expressões pronominais sintaticamente relacionadas com o dito nome”.
Art. 2º A regra acima exposta destina-se por natureza às repartições da União Federal, sendo extensiva às autarquias e a todo serviço cuja manutenção dependa, totalmente ou em parte, do Tesouro Nacional.
Art. 3º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

JURISPRUDÊNCIA

Ementário do TJPR

ADMINISTRATIVO

Procedimento licitatório é indispensável para indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias

Ação de preceito cominatório e ação cautelar incidental de produção antecipada de prova. Transporte coletivo de passageiros. Linhas da Região Metropolitana de Curitiba não constantes da RIT - rede integrada de transporte. Reajuste de tarifas visando o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, vencidos e prorrogados sem licitação. Inadmissibilidade. Supremacia do interesse público. Apelação interposta pelo Estado do Paraná provida para julgar improcedente a pretensão, restando prejudicados o reexame necessário e apelação interposta pela coordenação da Região Metropolitana de Curitiba (COMEC). É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser “indispensável a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, ainda que os Termos de Permissão tenham sido

assinados em período anterior à Constituição Federal de 1988” (STJ, 2ª Turma, AgRg. nos EDcl. no REsp. n. 799.250/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 17.12.2009).

(TJ/PR - Reex. Necessário n. 1437863-3 - 5a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Adalberto Jorge Xisto Pereira - Fonte: DJ, 04.10.2016).

Município deve indenizar paciente que teve comprometimento da função mastigatória

Apelação Cível e Recurso Adesivo - Ação de indenização por dano moral c/c dano estético - Demora na conclusão de tratamento odontológico - Paciente privada da função mastigatória durante meses - Município de Umuarama que reteve os valores para o pagamento dos serviços - Conduta omissiva - Responsabilidade civil subjetiva - Culpa configurada - Omissão do ente municipal que concorreu para o resultado danoso - Nexo causal presente - Responsabilização atribuída ao município e ao consórcio intermunicipal de saúde, de forma solidária - Valores arbitrados

a título de dano moral reduzidos - Honorários advocatícios majorados - Recurso principal a que se dá provimento - Apelo adesivo parcialmente prejudicado e, na parte conhecida, provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1701809-2 - 2a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Antônio Renato Strapasson - Fonte: DJ, 19.09.2017).

Estado deve fornecer vaga em centro de educação próximo à residência da infante

Apelação cível e reexame necessário. Mandado de segurança. Aplicação do Código de Processo Civil de 2015. Ensino. Sentença que concedeu a segurança pleiteada pela impetrante. Disponibilização de vaga em centro de educação próximo à residência da infante. Obrigação constitucional do estado de garantir acesso à educação infantil. Decisão que reflete o entendimento dos tribunais superiores e desta corte de justiça, corroborada por dispositivos do estatuto da criança e do adolescente. Direito fundamental básico e de prioridade absoluta. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida em sede de reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível e Reex. Necessário

n. 1673190-5 - 6a. Câm. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Carlos Eduardo**

Andersen Espínola - Fonte: DJ, 20.09.2017).

Portador de visão monocular pode concorrer às vagas reservadas a pessoas com deficiência

Direito processual civil e administrativo. Concurso público para cargo de guarda municipal. Candidato inscrito para vagas de concorrência geral, portador de visão monocular. Exclusão do certame, na fase do exame admissional. Alegada capacidade de desempenho das funções. Matéria controvertida. Ausência de *fumus boni juris*. a) A visão monocular é considerada deficiência que, nos termos da Lei e jurisprudência consolidada, autoriza o portador a concorrer às vagas reservadas a deficientes físicos. b) De qualquer modo, o fato do Agravado poder ou não ter se inscrito para as vagas reservadas é de todo irrelevante, porque conseguiu classificação para vagas de concorrência geral, às quais optou livremente no momento da inscrição. c) O portador de visão monocular não tem, só por isso, direito à nomeação em concurso público, o que depende, além da aprovação nas fases anteriores, da avaliação da compatibilidade das suas limitações com as exigências para o desempenho da função que pretende exercer. d) É inegável que a visão monocular não é igual à visão binocular em termos de qualidade e campo visual. A verificação do quanto isso interfere - ou não - nas atividades que pretende desempe-

nhar, reclama mesmo dilação probatória, o que afasta o “fumus boni juris” e desautoriza a concessão da liminar. 2) Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1673623-9 - 5a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. **Carlos Mansur Arida** - Fonte: DJ, 09.10.2017).

Concessionária de serviço público deve indenizar em decorrência da interrupção no fornecimento de energia elétrica

Danos materiais e morais. Interrupção no fornecimento de energia elétrica. Descarga atmosférica. Meio rural. Demora para o conserto. Morte de aves. Alegação de impossibilidade da indenização em razão da existência de contrato de parceria agrícola. Inovação recursal. Art. 1.013 do CPC/15. Recurso não conhecido neste ponto. Responsabilidade objetiva. Concessionária de serviço público. Dever de continuidade no fornecimento de energia elétrica. Evento previsível. Risco da atividade. Dever de indenizar. Dano material fixado com base no valor de venda da ave. Indenização reduzida. Dano extrapatrimonial não verificado. Número de aves mortas que não ultrapassa à normalidade. Ausência de dano a personalidade do autor. Sentença reformada. Verba sucumbencial redistribuída. Recurso parcialmente conhecido

e, nesta extensão, parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1679311-8 - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Clayton de Albuquerque Maranhão** - Fonte: DJ, 25.09.2017).

A existência de contrato vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação gravado com hipoteca ao tempo da alegada posse resulta no impedimento de transcurso do prazo da usucapião

Apelação Cível - Ação de imissão na posse com perdas e danos - Prescrição aquisitiva como matéria de defesa - Sentença de parcial procedência - Recurso da requerida - Apelante que estava na posse do imóvel em virtude de contrato de mútuo garantido por hipoteca submetido ao sistema financeiro de habitação - Impossibilidade de usucapião pelo mutuário - Imóvel destinado a famílias de baixa renda adquirido com recursos do governo federal - Posterior arrematação do imóvel pela Emgea que não retira o status de bem público, nos termos da jurisprudência - Apelante que somente pode invocar a usucapião a partir da aquisição do imóvel pela apelada - Apelada que adquiriu o domínio em 23.03.2016 e notificou a apelante para que desocupasse o imóvel em 14.04.2016 - Requerida que estava na posse e não quitava as despesas inerentes ao imóvel - Fotos que compro-

vam que o imóvel se encontrava em péssimas condições - Ausência de preenchimento dos requisitos erigidos ao sucesso na usucapião na modalidade especial urbana - Alegações relativas à ausência de notificação e alienação por preço vil que devem ser deduzidas em demanda própria - Recurso não conhecido quanto ao ponto - Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa que, ante as particularidades do caso, comportam minoração - Honorários advocatícios sucumbenciais readequados para 12% (doze por cento) (TJ/PR - Ap. Cível n. 1690059-3 - 18a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Denise Kruger Pereira** - Fonte: DJ, 09.10.2017).

Município possui responsabilidade por acidente envolvendo menor em praça pública malconservada

Apelação Cível - Responsabilidade Civil - Nulidade da sentença por ausência de fundamentação - Inocorrência - Acidente com menor em praça pública - Má-conservação da mesma - Responsabilidade do município caracterizada - Dano material e moral devidamente configurados - Dever de indenizar - Recurso desprovido. Apelação Cível - Danos morais - Quantum indenizatório - Fixação de acordo com os princípios da razoabilidade

de e proporcionalidade - Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1570772-3 - 1a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Guilherme Luiz Gomes** - Fonte: DJ, 23.11.2016)

Servidor público exonerado deve receber férias não usufruídas em pecúnia

I - Reexame necessário. Ação de cobrança. Servidor público exonerado. II - Direito de receber férias. Possibilidade de conversão das férias em pecúnia cessando o vínculo entre as partes, para evitar o enriquecimento indevido do município que recebeu os serviços prestados pelo trabalhador, o qual deixou de usufruir das férias. III - Aplicação dos artigos 39, § 3 e 7, XVII, da Carta da República. IV - indenização por tempo de serviço. Aplicação da Lei Municipal 20/93, art. 207. V - sentença mantida em reexame necessário, exclusão, de ofício, da súmula vinculante n. 17 do STF.

(TJ/PR - Reex. Necessário n. 1681542-4 - 1a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jorge de Oliveira Vargas** - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Gravidez não justifica a remarcação de exames físicos em concurso público

Direito administrativo. Mandado de segurança. Processo seletivo simplificado, cargo de bailarino. Impossibilidade de remarcação de exames físicos em razão de cir-

cunstâncias pessoais de candidatos, inclusive, gravidez. Vedação prevista no edital. a) A questão da impossibilidade de realização postecipada de teste físico em Concurso Público, em virtude de situações pessoais dos candidatos - aí incluída a gravidez -, foi submetida, sob o rito da repercussão geral, ao crivo do Supremo Tribunal Federal (RE 630733), que entendeu pela inexistência de direito à remarcação de provas. Agravo de Instrumento n. 1716981-2. b) Da mesma forma, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que, quando é vedado expressamente no Edital do Concurso Público, não tem direito à remarcação do teste de aptidão física o candidato que, por questões pessoais, não pode realizá-lo (AgRg no RMS 46.386/BA). c) No caso, os itens 7.11.1 e 7.16 do Edital de Processo Seletivo Simplificado n. 01/2017, que rege o Certame para o qual a Impetrante se candidatou, vedam expressamente a remarcação de nova data para a realização de teste de aptidão física. d) Portanto, em virtude da expressa vedação de realização de segunda chamada para a prova, somada à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão Geral, a candidata/Agravada, não possui a fumaça do bom direito, requisito necessário para a concessão de liminar em Mandado de Segurança, e, portanto, não tem direito a se

submeter à avaliação física em data diversa, e, também, não possui direito à reserva de vaga. 2) Agravo de Instrumento a que se dá provimento.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 1716981-2 - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Leonel Cunha** - Fonte: DJ, 16.10.2017).

Adicional noturno não é vantagem inerente ao cargo de agente penitenciário

Apelação cível. Ação ordinária. Servidor público. Afastamento em virtude de licença para tratamento de saúde. 1. Adicional noturno. Natureza *propter laborem*. Vantagem que não é inerente ao cargo de agente penitenciário e que só é devida enquanto o servidor, de fato, desempenhar suas atividades em horário noturno. 2. Férias acrescidas do terço constitucional. Trabalho ficto no período de licença para tratamento de saúde. Desnecessidade de concessão de férias. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1631621-5 - 4a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Taro Oyama** - Fonte: DJ, 13.06.2017).

Suspensão de licença de servidor público deve ser fundamentada

Apelação cível e remessa necessária. Mandado de segurança impetrado por agente de execução - técnica de enfermagem, lotada

junto ao Hospital da Polícia Militar do Paraná. Ato impugnado que suspendeu a licença para fins particulares concedida à impetrante (apelada). Sentença que concedeu a segurança almejada. Dever da administração pública de fundamentar seus atos, ainda que discricionários. Ato que suspendeu a licença concedida à apelada que apresenta carência de fundamentação. Nulidade. Não provimento do recurso. Sentença que merece ser mantida em remessa necessária. Apelação cível conhecida e desprovida. Sentença integralmente mantida em remessa necessária. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1690203-1 - 4a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Maria Aparecida Blanco de Lima** - Fonte: DJ, 18.10.2017).

Impossibilidade de locatário transferir a terceiros sala comercial em rodoviária face a ausência de licitação em contrato de concessão

Embargos de declaração. Ação anulatória de ato administrativo combinada com imissão na posse e indenização por perdas e danos. Sala comercial em rodoviária municipal. Contrato de concessão. Superveniência do termo contratual. Transferência a terceiros mediante locação. Concessão extinta. Posterior contrato de permissão entre município e antigo locatário. Possibilidade. Ausência de licitação no contrato de permis-

são. Prequestionamento implícito. Matéria devidamente apreciada. Omissão não caracterizada. Ausentes quaisquer vícios de julgamento no acórdão torna inviável o acolhimento dos embargos de declaração, que não se prestam para apreciar matéria já julgada. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

(TJ/PR - Embs. de Declaração n. 1196540-3/01 - 5a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. **Nilson Mizuta** - Fonte: DJ, 14.08.2014).

Falta de vagas não impede a matrícula de criança em ensino infantil

Apelação cível e Reexame Necessário. Ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela. Vaga em creche municipal. Garantia constitucional de acesso à educação infantil. Direito fundamental. Imposição legal de atendimento gratuito em creches ou pré-escolas. Art. 208, inciso IV, da Constituição Federal e artigos 53 e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Honorários fixados em valor módico, não comportando redução. Custas processuais. Isenção prevista art. 141, § 2º do ECA que não se aplica ao município. Recurso conhecido e não provido. Sentença parcialmente reformada em grau de reexame. A falta de vagas por questões orçamentárias não autoriza o ente federado a recusa de matrícula em

creche da rede municipal de educação infantil sob pena de ofensa ao direito constitucional de acesso à educação. “A jurisprudência do STF firmou-se no sentido da existência de direito subjetivo público de crianças até cinco anos de idade ao atendimento em creches e pré-escolas. (...) também consolidou o entendimento de que é possível

a intervenção do Poder Judiciário visando à efetivação daquele direito constitucional.” (RE 554.075-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 21-8-2009) (TJ/PR - Ap. Cível n. 1674559-8 - 7a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ramon de Medeiros Nogueira** - Fonte: DJ, 16.10.2017).

CIVIL

Longa espera em agência bancária gera dano moral

Responsabilidade civil. Longa espera em fila de agência bancária por tempo superior ao estabelecido em Lei Municipal. Dano moral configurado. Necessidade de prevenção de novos atos semelhantes lesivos ao consumidor. *Quantum* indenizatório. Valor arbitrado de acordo com a extensão do dano. Autora que possui várias demandas ajuizadas contra instituições bancárias. Montante que deve compensar o abalo sofrido sem, contudo, acarretar em acréscimo patrimonial indevido. Redistribuição da sucumbência. Incidência da súmula 326 STJ. Apelação parcialmente provida. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1704312-6 - 10a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Albino Jacomel Guérios** - Fonte: DJ, 02.10.2017).

Adquirente de linha telefônica deve receber a quantidade de ações correspondentes ao valor patrimonial na data da integralização

Apelações cíveis. Ação de adimplemento contratual. Sentença de procedência. Insurgência. Interesse processual. Verificado. Código de Defesa do Consumidor. Aplicável. Mérito. Fato constitutivo comprovado. Autor que acostou aos autos documentos suficientes a embasar seu pleito. O adquirente de linha telefônica tem o direito de receber a quantidade de ações correspondentes ao valor patrimonial na data da integralização (VPA - Valor Patrimonial da Ação), bem como os respectivos dividendos, com base no balancete do mês em que houve a integralização do capital, nos termos da súmula n. 371,

do STJ. Juros de mora. Incidência a partir da citação. Grupamento de ações. Matéria a ser analisada em liquidação de Sentença. Apelos conhecidos e não-providos.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1706147-7 - 7a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

Ana Lúcia Lourenço - Fonte: DJ, 18.09.2017).

Tarifa de emissão de carnê é válida em contratos firmados até 30.04.2008

Agravo Interno - Negativa de seguimento com base no artigo 1.030, inciso I, alínea "B", do Código de Processo Civil de 2015 - Ação revisional de contrato - Validade na pactuação de tarifa de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação decorrente do mesmo fato gerador, nos contratos celebrados até 30.04.2008 - Acórdão que entendeu pela ausência de abusividade no caso concreto - Decisão em harmonia com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no RESP n. 1.251.331/RS, representativo da controvérsia - Alegação do recorrente de que não houve contratação de referida tarifa - impossibilidade de reexame em sede de recurso especial - Óbice previsto nos enunciados das súmulas 5 e 7 do STJ. Agravo desprovido.

(TJ/PR - Ag. Interno n. 1336989-

6/03 - O. E. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Arquelau Araujo Ribas - Fonte: DJ, 03.10.2017).

Presume-se a culpa do motorista que colide na traseira do veículo automotor

Apelação Cível - Ação de reparação de danos - Acidente de trânsito - Presunção relativa de culpa do veículo automotor que colide na traseira - Conjunto probatório que não comprova a direção cautelosa do motorista réu - Inteligência do artigo 29, II, do CTB - Dano moral - Montante fixado de acordo com as particularidades do caso - Manutenção - Correção monetária - Matéria de ordem-pública - Alteração do índice de ofício - Recurso desprovido, com alteração, de ofício, do índice de correção monetária.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1683559-7 - 9a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Domingos José Perfetto - Fonte: DJ, 29.09.2017).

Resolução do contrato em caso de inadimplemento do outro contratante é direito potestativo contra o qual não corre prazo decadencial

Ausência de comprovação do preparo no momento da interposição do recurso (art. 1.007 do NCPC). Benefício da justiça gratuita indeferido. Deserção evidenciada. Impossibilidade de recolhimento ou comprovação dele em momento posterior. Recurso não conhecido. Apelo 1 (do autor). Ação de resolução de contra-

to de compromisso de compra e venda. Sentença que reconheceu a prescrição da pretensão inicial. Inocorrência. Resolução que é direito potestativo. Interpretação restritiva acerca das possibilidades de limitação de direitos. Ausência de previsão legal de prazo decadencial. Direito de resolução do contrato (art. 475 do CCB/02) que não decai nem prescreve. Direito potestativo que não se confunde com as pretensões que nascem de sua efetivação. Fundamentação da sentença que não se sustenta. Resultado de improcedência dos pedidos iniciais, todavia, que deve ser mantido. Autor que pleiteia resolução de compromisso de compra e venda do qual não fez parte originalmente. Alegação de existência de cadeia de “negócios de gaveta” relacionando o promissário-comprador originário ao autor. Necessidade da notificação e do consentimento do devedor sobre as aparentes cessões de posição contratual. Arts. 290 e 299 do CCB. Fatos que sequer foram alegados. Ineficácia das cessões perante o devedor. Autor que não pode pleitear a resolução do contrato e nem perdas e danos pelo inadimplemento. Sentença mantida por fundamentos diversos. Recurso desprovido. O direito previsto no art. 475 do CCB (resolução do contrato em caso de inadimplemento do outro contratante) não se sujeita à prescrição nem à decadência, posto

que se trata de direito potestativo contra o qual não há previsão legal expressa de prazo decadencial.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1594148-9 - 17a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Fernando Paulino da Silva Wolff Filho

- Fonte: DJ, 09.10.2017).

Indenização por dano moral decorrente de inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito independe de prova

Apelação Cível - Ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c indenização por danos morais - Inscrição indevida do nome do autor nos cadastros restritivos de crédito - Dano *in re ipsa* - Desnecessidade de prova sobre as consequências danosas, ainda que se trate de pessoa jurídica - dever de indenizar configurado. Recurso conhecido e provido.”O STJ já firmou entendimento que “nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica” (REsp 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/12/2008)”. - (STJ, AgRg no REsp 1146907 / AM, Rel. Marco Buzzi, Julg. 24/09/2013, Pub. DJe 02/10/2013). (TJ/PR - Ap. Cível n. 1661303-1 - 9a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Luiz Macedo Junior** - Fonte: DJ, 11.09.2017).

Atendimento por médico e hospital não credenciados é devido quando se tratar de caso de urgência e emergência

Agravo de Instrumento - Ação de obrigação de fazer - Autora que possui malformação vascular extensa de face/língua - Médica não credenciada ao plano de saúde que indica o procedimento de embolização de malformação vascular com a medicação OK 432 - Picibanil, a ser realizado em hospital não credenciado - Negativa de cobertura - Alegação de que existe médico e hospital credenciados que realizam o referido procedimento - Ausência de comprovação de especialidade - Necessidade de uma melhor instrução probatória - Emergência caracterizada - Procedimento que, em um primeiro momento, deve ser coberto. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1558319-2 - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Gilberto Ferreira** - Fonte: DJ, 06.10.2017).

Longa espera em fila de banco gera indenização por dano moral

Ação de indenização por danos morais. Espera em fila de banco. Demora no atendimento que extrapolou o limite previsto em leis estadual e municipal. Sentença de improcedência do pedido inicial. Pleito de indenização por dano moral. Possibilidade. Falha na

prestação do serviço. Danos morais presumidos. Posicionamento uniformizado pela câmara. Dever de indenizar. Ressalva do entendimento pessoal deste relator. Fixação da indenização pautada nas particularidades do caso concreto. Apelante com demanda similar ajuizada. Atenção à proporcionalidade e à razoabilidade. Vedação de enriquecimento indevido. Reforma da sentença. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1.730.799-6 - 10a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Guilherme Freire de Barros Teixeira -

Fonte: DJ, 16.10.2017).

Omissão no envio de boletos de cobrança não justifica a inadimplência e não afasta a mora

Agravo de instrumento. Ação de consignação em pagamento cumulada com indenização por danos morais. Decisão agravada que indefere liminar para retirada do nome dos agravantes dos cadastros de proteção ao crédito. Probabilidade do direito não evidenciado. Alegação de falta de envio de boletos para pagamento do saldo devedor. Valor e vencimento da dívida de conhecimento do devedor. Pagamento que deve ser realizado no tempo e modo contratados. Inscrição do nome dos devedores realizada em 2014. "Periculum in mora" não demonstrado. Ausência dos requisitos

autorizadores da medida liminar. Indeferimento mantido. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1719760-5 - 15a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hamilton Mussi Correa** - Fonte: DJ, 10.10.2017).

Valor a ser pago a título de alimentos pode ser revisto a qualquer tempo

Direito civil e processual civil. Direito de família. Agravo de instrumento. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c guarda, visitas e alimentos. Decisão agravada que fixou alimentos em favor das filhas menores no importe de três salários mínimos. Ausência de provas que conduzam a um juízo de verossimilhança da possibilidade de arcar com o valor concedido pelo magistrado singular. Necessidade de instrução probatória para averiguação dos rendimentos do alimentante. 1. A fixação da obrigação alimentar deve ser realizada com observância de seu trinômio formador: necessidade, possibilidade e proporcionalidade. Deste modo, poderá o valor fixado a título de alimentos ser revisto sempre que houver modificação em seu trinômio, com vistas a garantir o princípio da proporcionalidade. 2. No decorrer da instrução processual, a exposição fática e o esclarecimento do contexto das partes permitirão ao magistrado reavali-

o valor fixado, podendo, se for o caso, readequá-lo. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1548403-6 - 12a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ivanise Maria Tratz Martins** - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Locatário que não pode provar consignação em pagamento deve ser despejado por denúncia vazia

Apelação Cível n. 1083317-7 - ação de consignação em pagamento - dúvida a quem pagar - venda do imóvel locado - sentença que considerou insuficientes os valores consignados - decisão correta - existência de alteração verbal do valor mensal da locação e da responsabilidade pelo pagamento de água e luz que ficaram por conta do locatário - fato devidamente demonstrado - autor que não produziu nenhuma prova capaz de comprovar as suas alegações - valor dos honorários advocatícios fixados em favor do advogado do autor - necessidade de majoração - recurso parcialmente provido. recurso adesivo - parcial conhecimento - inovações recursais - ApCv 1083317-7 e ApCv 1135805-7 12ª CCV juros e correção monetária que devem incidir sobre a diferença entre o valor depositado e o efetivamente devido a partir do vencimento - recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. Apelação Cível

n. 1135805-7 - ação de despejo por denúncia vazia - tutela antecipada deferida na sentença em razão da insuficiência dos valores consignados - decisão acertada - recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1135805-7 - 12a.

Câm. Cív. - ac. unânime - Rel.: Des.

João Domingos Kuster Puppi - j. em 23.07.2014 - Fonte: DJ, 08.08.2014).

Cabe ao financiador arcar com danos no imóvel decorrentes de vícios de construção

Apelação Cível - Ação ordinária de cobrança - Seguro habitacional - Sentença de improcedência - Competência da Justiça Estadual reconhecida pela Justiça Federal - Mérito - Aplicação do CDC - Vícios construtivos - Ausência de cobertura - Autor que aponta que os danos no imóvel são decorrentes de vícios de construção - Responsabilidade civil do financiador - Improcedência da demanda que se impõe - Sentença mantida na sua integralidade. Recurso Desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 944335-4 - 9a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José**

Augusto Gomes Aniceto - Fonte: DJ, 11.09.2017).

Entrega da correspondência no endereço do contrato comprova a mora

Ação de reintegração de posse. Pedido julgado procedente. Credor arrendante consolidado na

posse do bem. Devedor fiduciante regularmente constituído em mora. Notificação não entregue no endereço constante no contrato com a justificativa “mudou-se”. Constituição em mora via cartório de protesto. Intimação via edital. Possibilidade. Entrega pessoal. Desnecessidade. Entendimento pacificado neste tribunal e pelo STJ. Recurso desprovido. 1. O entendimento deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que para a comprovação da mora basta a entrega da correspondência no endereço do contrato e, não é necessário que seja recebida pessoalmente pelo devedor fiduciante. 2. É válida a intimação do devedor via edital promovida pelo Oficial do Cartório de Protesto, quando frustrada a tentativa de intimação pessoal.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1700197-3 - 17a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Lauri Caetano da Silva - Fonte: DJ, 09.10.2017).

Ausência de comunicação sobre o trancamento da matrícula a instituição educacional gera o dever de efetuar o pagamento da semestralidade

Apelação cível. Ação monitória. Contrato de prestação de serviços educacionais. Embargos monitórios rejeitados. I) gratuidade de justiça. Ausência de justo motivo para o indeferimento. Hipossuficiência econômica com-

provada. Benefício concedido. Sentença reformada neste ponto. II) Conhecimento. Princípio da dialeticidade. Razões recursais que, embora repitam teses exposta na inicial dos embargos monitorios, continuam a confrontar os fundamentos da sentença. Recurso conhecido. III) preliminar de mérito. Pretensa inépcia da inicial. Inocorrência. Ação instruída com contrato assinado pelas partes. Suficiência para comprovar a relação jurídica. Desnecessidade de assinatura de duas testemunhas. Procedimento monitorio que dispensa a força executória do contrato. IV) prejudicial de mérito. Prescrição. Prazo quinquenal. Ação ajuizada antes do termo final. Hipótese de demora na citação não imputável à autora. Dificuldade de localização da ré. Ato citatório que interrompeu a prescrição retroativamente à data da propositura da ação. Prejudicial rejeitada. V) mérito. Contratação dos serviços educacionais incontroversa. Alegada desistência do curso pouco tempo após o início das aulas. Disposição contratual que exigia requerimento formal para eventual desistência/trancamento. Solicitação não comprovada. Serviços educacionais que foram disponibilizados à autora no semestre cobrado. Obrigação de pagamento das mensalidades inadimplidas subsistente. Alegada abusividade da taxa para solicitação do trancamento

e da multa por rescisão antecipada. Requerida que não cobrou a aludida taxa, nem tampouco da de solicitação de trancamento. Multa contratual não incluída no cálculo da autora. Alegações rejeitadas. VI) Juros de mora e correção monetária. Obrigação contratual líquida e de termo certo. Encargos incidentes desde o vencimento de cada prestação. VII) Honorários advocatícios. Hipótese em que houve fixação de percentual sobre o valor da condenação. Pedido para que a atualização incida apenas desde o ajuizamento da ação. Determinação despicienda. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1682843-0 - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Lilian Romero** - Fonte: DJ, 18.10.2017).

Consumidor deve ser indenizado em decorrência da presença de lesma em molho de tomate parcialmente consumido

Ação de indenização por dano moral. Presença de lesma em molho de tomate fabricado pela ré. Procedência do pedido. Insurgência das partes. Produto que foi ingerido parcialmente pela autora. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Não demonstração das causas excludentes de responsabilidade. Dever de indenizar. Dano moral caracterizado. Indenização

fixada em três mil reais. Caráter punitivo e pedagógico da medida observado. Manutenção do valor. Recursos não providos.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1713241-1 - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Cezar Nicolau** - Fonte: DJ, 06.10.2017).

Depósito em juízo com fins de garantia não afasta a incidência da multa prevista no art. 523, § 1º, do CPC/2015

Agravo de Instrumento. Ação declaratória em fase de cumprimento de sentença. Devolução de valores referentes à substituição do IPC pelo BTNF em cédulas de crédito rural - Ilegitimidade passiva quanto a uma das cédulas. Descabimento. Questão preclusa. - Excesso de execução. Inocorrência quanto a alegação de irregularidades no laudo pericial - Incidência da multa do art. 523, § 1º, do CPC/2015. Possibilidade. Depósito para garantia do juízo que não se confunde com o pagamento voluntário da obrigação. Precedentes - Prequestionamento - Decisão mantida. 1. O processo é um caminhar para frente, daí existindo o sistema da preclusão (lógica, consumativa e temporal), às vezes até mesmo dirigida ao magistrado (*pro judicato*), a fim de que a marcha processual não reste tumultuada. (...)” (STJ - SEGUNDA TURMA - REsp 802416/SP). 2. A impugnação genérica não justifica a determinação de nova ava-

liação ou designação 2 Agravo de Instrumento n. 1.704.350-6 de nova perícia. 3. O depósito em juízo com escopo exclusivo de garantia, a viabilizar a apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença, não se confunde com o pagamento voluntário da obrigação, não havendo que se falar, portanto, em afastamento da incidência da multa prevista no art. 523, § 1º, do CPC/2015.4. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1704350-6 - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Fernando Tomasi Keppen** - Fonte: DJ, 09.10.2017).

Ausência de prova de existência do pacto de locação de veículo afasta a indenização para o locador

Apelação cível - indenização por danos materiais - matéria já submetida à apreciação do colegiado, que por unanimidade de votos, deu provimento ao agravo retido interposto pela requerida, ora apelada, a fim de determinar o retorno dos autos à origem para produção de prova pericial, com o fito de demonstrar a existência do pacto de locação de veículo durante o período de desapossamento do bem - prova técnica que resulta frustrada ante a ausência de documentos contábeis, tanto da locadora quanto da locatária - reparação indevida, ante a ausência de elementos concretos passíveis de

aferição dos alegados danos suportados - sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1179497-3 - 10a. Câm. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. **Luiz Lopes** - j. em 10.07.2014 - Fonte: DJ, 27.08.2014).

Em indenização por dano moral os juros de mora devem ser fixados a partir da citação

Embargos de Declaração Cível. Termo inicial da incidência dos juros de mora na indenização por danos morais. Citação. Incidência do artigo 405 do Código Civil. Modificação. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos parcialmente. Os juros de mora incidentes sobre os valores referentes ao dano moral devem ser fixados a partir da citação, em consonância com o disposto nos artigos 405, do Código Civil, uma vez que o dever jurídico violado no caso dos autos teve origem em contrato firmado entre as partes.

(TJ/PR - Embs. de Declaração Cível n. 1684342-6/01 - 5a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Mateus de Lima** - Fonte: DJ, 16.10.2017).

Presume-se que a dívida contraída por um dos cônjuges reverte-se em favor da família

Apelação cível. Ação de cobrança. Compra e venda de materiais de construção. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Recibos de entrega assinados pela ré e por

seu companheiro. Ônus da prova do companheiro em união estável de que a dívida contraída pelo outro não beneficiou a entidade familiar. Desatendimento. Impossibilidade jurídica do pedido afastada. Inadimplência comprovada. Ausência dos documentos de nota fiscal que não tem o condão de tornar inexigível a dívida. Pedido contraposto prejudicado. Recurso improvido. 1. A presunção é de que a dívida contraída por um dos companheiros se reverte em benefício da família, por força do que dispõe os artigos 1.663 e 1.664 do Código Civil. 2. Cabe a parte comprovar que a dívida contraída não beneficiou a família, o que não ocorreu, no caso em concreto. 3. A possibilidade jurídica guarda relação com o plano da licitude do pedido, ou seja, para que seja possível deverá o pedido ser lícito ou não defeso em lei. Assim, considerando que não há qualquer óbice para a propositura de ação de cobrança oriunda de compra e venda de produtos, resta afastada a segunda preliminar suscitada pela apelante. 4. A ré se limitou a alegar que não detinha legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, eis que não tinha conhecimento das notas fiscais que foram assinadas por terceiros, não tendo se desincumbido do ônus de comprovar a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor, seja pela apresentação de

comprovante de quitação do débito ou, ainda, pela comprovação de que não recebeu em sua residência as mercadorias. 5. Considerando que efetivamente houve a compra dos materiais descritos nos recibos de entrega que instruíram a ação de cobrança e que não restam dúvidas acerca da legitimidade passiva da apelante, há que ser mantida a sentença que condenou a apelante ao pagamento dos valores oriundos dos comprovantes juntados aos autos.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1706324-4 - 18a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Marcelo Gobbo Dalla Dea - Fonte: DJ, 17.10.2017).

Os prejuízos decorrentes dos saques realizados em conta corrente são imputados ao próprio correntista, quando ocorrem mediante a utilização de senha pessoal

Apelação Cível - Ação declaratória de nulidade c/c indenização por danos morais e materiais - Contrarrazões de ofensa ao princípio da dialeticidade - Inocorrência - Alegação de fraude por saque indevido da conta corrente do apelante, através de cartão magnético - Inocorrência - Saques de numerais efetuados por meio de uso de senha pessoal. Inexistência de defeito na prestação de serviço do banco, vez que cabe ao correntista o dever de zelo e guarda de sua senha - Evento lesivo causado ex-

clusivamente pelo autor - Sentença mantida - Recurso de apelação conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1697652-2 - 16a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Maria Mercis Gomes Aniceto - Fonte: DJ, 09.10.2017).

Cabe à empresa o dever de guarda dos documentos e gravações

Direito civil e direito processual civil. Agravo de instrumento. Ação de reparação de danos. Relação de consumo. Hipossuficiência do consumidor. Inversão do ônus da prova. Artigo 6, VII, do Código de Defesa do Consumidor. Dever de guarda dos documentos cabe à empresa. Artigo 15, § 3º, do Decreto 6.523/2008. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1567160-8 - 12a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Mário Helton Jorge** - Fonte: DJ, 26.01.2017).

Pessoa jurídica pode ser indenizada por danos morais

Direito do consumidor. Direito Processual Civil. Apelação cível. Autos de ação indenizatória. Prestadora de serviços de transporte de pessoas. Relação jurídico-consumerista. Incidência das normas contidas na Lei n.8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Decisão judicial que conferiu parcial procedência aos pedidos deduzidos em sede

inicial. Majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais. Inaplicabilidade do § 11 do art. 85 da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil). Enunciado administrativo n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 1. Decisão Judicial estabelecendo que a presente relação contratual se submete à aplicação do Código de Defesa do Consumidor ante à vulnerabilidade da Parte Ré e determinou a modificação de cláusula contratual, com base no inc. V do art. 6º da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). 2. Pessoa Jurídica que pode sofrer Dano Moral - Súmula n. 227 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, entretanto, há a necessidade da comprovação da ocorrência dos danos pleiteados. 3. Manutenção da Decisão Judicial proferida pelo juízo de direito *a quo*. 4. “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”. Enunciado Administrativo n. 7, do egrégio Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso de apelação cível conhecido, e, no mérito, não provido. 6. Recurso de apelação adesiva conhecido, e, no mérito, não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1632681-5 - 12a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Mario Luiz Ramidoff - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Plano de partilha extrajudicial não obsta a prestação de contas judicial

Apelação. Ação prestação de contas. Primeira fase. Sentença de procedência. Irresignação do inventariante e curador. Legítimo interesse do herdeiro em exigir contas em relação à administração dos bens do espólio e da tutela da falecida. Art. 618, VII, do CPC. Plano de partilha apresentado extrajudicialmente que não inibe o direito de exigir as contas judicialmente. Pleito para minoração dos honorários advocatícios - Descabimento - Quantia que, em verdade, deveria ser majorada, nos termos do artigo 85, § 2º, CPC - Manutenção da sentença em observância ao princípio da *non reformatio in pejus*. art. 85, §11, CPC - Honorários advocatícios majorados em grau recursal. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1687116-8 - 11a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Mario Nini Azzolini - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor a cooperativa de crédito vinculada ao Sistema Financeiro Nacional

Apelação. Embargos à execução. Execução de título extrajudicial. Cédula de crédito bancário - Preliminar. Falta de intimação da decisão que julgou os embargos de declaração opostos em

face da interlocutória de saneamento. Ausência de prejuízo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às cooperativas de crédito. Necessidade. Novação. Configurada. Análise de contratos anteriores em demanda própria. Título certo, líquido e exigível. Inaplicabilidade da súmula 233 do STJ. Cédula de crédito bancário. Mora. Caracterizada. Ilegalidade da CDI. Falta de interesse recursal. Restituição em dobro. Impossibilidade. Readequação da sucumbência. 1. No caso dos autos ausente o alegado prejuízo dos embargantes que em preliminar de apelação tiveram as matérias deduzidas analisadas por esta instância recursal. 2. Tendo em vista que a cooperativa de crédito é instituição pertencente ao Sistema Financeiro Nacional, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à relação entre cooperativa e cooperativado, cuja operação negocial tem natureza de operação financeira e não de mero ato cooperativo. 3. Para que reste configurada a novação da dívida, necessário que estejam estampados todos os requisitos do REsp 1526804/CE. 4. O contrato de cédula de crédito bancário quando, acompanhado apenas do demonstrativo de débito - onde reste demonstrado os valores devidos, assim como os juros e demais taxas aplicados - é título extrajudicial executável provido de certeza, li-

quidez e exigibilidade, nos termos do artigo 28 da Lei 10.931/2004.5. Não é suficiente para afastar a exequibilidade da cédula bancária a mera alegação de que se trata o contrato de concessão de crédito rotativo. 6. O conhecimento do recurso subordina-se à existência do interesse recursal, requisito intrínseco de admissibilidade, que decorre do prejuízo verificado com a decisão atacada, o que não se verifica, na apelação, quanto à declaração de saldo em favor de uma das partes. 7. Para a repetição em dobro a má-fé deve estar devidamente comprovada, caso contrário aplica-se a devolução de forma simples. 8. Apelação Cível parcialmente conhecida e parcialmente provida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1700283-4 - 16a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Cezar Bellio** - Fonte: DJ, 17.10.2017).

Fornecedor não pode deixar de fixar prazo para o cumprimento de sua obrigação

Agravo de instrumento. Ação de rescisão contratual c/c obrigação de fazer e indenização. Tutela de urgência. Pretensa suspensão do pagamento de prestações. Almejada abstenção de eventual inserção do nome dos consumidores junto aos órgãos de restrição ao crédito. Liminar indeferida. Suposta ausência de probabilidade do direito alegado. Requisito que se faz presente. Ausência de

previsão contratual acerca do prazo de entrega do loteamento. Atraso cuja demonstração se revela impossível. Prática abusiva. Art. 39, inc. XII, do CDC. Tutela de urgência deferida. Decisão reformada. 1. De acordo com o art. 39, inc. XII, do Código de Defesa do Consumidor, é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas, deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação. 2. A ausência de previsão contratual acerca do prazo para entrega do loteamento impede que o consumidor comprove eventual atraso e, com base em tal fato, justifique o pedido de rescisão. 3. Referida omissão contratual denota prática abusiva que cerceia o direito do consumidor, notadamente da-quele que promove o pagamento das prestações sem que as obras necessárias ao loteamento venham sendo executadas. Recurso provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1673122-7 - 18a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Pericles Bellusci de Batista Pereira** - Fonte: DJ, 04.10.2017).

Cliente deve ser indenizado em decorrência do bloqueio de cartão de crédito e débito

Recurso inominado. Ação de indenização por danos morais. Bloqueio inadvertido de cartão de crédito e débito. Legitimidade da empresa de crédito. Solidariedade

da cadeia de consumo. Teoria do risco do empreendimento. Culpa de terceiro ou do consumidor não evidenciadas. Responsabilidade objetiva. Falha na prestação de serviço. Dano moral. *Quantum* que não comporta redução. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Rec. Inominado n. 0018466-72.2016.8.16.0030 - 2a. Tur. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rafael Luis Brasileiro Kanayama** - Fonte: DJ, 15.09.2017).

Ex-esposa não tem direito aos frutos de aluguel de residência recebida por herança

Apelação cível - Ação de divórcio - Procedência parcial - Inconformismo - Data do término da sociedade de fato - Provas colacionadas que corroboram aquela indicada pelo requerido - Imóvel recebido de herança, já contendo uma residência - Benfeitorias - Divisão dos gastos - Valor incontroverso - Propriedade em condomínio - Autor proprietário de cota-parte - Bem que não se comunica - Regime de casamento de união parcial - Aluguel da residência - Autora que não tem direito aos frutos. Pensão alimentícia - necessidade da autora não comprovada - ausência de elementos indicativos de seus rendimentos e gastos habituais. Apelo 01 conhecido e desprovido. Apelo 02 co-

nhecido e parcialmente provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 992474-3 - 11a. Câm. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. **Ruy Muggiati** - j. em 11.06.2014 - Fonte: DJ, 31.07.2014).

Gestante que não cumpriu a carência do plano de saúde e não teve seu parto coberto não recebe indenização por dano moral

Apelações cíveis e recurso adesivo. Ação de indenização por danos morais. Plano de saúde. Sentença que julgou procedente o pedido inicial. 1. Código de processo civil de 2015. Aplicabilidade. 2. Responsabilidade civil. Dano moral. Alegação de que o médico e o plano de saúde concorreram na aflição e na angústia geradas à autora gestante, em face das informações desconstruídas no sentido de que não haveria cobertura contratual de obstetrícia, o que teria ocasionado a antecipação do parto. Autora que tinha ciência, desde a contratação, sobre o prazo de carência para cobertura de obstetrícia (300 dias). Indenização por danos morais indevida. Decisão recorrida reformada. 3. Ônus sucumbenciais redistribuídos. 4. Apelações cíveis 01 e 02 conhecidas e providas. Recurso adesivo prejudicado.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1685677-8 - 8a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Vicente Del Prete Misurelli - Fonte: DJ, 19.09.2017).

Não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Seguro saúde. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade aos planos de saúde. Súmula n. 469 do STJ. Agravo retido. Aplicação do CDC e inversão do ônus da prova. Produto securitário que identifica a relação de consumo, merecendo disciplina da Lei n. 8.078/90 (artigo 3º, § 2º). Ausência de interesse na produção de provas adicionais. Tratamento multidisciplinar. Criança com atraso do desenvolvimento neuropsicomotor. Resolução normativa n. 387/2015 da ANS. Rol meramente exemplificativo. Necessidade do tratamento evidenciado. Ausência de exclusão expressa dos procedimentos. Interpretação mais favorável ao consumidor. Médicos que são os únicos responsáveis pela orientação terapêutica. Obrigação da operadora de plano de saúde de cobrir o tratamento. Majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais (art. 85, § 11, do NCPC). Recursos desprovidos.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1669248-7 - 9a. Câm.

Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Vilma**

Régia Ramos de Rezende - Fonte: DJ, 29.09.2017).

CRIMINAL

Apenas a palavra da vítima, sem lastro probatório, impede o acolhimento da denúncia

Recurso em Sentido Estrito - Ameaça e vias de fato - Denúncia rejeitada na origem por ausência de justa causa - Insurgência ministerial - Pleito de recebimento - Desacolhimento - Inexistência de lastro probatório mínimo a corroborar a palavra da vítima - Recurso desprovido. Ausente lastro probatório mínimo a comprovar a palavra da vítima e, por consequência, justa causa à presente ação penal, não entende-se preenchidos os requisitos previstos nos artigos 41, e 395, do Código de Processo Penal. (TJ/PR - Recurso em Sent. Estrito n. 1688873-2 - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antonio Loyola Vieira** - Fonte: DJ, 03.10.2017).

Complexidade da causa permite elástico dos prazos processuais

Habeas Corpus - Crimes de associação criminosa armada, roubo majorado e receptações - Pedido de revogação da prisão cautelar - Suposto excesso de prazo na formação da culpa - Possibilidade de elástico dos prazos processuais considerando as peculiaridades de cada caso - Causa complexa - Apuração de 4 (quatro) fatos, com 4 (quatro) réus, sendo arroladas um

total de 19 (dezenove) testemunhas, havendo necessidade de expedição de várias cartas precatórias - Demora justificável e dentro de um juízo de razoabilidade - Eminência do encerramento da instrução - Existência de fundamentos à custódia cautelar - Ordem denegada. (TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1719925-6 - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carvilio da Silveira Filho** - Fonte: DJ, 04.10.2017).

Indulto não deve ser concedido a apenado condenado por tráfico de drogas

Recurso de agravo. Execução penal. Pedido de reforma da decisão que indeferiu o pedido de indulto fundado no Decreto Presidencial 8.615/2015. Impossibilidade. Apenado que ostenta condenação pelo delito de tráfico de drogas. Crime impeditivo (artigo 9º, inciso II, do Decreto 8.615/2015). Condição imposta pelo decreto que não se confunde com a hediondez (ou não) do crime de tráfico de drogas. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido. 1. Conquanto a figura do tráfico privilegiado não consubstancie crime hediondo, permanece válida a regra do artigo 9º, inciso II, do Decreto n. 8.615/2015, que veda a concessão do benefício para os condenados pelo delito de tráfico

de drogas. 2. Observado que o indulto é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo Federal, a quem cabe, privativamente, estabelecer as condições para a obtenção do benefício, não se afigura possível inobservar a regra prevista no inciso II do Decreto Presidencial. 3. A decisão que indeferiu o pedido do indulto, fundada no não preenchimento das condições previstas no Decreto n. 8.615/2015, encontra amparo no entendimento deste Colegiado e deve permanecer incólume. Recurso de Agravo não provido.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1699345-0 - 4a. Câ. Crim. - Ac. por maioria - Rel.: Des. **Celso Jair Mainardi** - Fonte: DJ, 11.09.2017).

Paciente que praticou novo delito enquanto estava com a tornozeleira eletrônica deve retornar ao regime fechado

Habeas corpus crime. Furto qualificado. Autoria e materialidade delitiva comprovadas. Constrangimento ilegal não configurado. Necessidade de garantia à ordem pública em razão da reincidência específica. Paciente que praticou novo delito, enquanto estava com a tornozeleira eletrônica em cumprimento do regime semiaberto. Possibilidade de cometimento de novos delitos. Demonstração de descaso pela legislação vigente. Decisão que determinou a prisão do paciente bem fundamentada. Ordem de *habeas corpus* denegada.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1719993-4 - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Eugenio Achille Grandinetti** - Fonte: DJ, 27.09.2017).

Uso de drogas não afasta a condição de traficante

Apelação criminal. Art. 33 e 35 da Lei 11.343/06. Apelos defensivos. Alegação de insuficiência probatória. Inocorrência. Testemunho firme e coeso do policial. Elementos indiciários ratificados em juízo. Conjunto probatório apto a ensejar o édito condenatório. Drogas destinadas à comercialização. Conduta amoldada ao crime de tráfico de drogas. Condição de usuário que não exclui a condição de traficante. Inaplicável o art. 29. § 1º CP. Ré que agiu ativa e eficazmente para concretização do delito. Pena-base que possui fundamentação idônea. Conduta social desfavorável. Réu que é integrante de facção criminosa. Ausência dos requisitos autorizadores da benesse prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. Réus reincidentes. Recursos defensivos conhecidos e não providos. Apelo ministerial. Reforma da sentença absolutória. Existência de vínculo associativo de caráter duradouro e estável entre os apelados. Condenação é medida que se impõe. Recurso conhecido e provido. (TJ/PR - Ap. Criminal n. 1370263-5 - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fernando Ferreira de Moraes** - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Condições pessoais favoráveis são irrelevantes quando preenchidos os requisitos da prisão preventiva

Habeas corpus crime. Roubo majorado por emprego de arma e concurso de pessoas. Art. 157, § 2º, I e II, CP. Prisão preventiva. Constrangimento ilegal. Inocorrência. Presença dos requisitos autorizadores da custódia cautelar. Art. 312 e 313, do CPP. Decisão devidamente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância quando preenchidos os requisitos da prisão preventiva. Medidas cautelares diversas da prisão. Art. 319, CPP. Inaplicabilidade. Insuficiência ante a necessidade de acautelar a ordem pública. Precedentes. Ordem conhecida e denegada.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1718548-5 - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fernando Wolff Bodziak** - Fonte: DJ, 05.10.2017).

É inaplicável o princípio da insignificância ao crime de furto qualificado praticado contra menor

Apelação Criminal - Apelado absolvido do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º IV, CP) - Insurgência da acusação - Pretensão de condenação - Acolhimento - Crime de furto praticado contra adolescente - Exegese do artigo 227

da Constituição Federal - Princípio da proteção integral da criança e adolescente - Reprovabilidade da conduta do réu - Inaplicabilidade do princípio da insignificância por não preenchimento dos requisitos - Condenação do réu na modalidade simples (Art. 155, *caput*, CP) - Dosimetria - Pena-base - Condenação transitada em julgado por fato anterior ao do presente processo - Consideração como mau antecedente - Precedentes STJ - Pena provisória - Reconhecimento da atenuante do art. 65, I, CP - Pena definitiva - Ausência de majorantes e minorantes - Regime semiaberto em atenção ao art. 33, § 3º, CP - Impossibilidade de substituição por restritivas de direito - Não preenchimento dos requisitos. I - A aplicação do princípio da insignificância deve ser feita de forma moderada, para casos excepcionais. Constatando-se que o crime foi praticado contra adolescente, prevalece o princípio da proteção integral que impõe maior rigor na aplicação da Lei Penal, impedindo tal benefício. II - "(...) o Tribunal local decidiu em conformidade com a jurisprudência desta Corte, sedimentada no sentido de que pode ser considerada como mau antecedente a condenação definitiva por fato anterior ao imputado pela denúncia, porém com trânsito em julgado posterior". (AgRg no AREsp 461.541/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em

16/06/2015, DJe 22/06/2015) III - A existência da reincidência e/ou mau antecedente impede a substituição da pena por restritivas de direito. Recurso de apelação provido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1688604-7 - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Gamaliel Seme Scaff - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Prisão em flagrante realizada por guarda municipal não é ilegal

Revisão Criminal - Tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006) e receptação (art. 180, *caput*, do Código Penal - Suscitada a tese de ilegalidade no decreto prisional - Prisão em flagrante operada por autoridade incompetente (guarda municipal) - Tese afastada - Ato legal - Precedentes nesse sentido - Provas suficientes para comprovar a materialidade e a autoria do crime de receptação - Pleito pelo afastamento da valoração negativa das circunstâncias do delito, quanto ao tráfico de drogas. Natureza da droga com alto poder deletério (crack) - Circunstância judicial desfavorável preponderante (art. 42, Lei 11.343/2006) - Pleito pela fixação de regime inicial semiaberto quanto ao crime de receptação, nos termos da súmula 269 do STJ - Impossibilidade - Requerente que também foi condenado por tráfico de drogas - Concurso material - Regime inicial fechado mantido - Revisão improcedente.

(TJ/PR - Rev. Criminal n. 5001293-06.2017.8.16.0000 - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **João Domingos Küster Puppi** - Fonte: DJ, 11.09.2017).

Depoimento do policial é elemento de prova

Recurso de Apelação Criminal - Tráfico ilícito de droga - Direito de apelar em liberdade - Absolvição - Isenção de despesas processuais - Inviabilidade, na espécie - Sentença mantida - Recurso não provido. Não cabe o direito de apelar em liberdade se os motivos que autorizaram a prisão processual do recorrente subsistem após a prolação da sentença condenatória, nesta fundamentados. O depoimento prestado por policial pode configurar prova contra o acusado, sendo plenamente cabível sua utilização na formação do convencimento do julgador, sobretudo quando em consonância com o restante das evidências colhidas na persecução criminal. Precedentes da Corte. O tipo penal contido no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, Cód. 1.07.0302 sendo irrelevante a prova da destinação a terceiros do entorpecente.” A isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase de execução do julgado, porquanto esta é a fase adequada para aferir a real situação financeira do condenado, já que existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação.” (STJ - REsp

400.682/MG, Quinta Turma, DJ 17/11/2003 p. 355). Apelação conhecida e não provida.

(TJ/PR - Recurso de Ap. Criminal n.

1699040-0 - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jorge Wagih Massad** - Fonte: DJ, 02.10.2017).

Falta de munição não afasta o crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Apelação Criminal - Posse irregular de arma de fogo de uso permitido - Sentença absolutória - Recurso do Ministério Público - Acolhimento - Irrelevância da arma estar desmuniçada - Crime de perigo abstrato - Precedentes das cortes superiores e desta colenda câmara criminal - Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1722578-2 - 2a.

Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Carlos Dalacqua** - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Inaplicável a atenuante da confissão espontânea quando o réu a fez extrajudicialmente e não ratificou em juízo

Apelação Criminal - Roubo majorado (art. 157, § 2º, II) - Insurgência do réu - Pleito absolutório - Descabimento da alegação de fragilidade do conjunto probatório - Autoria e materialidade delitivas comprovadas - Provas carregadas aos autos hábeis a ensejar o decreto condenatório - Palavra das vítimas e dos policiais militares que assumem especial relevância nos crimes

contra o patrimônio. Absolvição que não se justifica - Atenuante da confissão espontânea não reconhecida - Confissão extrajudicial não ratificada em juízo - Julgador que não considerou a confissão extrajudicial como fator de convencimento e fundamento da condenação - Pedido de afastamento da causa de aumento ou aplicação de percentual mínimo - Descabimento - Sentença escoreita - Prequestionamento - Desnecessidade - Teses suscitadas devidamente analisadas - Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1667319-3 - 3a.

Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Cichocki Neto** - Fonte: DJ, 15.09.2017).

No crime de estupro de vulnerável o consentimento da vítima é irrelevante

Apelação Criminal. Recurso Ministerial. Sentença absolutória. Estupro de vulnerável. Irresignação do parquet - Vítima com treze anos de idade - Dúvida não verificada - Impossibilidade de aplicação do princípio do in dubio pro reo - Palavra da vítima de que o réu tinha ciência acerca de sua idade - Convivência marital entre vítima e agressor que torna evidente a ciência do acusado acerca da idade da vítima - Consentimento da menor - irrelevância para a tipificação penal. Violação do bem jurídico tutelado pela norma penal. Materialidade e autoria delitivas devidamente comprovadas. Condenação pelo delito

descrito no art. 217-A do CP que se impõe - Recurso conhecido e provido. - Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (REsp 1480881/PI, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, terceira seção, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015) Apelação Criminal 02. Recurso da defesa. Tráfico de entorpecentes, porte ilegal de arma de fogo e munição e receptação. Artigo 33, *Caput* da Lei de Drogas, art. 14 da Lei 10.826/2003 e art. 180 do Código Penal. Droga e arma encontradas no veículo do réu, que estava em companhia de menor de idade. Mais drogas na residência. Existência de prévia denúncia anônima. Condenação fundamentada no depoimento de policiais, da menor que auxiliava o réu e na apreensão de drogas e armas fragilidade do conjunto probatório não demonstrada. Autoria e materialidade comprovadas. Alegação de que não sabia da existência da arma e drogas. Ausência de plausibilidade da tese. Circunstâncias que demonstram que tinha plena ciência da origem ilícita do bem. Existência de prévio B.O dando conta do rou-

bo da arma. Manutenção da condenação que se impõe. Dosimetria da pena escorreita. Inaplicabilidade do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas para reincidentes. Manutenção da causa de aumento do inciso VI do art. 40 da Lei de Drogas. Menor que confirmou o auxílio ao réu na prática delituosa. Perdimento de bens que deve ser mantido. Pleito pela majoração de honorários advocatícios fixados em 1º grau. - Impossibilidade. Valor arbitrado em R\$ 1.000,00 de acordo com o art. 20, § 3º do CPC. Magistrado que não está atrelado à tabela da OAB. Honorários pela atuação em 2º grau - acolhimento. Valor fixado em R\$ 800,00 recurso conhecido e parcialmente provido, apenas no tocante aos honorários advocatícios.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1412859-3 - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Laurindo de Souza Netto** - Fonte: DJ, 21.09.2016).

Delitos de destruição de floresta de preservação permanente e posterior corte de árvores de pinheiro não possuem nenhuma concatenação

Apelação crime. Crimes contra a flora. Arts. 38 e 45, ambos da Lei 9.605/98. Sentença condenatória. Pretensão absolutória. Afastamento. Autoria e materialidade bem delineadas pelas provas dos autos. Réu que suprimiu e danificou floresta considerada de preservação

permanente e destruiu 41 (quarenta e um) pinheiros. Acusado que drenou área de preservação permanente. Infringência clara das normas de proteção ambiental, inclusive com a continuidade da degradação mesmo após o embargo administrativo. Condenação que se mantém. Dosimetria da pena escorreita. Sentença mantida. Recurso desprovido. I - A elementar típica prevista no artigo 38 da Lei 9.605/98, caracterizada como floresta considerada de preservação permanente, tem como objeto de tutela não somente as formações arbóreas de grande porte, mas também aquelas em processo de “formação”, o que inclui as demais formas de vegetação eventualmente existentes nestes locais. II - Assim, impossível a absolvição pela ausência de materialidade quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelas declarações firmes e coerentes das testemunhas policiais ambientais, formando um conjunto sólido, dando segurança e convicção à conclusão de que houve a efetiva prática, por duas vezes, da conduta típica prevista no artigo 38-A da Lei n. 9.605/98. III - A ausência de laudo técnico pericial, a ser produzido na fase de cognição, quando os vestígios já haviam desaparecido (registrado no entanto por imagens fotográficas e lavrado boletim de ocorrência), não induz sumariamente ao juízo absolutório, porquanto pelos demais elementos de prova, notadamente aqueles apu-

rados pelos agentes que constatarem o ilícito ambiental, como pelas imagens fotográficas e demais documentos coligidos, inclusive os depoimentos testemunhais, apontam para a ocorrência do ilícito, corroborado inclusive pelos depoimentos orais judiciais e extrajudiciais encartados no caderno processual. IV - As provas dos autos demonstraram de modo indene de dúvidas que o acusado na condição de proprietário do imóvel fiscalizado pelos policiais, danificou área de preservação permanente, tendo ainda efetuado o corte de 41 (quarenta e uma) árvores de pinheiro araucária angustifolia (pinheiro), espécie inclusive ameaçada de extinção do Bioma Mata Atlântica, bem como procedido à destruição de 0,80 ha (hectares) de vegetação nativa em área de preservação permanente, condutas estas que ficaram bem delineadas pelas provas orais e documentais angariadas nos autos. V - Os delitos de destruição de floresta considerada de preservação permanente e posteriormente de corte de árvores de pinheiro, se traduziram em crimes praticados pelo réu de modo absolutamente autônomos, oriundos de dolos diversos, não sendo possível entendê-los como meros desdobramentos um do outro, haja vista que o dolo e o modo que foram executados foram absolutamente diferentes. Assim, os crimes não indicam nenhuma concatenação ou ligação entre eles, não

aconteceram no mesmo contexto temporal, e, portanto, não pode um ser absorvido pelo outro, pois o delito de destruição de vegetação inerente à área de preservação permanente cometido pelo recorrente não teve qualquer ligação com o delito de corte de pinheiro, não se tratando de delito meio para a confecção de um delito fim.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1672411-5 - 2a.

Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Laertes Ferreira Gomes - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Declarações inverossímeis de acusado de tráfico de entorpecentes impedem o acolhimento da apelação

Apelação criminal. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/06). Pedido de absolvição, ao argumento de fragilidade do conjunto probatório. Alegação de inexistência de vínculo com o imóvel onde foram encontrados os entorpecentes. Não acolhimento. Elementos probatórios seguros. Destaque à prova oral colhida, especialmente aos relatos coerentes e impessoais dos policiais que atuaram no caso. Declarações do acusado que se revelam inverossímeis e isoladas nos autos. Tráfico de drogas caracterizado. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Crime n. 1233523-4 - 4a.

Câm. Crim. - ac. unân. - Rel.: Des. **Lidia**

Maejima - j. em 06.11.2014 - Fonte: DJ, 26.11.2014).

OAB possui legitimidade para figurar em processo oferecido contra advogado pela suposta prática de injúria e calúnia

Mandado de Segurança - Denúncia oferecida contra advogado pela suposta prática de fato delituoso consistente em injúria e calúnia - Ordem dos Advogados do Brasil que visa o ingresso na lide como assistente de defesa - Pedido negado pelo juízo "a quo" - Possibilidade - Legitimidade da OAB para agir judicial e extrajudicialmente, inclusive como assistente, nos inquéritos e processos em que figurem como indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos no órgão de classe - Artigo 49 do Estatuto da Advocacia - Artigo 16 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) - Decisão reformada - Segurança concedida.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 5001480-14.2017.8.16.0000 - 2a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luis Carlos Xavier** - Fonte: DJ, 15.09.2017).

Penas devem ser somadas após nova condenação, sujeitando-se o réu ao regime advindo deste cálculo

Agravo em Execução (artigo 197 da LEP) - Unificação de penas - Regime fechado - Reincidente - Inconformidade defensiva - Sobrevindo nova condenação, as penas são somadas e o regime é fixado a partir deste resultado, nos termos do art. 111, Parágrafo

Único, da LEP. No caso em análise, o quantum de pena imposta e a reincidência de Marcelo determinam a fixação do regime fechado. Recurso conhecido e não provido. (TJ/PR - Ag. em Execução n. 1711940-1 - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Osório Moraes Panza** - Fonte: DJ, 02.10.2017).

Parte deve informar alteração de endereço ao juízo

Revisão Criminal - Roubo majorado - Preliminar: nulidade por falta de intimação pessoal para apresentação das contrarrazões - Requerente não encontrado no endereço fornecido - Obrigação de informar alteração ao juízo - Nulidade por ausência ou deficiência de defesa - Impossibilidade - Mérito: absolvição - Acórdão que não afronta evidência dos autos - Reexame de prova - Impossibilidade - Exegese do art. 621 do CPP - Pleito revisório improcedente.

(TJ/PR - Rev. Criminal n. 5000212-22.2017.8.16.0000 - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Marcus Vinicius de Lacerda Costa** - Fonte: DJ, 27.06.2017).

Ausência de audiência de justificação se faz prescindível quando não houver regressão de regime prisional

Recurso de agravo. Execução penal. Falta grave. Homologação realizada pelo juiz da execução após regular procedimento administrativo disciplinar (PAD).

Ausência de audiência de justificação. Prescindibilidade. Ausência de regressão de regime prisional. Pleito de reconhecimento de nulidade. Inocorrência. Ausência de perícia no instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem. Dispensável. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1711130-5 - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Maria José de Toledo Marcondes Teixeira - Fonte: DJ, 17.10.2017).

Prisão prolongada não possui efeito profilático

Habeas corpus. Cárcere privado qualificado, apropriação indébita e lesão corporal em coautoria (Arts. 148, § 2º, 168 e 129, § 9º, todos do CP c.c. LEI n. 11.340/06). Prisão em flagrante convertida em preventiva para garantia da ordem pública. Paciente e corré acusadas de se apropriarem do benefício social do bolsa família da vítima e de tê-la agredido e mantida acorrentada, por três dias em local insalubre, porque a ofendida manifestou desejo de se mudar. Peculiaridades da causa que autorizam a substituição da prisão processual por medidas cautelares substitutivas. Ré primária. Condições pessoais favoráveis. Extensão à corré. Identidade de situação fática-processual. Ordem concedida, com expedição de alvará de soltura clausulado em favor da paciente e da corré.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1737882-4 - 1a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Miguel Kfoury Neto** - Fonte: DJ, 18.10.2017).

Atenuante da confissão espontânea não é capaz de reduzir a pena aquém do mínimo legal

Revisão criminal de sentença. Tentativa de homicídio qualificado e corrupção de menores. Insurgência quanto a pena provisória. Pleito de redução aquém do mínimo legal ante a incidência da atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade. Inteligência da súmula 231, do STJ. Reconhecimento de repercussão geral ao tema. Pedido de aplicação da fração máxima de diminuição em face da tentativa. Inviabilidade. Iter criminis percorrido pelo agente próximo a consumação. Fração mínima corretamente aplicada. Revisão criminal improcedente.

(TJ/PR - Rev. Criminal n. 5000066-78.2017.8.16.0000 - 1a. Câm. Crim. - Rel.: Des. **Paulo Edison de Macedo Pacheco** - Fonte: DJ, 05.05.2017).

Laudo técnico deve ser realizado por perito oficial ou, na sua ausência, por duas pessoas idôneas e portadoras de diploma de curso superior

Apelação criminal. Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, inc. I do Código Penal). Sentença conde-

natória. Pedido de absolvição. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Palavra da vítima corroborada com a prova presencial e com o depoimento do policial militar que encontrou os bens subtraídos na posse do acusado. Ampla validade. Confissão extrajudicial do réu. Possibilidade de utilização de elementos colhidos na fase inquisitória aliada à prova judicial para fundamentar o decreto condenatório. Condenação mantida. Necessidade de exclusão da qualificadora do rompimento de obstáculo ante a decretação de nulidade do exame pericial. Perícia confeccionada por investigador de polícia e não por perito oficial. Ausência dos requisitos do art. 159, § 1º do Código de Processo Penal. Desqualificação do crime de furto qualificado para a modalidade simples. Rompimento de obstáculo que exige a comprovação por meio de exame pericial. Inteligência dos Arts. 158 e 171 do Código de Processo Penal. Posicionamento pacificado no superior tribunal de justiça. Reformulação da dosimetria da pena, partindo-se do intervalo de pena previsto para o delito de furto simples. Manutenção do regime aberto e da substituição da pena privativa de liberdade. Substituição por apenas uma pena restritiva de direitos, conforme art. 44, § 2º, CP. Honorários advocatícios. Remuneração já estabelecida em conformidade com a tabe-

la prevista na resolução conjunta n. 13/2016 - PGE/SEFA. Pedido de fixação pela atuação dativa em fase recursal. Inadmissibilidade. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1685012-7 - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Roberto Vasconcelos** - Fonte: DJ, 18.10.2017).

Sigilo de inquérito não deve impedir o acesso do patrono do acusado

Mandado de Segurança - Inquérito civil - Decretação de sigilo pela autoridade impetrada - Negativa de acesso aos advogados constituídos - Inépcia da petição inicial afastada - Ponderação dos bens jurídicos - Princípio da razoabilidade - Direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa - Sigilo considerado válido, porém não na extensão dada pela autoridade coatora - Acesso garantido mediante termo de responsabilidade - Segurança concedida.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 5000006-76.2015.8.16.0000 - 4a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Regina Helena Afonso de Oliveira Portes** - Fonte: DJ, 17.10.2017).

Determinação de internação imediata de menor infrator implica a ruptura de toda a sistemática de triagem e eleição de prioridades adotada pelo ente público

Agravo. Suspensão de liminar.

Decisão que determinou a imediata internação de adolescente infrator em centro de socioeducação. Demonstração de que referido pronunciamento judicial tem o condão de causar lesão à ordem e à segurança públicas. Sistema socioeducativo paranaense que não é capaz de atender de forma satisfatória a todas as internações. Necessidade de fixação de critérios pelo poder executivo para preenchimento das vagas existentes nos respectivos centros. Imposição judicial para internação de adolescentes específicos que implica em ruptura da referida sistemática. Prejuízos daí advindos que se sobrepõem ao suposto perigo de dano inverso decorrente da manutenção dos menores em meio aberto. Competência do poder judiciário para processar e julgar adolescentes infratores que não retira do poder executivo a atribuição de administrar a oferta de vagas nas unidades de internação. Efeito multiplicador igualmente demonstrado nos autos. Existência de inúmeros julgados tratando da mesma situação concreta versada nestes autos. Necessidade de manutenção da decisão que suspendeu a medida liminar. Precedentes do órgão especial deste tribunal de justiça. Agravo não provido.

(TJ/PR - Agravo em Susp. de Liminar n. 1.689.173- 1/01 - O. E. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Renato Braga Bettega** - Fonte: DJ, 18.09.2017).

Prejudicado o recurso quando ausente interesse recursal

Recurso de agravo - Execução penal - Discussão sobre a data-base para fins de progressão de regime - Pretensão a que se adote a data do trânsito em julgado para a acusação da última condenação e não a data da última prisão. Decisão superveniente que defere progressão antecipada do regime prisional, em virtude da superlotação carcerária e do “estado de coisas inconstitucional”, colocando o apenado no regime semiaberto harmonizado - Manifestação posterior do ministério público (recorrente), afirmando não possuir mais interesse no julgamento do recurso. Perda do objeto do recurso (falta de interesse recursal superveniente) - recurso prejudicado.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1.672.628-0 - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Renato Naves Barcellos** - Fonte: DJ, 31.08.2017).

Réu é absolvido por falta de perícia em mercadoria imprópria para consumo

Apelação Criminal - Condenação pela prática de crime contra a relação de consumo, expor à venda mercadoria imprópria ao consumo (art. 7º, IX, Lei n. 8.137/90) - Pleito de absolvição sob a alegação de ausência de laudo pericial técnico atestando a nocividade dos produtos - Acolhimento - Materialidade não

comprovada - Precedentes do STJ e deste Tribunal - Acolhido o pleito de absolvição, com fundamento no artigo 386, II, do CPP. Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1598710-1 - Ac. unânime - Rel.: Des. **Roberto de Vicente** - Fonte: DJ, 03.07.2017).

Cometimento de ato ilícito na companhia de menor configura o crime de corrupção de menor

Crimes de roubo circunstanciado e corrupção de menor - Prova consistente - Condenação mantida - Dosimetria da pena - Circunstância atenuante - Redução da pena abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Princípio da legalidade formal e Súmula n. 231/STJ - Apelação desprovida. Apesar da negativa da autoria, a pretendida absolvição do crime de corrupção de menor resta inviável porque a prova coligida dá pleno suporte à sentença condenatória. Apelação Criminal n. 1.638.596-5 f. 2. Para a configuração do crime de corrupção de menor basta tão somente a prática de ato ilícito na companhia do menor, pois o bem jurídico tutelado pela norma visa, sobretudo, impedir que o maior imputável induza ou facilite a inserção ou a manutenção do menor na esfera criminal. Ao contrário das causas de diminuição da pena “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena

abaixo do mínimo legal” (Súmula n. 231/STJ), porque o magistrado está adstrito aos limites fixados no dispositivo legal, que não podem ser inobservados, sob pena de vio-

lação ao princípio da legalidade formal.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1.638.596-5 - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Rogério Coelho - Fonte: DJ, 26.09.2017).

PROCESSO CIVIL

Illegitimidade da parte é vício insanável que impede a emenda à inicial

Apelação cível. Revisional. Sentença que reconheceu a ilegitimidade da parte ré na medida em que a demanda foi proposta em face de cooperativa com personalidade jurídica distinta da concedente de crédito constante na cédula de crédito bancário. Emenda à inicial. Impossibilidade. Legitimidade de parte que configura condição da ação. Vício insanável. Responsabilidade das cooperativas centrais e dos bancos cooperativos. Independência e autonomia. Ausência de previsão de responsabilidade solidária. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1712648-6 - 13a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Athos Pereira Jorge Junior - Fonte: DJ, 06.10.2017).

Prazo para contestação em ação com vários réus começa a correr da juntada os autos do último aviso de recebimento

Agravo retido. Contestação.

Intempestividade. Vários réus. Início do prazo. Juntada do último aviso de recebimento. (2) apelação cível. Revelia. Presunção de veracidade relativa. Extinção de hipoteca. Inadmissibilidade. Inocorrência de extinção da obrigação principal. Recurso conhecido e não provido. 1. Nos termos do art. 241, III, do CPC, quando houver vários réus, o prazo para contestar começa a correr da juntada os autos do último aviso de recebimento, revelando-se intempestiva a defesa oferecida após esse prazo. 2. A presunção de veracidade dos fatos, prevista no art. 319 do CPC, é relativa, e não absoluta, razão pela qual não induz à procedência do pedido e nem afasta o exame das provas existentes nos autos. 3. Em face do estatuído no art. 1.499, I, do CC, não há que se falar em extinção da hipoteca se não ocorreu a extinção da obrigação principal, a qual somente desaparece quando é cumprida integralmente. 4. Agravo retido conhecido e não provido. 5. Apelação cível conhecida e não provida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1355154-5 - 7a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Fábio Haick Dalla Vecchia - Fonte: DJ, 27.11.2015).

Reavaliação do bem depende de necessidade concreta

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Insurgência em face da decisão interlocutória que indeferiu o pedido de nova avaliação. Irresignação. Não acolhimento. Preclusão. Ocorrência. Matéria já decidida por este colegiado no AI n. 1547952-0. Reavaliação que, outrossim, é medida excepcional no ordenamento jurídico pátrio. Imprescindibilidade de demonstração da sua necessidade concreta e de fundados indícios de disparidade no valor do bem constrito. Hipótese não configurada. Não demonstração de qualquer dos requisitos previstos no art. 873 do CPC. Decisão mantida. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1710948-3 - 14a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Fernando Antonio Prazeres - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Referência expressa aos dispositivos legais disciplinadores da questão é desnecessária para fins de prequestionamento

Embargos de declaração em apelação cível. 1. Omissão alegada. Vício inexistentes. Mera irresig-

nação. Impossibilidade. Inviável a utilização dos embargos de declaração a pretexto de modificação do teor do julgado, em vista da obrigatoriedade de serem observados os requisitos do art. 1.022 *caput* e incisos, do Código de Processo Civil. 2. Pretensão de prequestionamento. Não é necessário para fins de prequestionamento fazer referência expressa aos dispositivos legais disciplinadores da questão, uma vez que o que se prequestiona é a *quaestio juris* e não o dispositivo legal a ela referente. Acórdão mantido embargos rejeitados.

(TJ/PR - Embs. de Declaração em Ap.

Cível n. 1647610-9/01 - 13a. Câm. Cív.

- Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco**

Eduardo Gonzaga de Oliveira - Fonte: DJ, 16.10.2017).

Ação rescisória deve ser ajuizada em até dois anos do trânsito em julgado do acórdão rescindendo

Ação rescisória. 1. Ação revisional de contrato cumulada com repetição de indébito em fase de liquidação de sentença - Decisão que homologa os cálculos de liquidação, apurando saldo credor em favor do banco-réu - Arguição de violação a literal disposição de lei - Montante apurado que foi obtido mediante compensação do saldo devedor para o financiamento com o computado em favor do mutuário - Vedação dessa dedução, em tese, existente

no artigo 23 da Lei n. 8.004/1990 - Questão atinente à compensação do saldo devedor, todavia, decidida na sentença, sem que tenha havido reforma pelo acórdão proferido pela 14ª Câmara Cível - Ausência de (re)decisão acerca da matéria - Homologação que se limitou a atender aos limites da coisa julgada - Pretensão rescisória que deveria ter sido voltada contra o título executivo judicial - Ocorrência de decadência - CPC/73, art. 495 - Prazo bienal que começa a fluir a partir do trânsito em julgado do acórdão rescindendo - Ajuizamento da ação rescisória quando já escoado o prazo decadencial - Reconhecimento da decadência que se impõe. 2. Pretensão do réu, de aplicação de multa por litigância de má-fé e por ato atentatório à dignidade da justiça - Práticas, contudo, não configuradas - Impossibilidade, portanto, de aplicação de penalidade ao autor. 3. Processo extinto com resolução de mérito (CPC, art. 487, inc. II). (TJ/PR - Ação Rescisória n. 5000224-70.2016.8.16.0000 - 14a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Pinto Rabello Filho** - Fonte: DJ, 12.04.2017).

Propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários é possível com o propósito de instruir a ação principal

Apelação cível. Ação caute-

lar de exibição de documentos. Inexistência de pedido administrativo válido. Sentença reformada. “Processo civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-c do CPC. Expurgos inflacionários em caderneta de poupança. Exibição de extratos bancários. Ação cautelar de exibição de documentos. Interesse de agir. Pedido prévio à instituição financeira e pagamento do custo do serviço. Necessidade. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido”. (REsp 1349453/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, segunda seção, julgado em 10/12/2014, DJe 02/02/2015) Recurso provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1728061-6 - 15a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hayton Lee Swain Filho** - Fonte: DJ, 05.10.2017).

Patrimônio comum de cônjuges casados no regime de comunhão universal de bens pode ser penhorado para pagar dívidas individuais dos cônjuges

Agravo de Instrumento. Embargos de terceiro. Penhora de bens de propriedade da esposa do executado. Possibilidade. Aquisição do bem e ajuizamento da ação de execução de título extrajudicial na constância do casamento celebrado no regime de comunhão universal de bens. Patrimônio comum que responde pelas dívidas de qualquer dos cônjuges. Recurso provido. Nos termos do disposto no art. 1.667, do Código Civil, o regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1661740-4 - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima** - Fonte: DJ, 15.09.2017).

Intimação que não observa o pedido expresso de publicação em nome de advogado específico é nula

Ação Rescisória - Código de Processo Civil de 2015 aplicável ao feito - Sentença de improcedência prolatada nos autos de ação previdenciária de concessão de auxílio-doença e/ou a sua conversão em aposentadoria por

invalidez - Constatação e decretação da revelia do INSS nos presentes autos - Alegação de violação literal de disposição legal - Intimação de advogados diversos daqueles expressamente indicados pela parte autora - Prejuízo constatado - Cerceamento de defesa configurado - Nulidade processual reconhecida - Inteligência do artigo 272, § 2º e § 5º, do CPC/2015 - Necessidade de remessa dos autos ao juízo de primeiro grau garantindo-se a reabertura da instrução processual nos autos de origem - Sentença rescindida com fundamento no artigo 966, V, do CPC/2015 - Condenação da parte requerida no ônus sucumbencial - Ação rescisória procedente. “Segundo jurisprudência reiterada desta Corte, é nula a intimação quando não observado pedido expresso de publicação em nome de advogado específico. Precedentes da Corte Especial do STJ: MS 20.490/DF, Rel. p/ Acórdão Ministro Og Fernandes, DJe 23/09/2014 e EREsp 812.041/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe 16/12/2011. (...)” (EDcl no AgRg no AREsp 413.014/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, primeira turma, julgado em 14/03/2017, DJe 23/03/2017). (TJ/PR - Ação Rescisória n. 5000305-19.2016.8.16.0000 - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Iraja Romeo Hilgenberg Prestes Mattar** - Fonte: DJ, 11.10.2017).

É possível a suspensão de arrolamento de bens do espólio até o resultado de ação que visa declarar maternidade socioafetiva

Agravo de Instrumento - Inventário - Pedido de suspensão do processo e arrolamento de bens do espólio até a solução da ação que busca a declaração de maternidade socioafetiva - Pedido de averbação no registro de imóveis acerca da ação originária - Medida que visa acautelar direitos - Possibilidade - Decisão reformada em parte - Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1529453-4 - 12a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Joeci Machado Camargo** - Fonte: DJ, 11.10.2017).

É indispensável o prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de ação cautelar de exibição de documentos

Apelação cível. Ação cautelar de exibição de documentos. Inexistência de prévio requerimento administrativo à instituição financeira. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça, firmado em julgamento do REsp 1.349.453/MG, submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC/73. Falta de interesse de agir da parte autora configurado. Precedentes deste egrégio tribunal de justiça. Extinção do processo sem resolução de mérito. Inversão do ônus de

sucumbência. Sentença reformada. Recurso conhecido provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1681341-7 - 13a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Josély Dittrich Ribas** - Fonte: DJ, 11.10.2017).

Matérias cognoscíveis de plano pelo juízo podem ser alvo de exceção de pré-executividade

Execução de título extrajudicial. Cheques. Exceção de pré-executividade. Compensação de valores. Pagamento parcial da dívida. Via adequada. Comprovação de plano. Decisão mantida. 1. Cabe exceção de pré-executividade não apenas para alegação de matérias de ordem pública, mas também, para análise de matérias cognoscíveis de plano pelo juízo, como pagamento parcial, desde que comprovado documentalmente. 2. Restando configurado, mediante provas concretas, de que o devedor efetuou pagamento parcial do débito, há que se acolher a exceção de pré-executividade suscitada pelo recorrido. Agravo de Instrumento desprovido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1714868-6 - Ac. unânime - 15a. Câ. Civ. - Rel.: Des. **Jucimar Novochadlo** - Fonte: DJ, 10.10.2017).

Nulidade deve ser suscitada na primeira manifestação da parte nos autos

Apelação Cível - Contrato de permuta - Incidente de falsidade

documental - Questão decidida em primeiro grau e que não foi objeto de recurso competente - Preclusão lógica, temporal e consumativa - Ofensa ao contraditório e à ampla defesa - Oportunidade de manifestação - Inexistência de prejuízo processual - Apelo desprovido. 1. Nos termos do art. 245 do CPC/73, cabe à parte suscitar a nulidade na primeira oportunidade em que lhe coube falar nos autos, sob pena de preclusão. 2. Na linha da jurisprudência desta Corte, configura-se a preclusão lógica e temporal quando a parte não interpõe o competente recurso contra decisão que lhe foi desfavorável, deixando de impugnar a matéria no momento processual oportuno. Precedentes (AgRg no AREsp 208.414/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, quarta turma, julgado em 06/06/2017, DJe 19/06/2017).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1715591-4 - 7a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Antônio Barry** - Fonte: DJ, 28.09.2017).

Penhora de quotas sociais pode ser deferida ainda que inexistente o abuso da personalidade jurídica

Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Penhora de quotas sociais. Possibilidade. Previsão expressa (art. 835, IX, do CPC/2015). Abuso de personalidade jurídica. Prova. Desnecessidade. Ordem preferen-

cial. Art. 835, do código de processo civil de 2015. Flexibilização. Decisão agravada. Manutenção. 1. A penhora de quotas sociais está prevista expressamente no art. 835, IX, do CPC/2015, e pode ser realizada sem a necessidade de demonstração de abuso da personalidade jurídica, requisito próprio da desconsideração da personalidade jurídica, que não se confunde com a simples constrição de bens. 22. A ordem de penhora estabelecida no art. 835, do CPC/2015, não possui caráter absoluto, de modo que admite flexibilização, notadamente quando o devedor deixar de indicar bens preferenciais suficientes para garantir a integralidade do débito. 3. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1714146-5 - 15a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Carlos Gabardo** - Fonte: DJ, 17.10.2017).

Verba de caráter alimentar não pode ser alvo de penhora

Agravo de Instrumento - Execução de título extrajudicial - Decisão que rejeitou pedido de desbloqueio de saldo bancário, o qual, a agravante alega ser verbas salariais. 1. Justiça gratuita - Pessoa física - Presunção de veracidade - Possibilidade de concessão do benefício sem efeito retroativo. 2. O valor disponível na conta corrente é oriundo de recebimento de salário - Impenhorabilidade da ver-

ba de caráter alimentar (art. 833, IV do CPC/15). Improcedente - Inexistência de prova de que o valor penhorado seja proveniente do recebimento de salário - Recibo/ Demonstrativo de Pagamento indica o Banco do Brasil, enquanto a penhora ocorreu em conta da Caixa Econômica Federal. Recurso parcialmente provido. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1679918-7 - 14a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Octavio Campos Fischer** - Fonte: DJ, 19.10.2017).

Avaliação deve aferir o valor do bem de acordo com o atual estado do imóvel

Direito Processual Civil. Nominada ação de “adjudicação compulsória” em fase de cumprimento de sentença. Decisão agravada que homologou o laudo pericial e determinou o prosseguimento do feito. Adjudicação compulsória convertida em perdas e danos por este tribunal. Pleito de que na avaliação deve haver abatimento do preço em razão do imóvel ter sido negociado inacabado - impossibilidade - perdas e danos que se referem ao valor do imóvel - avaliação que deve considerar o atual estado do bem - art. 872 do CPC. Culpa pela arrematação - questão já analisada em outro recurso julgado por esta corte - pretensão de rediscutir a matéria - preclusão. Pedido do agravado de condenação do recorrente por

litigância de má-fé - possibilidade - comprovação - agravo de instrumento interposto com intuito manifestamente protelatório, art. 80 e 81, do CPC/2015. Recurso conhecido e não provido, com imposição de multa.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1703487-4 - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Renato Lopes de Paiva** - Fonte: DJ, 19.10.2017).

Documento novo apto a ser utilizado em ação rescisória é aquele sobre o qual a parte não tinha conhecimento

Agravo - Decisão monocrática que negou seguimento à ação rescisória - Manutenção - Pretensão em confronto ao entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça - Aplicabilidade do art. 557, *caput*, do CPC/73 - Recurso desprovido. 1. “O art. 485, VI, do CPC é absolutamente claro no sentido de não bastar que a prova supostamente falsa tenha sido juntada nos autos do julgado rescindendo, fazendo-se indispensável que o julgado rescindendo esteja fundamentado no mencionado elemento probatório” (REsp 929.654/PR, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, quarta turma, julgado em 25/03/2014, DJe 30/04/2014). 2. “A inteligência do inciso VII do art. 485 do CPC revela que o ‘documento novo’, apto a ensejar à rescisão do julgado, é aquele que já existia

ao tempo da prolação do julgado rescindendo, mas que não foi apresentado em juízo: 1) por não ter o autor da rescisória ciência da sua existência ou 2) por não ter sido possível a juntada, em virtude de motivo estranho a sua vontade. À luz do citado preceito, extrai-se, ainda, a necessidade da relevância do documento, de forma que se ele tivesse sido juntado aos autos no processo primitivo poderia ter alterado o convencimento do juiz” (AR 2.928/CE, Rel. Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP), terceira seção, julgado em 25/03/2015, DJe 07/04/2015).

(TJ/PR - Ag. Regimental n. 5000016-86.2016.8.16.0000 - 12a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Roberto Antonio Massaro** - Fonte: DJ, 10.06.2016).

Arguição de suspeição não é o meio adequado para insurgência contra o mérito das decisões

Arguição de Suspeição Cível - Alegação de interesse no resultado do julgamento da causa pelo magistrado - Ausência de menção à situação concreta que importe em perda da imparcialidade do julgador - Inexistência de prova que demonstre comportamento incompatível com o exercício judicante. 1. A via recursal é a adequada para se insurgir quanto ao mérito das decisões e não a arguição de suspeição. 2. Os fatos invocados

pelo Arguente são insuficientes a justificar a arguição de suspeição, eis que meras conjecturas dissociadas de provas idôneas não são suficientes para demonstrar a suspeição da Magistrada Arguida. Arguição de suspeição rejeitada.

(TJ/PR - Exc. de Suspeição n. 5001554-68.2017.8.16.0000 - 17a. Câ. Civ.

- Ac. unânime - Rel.: Des. **Rosana Amara Girardi Fachin** - Fonte: DJ, 25.09.2017).

Bem de família dado em garantia real pode ser penhorado

Agravo de instrumento. Ação anulatória de consolidação de propriedade c/c pedido liminar. Cédula de crédito bancário pessoal com alienação fiduciária. Decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela para suspender leilão. Recurso do autor. Contrarrazões conhecidas ainda que peticionadas na origem. Tempestividade. Razões do agravo. Alegação de irregularidade no procedimento de consolidação da posse. Ausência de intimação da cônjuge para purgação da mora. Não ocorrência. Notificação extrajudicial efetuada pelo oficial do registro de imóveis. Ausência de intimação sobre o leilão. Desnecessidade. Ausência de exigência legal. Propriedade consolidada em nome do credor fiduciante. Bem de família. Impenhorabilidade

afastada. Imóvel dado em garantia real. Exceção prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90. Possibilidade de o bem ser arrematado por preço vil não verificada neste momento. Procedimento extrajudicial de consolidação que, ao menos em análise de cognição sumária dos autos, observou os ditames da lei. Insuficiente demonstração da verossimilhança das alegações para deferir a antecipação da tutela pleiteada. Decisão mantida. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1504415-8 - 13a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.:

Desa. **Rosana Andriguetto de**

Carvalho - Fonte: DJ, 18.10.2017).

É possível a penhora de valor depositado em poupança utilizada como conta corrente

Agravo de instrumento. Quantia depositada em conta poupança. Bloqueio via Bacenjud. Uso contínuo dos valores para saques e pagamentos por cartão de débito. Uso da conta poupança como conta corrente. Fato que não atende a finalidade da norma do art. 833, X, do CPC. Possibilidade de penhora. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1665008-7 - Ac. unânime - 18a. Câ. Civ. - Rel.:

Des. **Vitor Roberto Silva** - Fonte: DJ,

28.09.2017).

TRIBUTÁRIO

É possível a incidência de ICMS sobre a assinatura básica de telefonia

Mandado de Segurança - Tributário - ICMS - Incidência sobre assinatura básica de telefonia - Possibilidade - Tarifa mensal básica que remunera atividade fim, “independentemente da franquia de minutos” - Inteligência do RE 912888, julgado pelo rito dos recursos repetitivos - Direito líquido e certo não evidenciado - Denegação da segurança.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n.

5001398-17.2016.8.16.0000 - 2a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Cláudio**

de Andrade - Fonte: DJ, 11.09.2017).

Somente incide ITBI quando ocorre a transmissão onerosa de bem imóvel

Apelação cível. Tributário. Ação declaratória de inexigibilidade de tributo - ITBI. Separação consensual. Partilha. Excesso da meação de um dos cônjuges. Ato de mera liberalidade que constitui

doação. Fato gerador do imposto incidente sobre doação - ITCMD. Exigência de pagamento de imposto por transmissão “inter vivos” de direitos reais sobre bens imóveis - ITBI. Impossibilidade. Inocorrência do fato gerador. Ausência de transmissão de bens a título oneroso. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1676371-2 - 3a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Eduardo Casagrande Sarrão - Fonte: DJ, 09.10.2017).

Contribuinte de fato possui legitimidade para propor ação fundada na inexigibilidade de tributo que entenda indevido

Tributário. Mandado de segurança. Legitimidade da contri-

buinte para a impetração do mandado de segurança. Entendimento manifestado pelo STJ. Incidência do ICMS sobre a TUST (taxa de uso do sistema de transmissão de energia elétrica) e a TUSD (taxa de uso do sistema de distribuição de energia elétrica). Base de cálculo do tributo que não se constitui em fato gerador de forma isolada. Incidência do tributo sobre o valor da operação final. Pedido de repetição dos valores que não pode ser deduzido em sede de mandado de segurança. Custas a cargo da impetrante. Segurança denegada.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n.

1150673-1 - 2a. Câm. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Silvio Vericundo**

Fernandes Dias - Fonte: DJ, 04.11.2016).