



REVISTA
Judiciária
DO PARANÁ
ANO VIII - MAIO 2013

Bonijuris
Editora

5

REVISTA
JUDICIÁRIA
DO PARANÁ

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

Diretor
Joatan Marcos de Carvalho

Editor Responsável
Luiz Fernando de Queiroz

5

AMAPAR

FICHA TÉCNICA

Revista Judiciária do Paraná

Ano VIII, n. 5, Maio 2013

Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Karla Pluchiennik M. Tesseroli –
Luiz Fernando de Queiroz – Noeli do Carmo Faria

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção Editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabethe Pissaia

Produção Gráfica: Jéssica Regina Petersen

Distribuição: Ana Crissiane M. Prates – Lianara de Simas de Mattos – Maria Julieta da S. Santos

Capa: Priory

Projeto Gráfico: BPM Multi

Versão Online: Caetano de Souza Lima

www.amapar.com.br

Tiragem desta Edição: 5 000 exemplares

Local de Publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Edição, Publicação e Distribuição

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

www.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)

IMPRESSO NO BRASIL/PRINTED IN BRAZIL

Revista **Judiciária** do Paraná

Conselho Executivo

Presidente

Fernando Swain Ganem

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

Ives Gandra da Silva Martins

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Jorge de Oliveira Vargas

José Wanderlei Rezende

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 Wambier

Apoio

ABRAPP

(Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar)

Instituto San Tiago Dantas de Direito e Economia

AMAPAR

Associação dos Magistrados do Paraná

Diretoria

Presidente Fernando Swain Ganem, *1º Vice-Presidente* Frederico Mendes Júnior, *2º Vice-Presidente* Hélio César Engelhardt, *3º Vice-Presidente* Marcos José Vieira, *4º Vice-Presidente* Carmen Lúcia Rodrigues Ramajo, *5º Vice-Presidente* Haroldo Bernardo da Silva Wolff, *6º Vice-Presidente* Sérgio Luiz Kreuz, *1º Secretário* Diego Santos Teixeira, *2º Secretário* Cristina Trento, *1º Tesoureiro* Luiz Cezar Nicolau, *2º Tesoureiro* Léo Henrique Furtado Araujo, *Diretores Executivos* Fábio Ribeiro Brandão, Noeli Salete Reback, João Luís Manassés de Albuquerque, Geraldo Dutra de Andrade Neto, Antônio José Carvalho da Silva Filho, Jurema Carolina da Silveira Gomes, Luiz Fernando Tomasi Keppen, Lídia Munhoz Mattos Guedes, *Apoio e Valorização ao Magistrado* Ronaldo Sansone Guerra

Departamentos

Segurança Carlos Henrique Licheski Klein, *Boas Práticas* Joeci Machado Camargo, Suzana Massaki Hiramal L. de Oliveira, Vanessa Aparecida Pelhe Gimenez, Diego Santos Teixeira, *Aposentados* Wagner José Coltro, *Assuntos Institucionais* Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes Guerra, *Assuntos Legislativos* Fábio Bergamin Capela, *Assuntos Previdenciários* Marco Antonio da Cunha Araújo, *Comunicação Social* Rogério Ribas, *Vice-Diretor* Marcelo Pimentel Bertasso, *Convênio* Francisco Carlos Jorge, *Cultural – Diretor* Evandro Portugal, *Membros* Mariana Gluszcynski Fowler Gusso, Flávia da Costa Viana, Fernanda Karam de Chueiri Sanches, *Divulgação e Revista* Joatan Marcos de Carvalho, *Esportes* Luiz Taro Oyama, *Atletismo* Roger Vinicius Pires de Camargo Oliveira, *Futebol* Davi Pinto de Almeida, *Informática* Rui Portugal Bacellar, *Integração – Curitiba, RMC e Litoral* Nilce Regina Lima, *Integração – Interior* Laryssa Angélica Copack Muniz, *Direitos Humanos* Oswaldo Soares Neto, *Memória e Arquivo* Chloris Elaine Justen de Oliveira, *Motociclismo* Edgard Fernando Barbosa, *Mútua* Themis Almeida Furquim Cortes, *Obras – Diretor* Alexandre Barbosa Fabiani, *Obras – Vice-Diretor* Horácio Ribas Teixeira, *Ouvidoria* Rosicler Maria Miguel Vigna Mandorlo, *Patrimônio* Fernando Ferreira de Moraes, *Pensionistas* Marília de Oliveira Viel, *Planejamento Estratégico* Fábio André Santos Muniz, *Recursos Humanos* Maria Roseli Guiesmann, *Sersocial – Diretor* Joel Pugsley, *Sersocial – Membros* José Luiz Dosciatti, Gilberto Ferreira, Raul Luiz Gutmann, *Social* Fabiane Pieruccini, *Vices* Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa, Andréa Fabiane Groth Busato, *Tênis – Diretor* Wilson José de Freitas Junior, *Vice-Diretor* André Carias de Araújo

Sedes

Colombo – Vice-Diretor José Luiz Dosciatti, Foz do Iguaçu – Diretor Geraldo Dutra de Andrade Neto, Vice-Diretor Nicola Frascati, Guaratuba – Diretor Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch Vice-Diretor Giovanna de Sá Rechia, Londrina – Diretor Ademir Ribeiro Richter, Maringá – Diretor Antônio Mansano Neto, Maringá – Vice-Diretor José Camacho Santos, Pilarzinho – Diretor Sílvio Binhara, Vice-Diretor Romero Tadeu Machado, Piraquara – Diretor Marcos Vinícius Schiebel, Vice-Diretor Vitor Roberto Silva, Ponta Grossa – Diretor Fábio Marcondes Leite, Vice-Diretor João Campos Fischer

EMAP

Diretor Geral Luciano Campos de Albuquerque, Coord. Geral de Cursos Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral, Supervisor Pedagógico José Laurindo de Souza Netto, Curitiba – Diretor Daniel Surdi de Avelar, Londrina – Diretor Rodrigo Afonso Bressan, Maringá – Diretor Kétbi Astir José, Ponta Grossa – Diretor Hélio César Engelhardt, Jacarezinho – Diretor Roberto Arthur David, Umuarama – Diretora Maira Junqueira Moretto Garcia, Cascavel – Diretor Leonardo Ribas Tavares, Foz do Iguaçu – Diretor Marcos Antonio de Souza Lima, Pato Branco/Francisco Beltrão – Diretora Franciele Estela Albergoni de Souza

JUDICEMED

Presidente Fernando Swain Ganem, Vice-Presidente Luciano Carrasco Falavinha Souza, Diretor Financeiro Luís Carlos Xavier, Diretor Administrativo Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes Guerra, Conselho Fiscal – Presidente Valter Ressel, Membros Marco Antônio Massaneiro, Raul Vaz da Silva Portugal, Suplente Michela Vechi Saviato, Conselho Gestor Antônio Renato Strapasson, Hayton Lee Swain Filho, Shiroshi Yendo, Fabiane Pieruccini.

Associação dos Magistrados do Paraná

www.amapar.com.br

Av. Cândido de Abreu, 830 – Centro Cívico

CEP: 80.530-000 – Curitiba – Paraná

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

SUMÁRIO

13 APRESENTAÇÃO

ANÁLISE

17 Mediação, Negociação e Cultura do Contencioso ADACIR REIS

DOCTRINA

31 O Poder Criador da Jurisprudência RENÉ ARIEL DOTTI

39 O Juiz Aplica a Lei à Verdade dos Fatos? TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

49 A Emenda da Petição Inicial em Razão do Excessivo Número de Páginas e sua Repercussão no Processo Civil Eletrônico DANILO SILVA BITTAR

63 A Garantia da Imparcialidade do Órgão Jurisdicional e as Hipóteses de Aparente Parcialidade MÁRIO HELTON JORGE

83 A Função Social da Ciência Jurídica OCÉLIO DE JESÚS C. MORAIS

95 A Prescrição nos Planos de Benefícios das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC) JOSÉ LUIZ GUIMARÃES JÚNIOR

- 121 **O Orçamento e a “Reserva do Possível”:
Dimensionamento no Controle Judicial de Políticas
Públicas**
OSVALDO CANELA JUNIOR
- 135 **As Ações de Indenização por Erro Médico: Suas
Dificuldades e Desafios**
MÁRCIA REGINA NUNES DE SOUZA VALEIXO
GABRIEL BITTENCOURT PEREIRA
- 141 **O Princípio Como Paradigma de Interpretação no
Sistema Jurídico Brasileiro e a Proposta Inadequada de
Redação ao Artigo 108 do Vindouro Código de Processo
Civil**
ALBERTO JUNIOR VELOSO
ALESSANDRO MARINELLI DE OLIVEIRA
- 165 **A Função dos “Grupos de Apoio À Adoção” na
Preparação dos Postulantes e sua Consequência para
a Atividade do Magistrado: O Grupo de Apoio à Adoção
de Toledo/PR (GAAT)**
RODRIGO RODRIGUES DIAS
- 181 **Breves Considerações sobre a Adequada Gestão Pública:
Busca-se a Ótima ou a Eficiente?**
PHILLIP GIL FRANÇA
- 193 **A Desproporcionalidade Progressiva do Princípio da
Identidade Física do Juiz em Face dos Avanços
Tecnológicos e do Processo Eletrônico**
MAX PASKIN NETO
MARIA DANIELLE ROSA PADILHA RIBEIRO
- 205 **Os Créditos Trabalhistas na Falência do Empregador:
Processo de Execução Singular ou Coletivo?**
BENIGNO CAVALCANTE

- 219 **Dos Avanços aos Limites Necessários e a Proteção à Intimidade nos Ambientes Virtuais**
RENATA CARVALHO KOBUS
DANIEL SIQUEIRA BORDA
-

EM DESTAQUE

- 243 **Responsabilidade Civil por Dano Ambiental Decorrente da Revenda de Combustíveis: Imputação Proporcional às Distribuidoras e aos Postos de Combustíveis**
EDSON FERREIRA FREITAS
- 267 **Discurso de Posse dos Juízes Substitutos/2012**
ADALBERTO JORGE XISTO PEREIRA
- 277 **Algumas Anotações sobre o Último Acordo Ortográfico**
ALBINO BRITO FREIRE
-

JURISPRUDÊNCIA

- 281 **Ementário do TJPR – Julgados do Órgão Especial**
Administrativo, 281
Civil e Processo Civil, 287
Constitucional, 292
Criminal, 296
Tributário, 299
- 304 **Novas Súmulas do TJPR**

APRESENTAÇÃO

Já se disse que é muito mais fácil editar uma revista do que mantê-la circulando. Com efeito, não é incomum vermos o surgimento de revistas que não mantêm continuidade, seja na sua qualidade editorial, seja na sua periodicidade.

Atendendo ao que foi afirmado na edição anterior, de número quatro, esta quinta edição está sendo lançada com a mesma qualidade editorial, projeto gráfico e na data aprazada: maio de 2013.

É bem verdade que, cada vez mais, as publicações em meio físico vem perdendo espaço para as publicações virtuais; entretanto, como temos afirmado, a edição física da RJP é o seu instrumento de divulgação e penetração, vez que seu conteúdo é também oferecido em mídia digital, no portal da Amapar.

O seu diferencial está no projeto de distribuição, com cinco mil exemplares de cada edição sendo enviados para todas as associações de magistrados, tribunais, escolas da magistratura e todas as faculdades federais de direito do país e para muitas outras instituições, como procuradorias de justiça, de estado, defensorias e ordem dos advogados.

Temos avançado no projeto de reeditar uma tradicional revista pela Associação dos Magistrados do Paraná, mas pretendemos, ainda, aperfeiçoar a sua leitura digital e dotar a RTJ de um alto padrão Qualis.

O que até aqui conseguimos só foi possível com os inestimáveis apoios recebidos dos nossos leitores, colaboradores, funcionários e diretores da Amapar, membros do Conselho Editorial, patrocinadores, amigos e do nosso Editor. A todos, os nossos penhorados agradecimentos.

Por oportuno, agradecemos, igualmente, os comunicados de recebimento da revista e renovamos a nossa solicitação de que continuem a nos comunicar que a receberam; sugestões e críticas são igualmente bem-vindas.

Não deixem de acessar a página da RJP no site da Amapar e boa leitura.

Joatan Marcos de Carvalho
Diretor da RJP

Fernando Swain Ganen
Presidente da Amapar

ANÁLISE

MEDIAÇÃO, NEGOCIAÇÃO E CULTURA DO CONTENCIOSO

ADACIR REIS

Advogado e presidente do Instituto San Tiago Dantas de Direito e Economia

EXCEROTOS

“A ida ao Judiciário é anunciada como um direito de todos, mas o direito, para ser reconhecido na prática, depende de anos e anos de tramitação de um processo judicial”

“Embora tenhamos um dos aparatos recursais mais complexos do mundo, e seja acertada a criação de filtros como a figura da repercussão geral não só para o recurso extraordinário mas também para o recurso especial, a solução para o alto índice de processos judiciais vai além das discussões acadêmicas, pois exige voltar os olhos para as estruturas de nossa cultura jurídica”

“Os cursos jurídicos brasileiros deveriam abandonar a velha aula coimbrã, baseada em exposições doutrinárias meramente conceituais, e privilegiar o ensino dos institutos jurídicos e da legislação a partir do estudo concreto de casos”

“Não parece razoável admitir que um estudante universitário saia de sua casa ou do trabalho e se dirija para a faculdade de direito apenas para ouvir aulas expositivas e teóricas cujo conteúdo poderia facilmente ser assimilado numa simples leitura de um manual”

“Num momento em que o Brasil ganha peso e voz na comunidade internacional, é alarmante constatar que o estudante de direito, ao longo de cinco anos, ainda não seja preparado pelos cursos jurídicos para atuar como um negociador ou mediador de diferenças”

Os cursos jurídicos no Brasil, desde sua fundação há quase duzentos anos, preparam o profissional do direito para o contencioso: a cultura reinante no mundo jurídico é a do litígio. Ainda hoje, para se obter a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, exige-se do candidato a elaboração de uma petição ao Estado-juiz, no âmbito de um processo judicial, e não a elaboração de um contrato ou de um termo de acordo entre particulares.

Os juízes brasileiros são obrigados a decidir milhares de processos por ano e os tribunais estão abarrotados de causas para julgar. Muitos falam em colapso da máquina judiciária, não obstante o esforço e o alto nível intelectual dos magistrados. A ida ao Judiciário é anunciada como um direito de todos, mas o direito, para ser reconhecido na prática, depende de anos e anos de tramitação de um processo judicial. O ajuizamento de ações foi banalizado.

O Brasil está entre os campeões do mundo em quantidade de cursos de direito e edição de leis, daí os baixos índices de aprovação nos exames da OAB e o cipoal legislativo vigente.

Aliás, em março de 2013, o Congresso Nacional, pelo Ato Conjunto 02/2013, sob o olhar cético de muitos, criou uma comissão de deputados e senadores com o objetivo de promover a consolidação das dezenas de milhares de leis existentes.

De tempos em tempos, imagina-se uma reforma do Código de Processo Civil como panaceia para todo aquele cidadão ou empresa que padece com a morosidade e complexidade de uma batalha judicial.

Embora tenhamos um dos aparatos recursais mais complexos do mundo, e seja acertada a criação de filtros como a figura da *repercussão geral* não só para o recurso extraordinário mas também para o recurso especial, a solução para o alto índice de processos judiciais vai além das discussões acadêmicas, pois exige voltar os olhos para as estruturas de nossa cultura jurídica.

Portanto, a solução começa pela formação do profissional do direito.

Tal como sustentava o professor San Tiago Dantas há mais de cinquenta anos, os cursos jurídicos brasileiros deveriam abandonar a velha aula *coimbrã*, baseada em exposições doutrinárias meramente conceituais, e privilegiar o ensino dos institutos jurídicos e da legislação a partir do estudo concreto de casos.

Em 1955, ao proferir aula inaugural na então Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro, San Tiago Dantas pregava:

“O objetivo primordial do professor, a que ele passa a dedicar o melhor de seu esforço, não é a conferência elegante de cinquenta minutos sobre um tópico do programa, mas a análise de uma controvérsia selecionada, para evidenciação das questões nela contidas e sua boa ordenação para o encontro de uma solução satisfatória; o estudo do raciocínio em cada uma de suas peripécias; o preparo da solução, com a consulta não só das fontes positivas, como das fontes literárias e repertórios de julgados; e afinal, a crítica da solução dada, com o cotejo das alternativas.”¹

Ainda hoje, no processo de seleção de estagiário em nosso escritório de advocacia, é comum ouvir de estudantes de direito a confissão de que, na disciplina sobre ‘contratos’ de suas faculdades, com duração curricular de seis meses, não leram ou redigiram qualquer instrumento contratual ou termo de acordo!

Não parece razoável admitir que um estudante universitário saia de sua casa ou do trabalho e se dirija para a faculdade de direito apenas para ouvir aulas expositivas e teóricas cujo conteúdo poderia facilmente ser assimilado numa simples leitura de um manual.

Em tempos de *internet, Google, YouTube, iPad, smartphones*, redes sociais, *ebooks*, teleconferências, ou seja, ferramentas que multiplicaram espetacularmente as formas de acesso ao conhecimento, cumpre repensar os cursos jurídicos brasileiros, que não podem se apegar a uma estrutura de reprodução dos conhecimentos que remonta à fundação das nossas escolas de direito de São Paulo e de Olinda na primeira metade do século XIX.

Além disso, os cursos jurídicos devem dar maior atenção à capacitação do futuro profissional para a prevenção e solução consensual de discórdias.

Se o operador do direito for aparelhado tecnicamente apenas para instrumentalizar uma solução na esfera formal do Judiciário, na arena do contencioso, seu desempenho poderá ser prejudicial aos interesses que se comprometeu a defender.

A morosidade do Judiciário só interessa aos que não têm razão. Portanto, para que o direito possa contribuir para o desenvolvimento econômico e social do Brasil, já passa da

hora de se romper com essa indústria do litígio, essa cultura do contencioso que se inaugura e se reproduz em nossos cursos jurídicos.

As instituições de ensino jurídico deveriam abrir espaço para as formas alternativas de resolução de conflitos, como a *negociação*, a *mediação* e a *arbitragem*. Aliás, não deveriam ser formas alternativas, e sim formas *iniciais*, modalidades *primeiras* de resolução de divergências, inclusive porque precedem, historicamente falando, à própria criação do aparelho estatal nacional.

Na *arbitragem*, as partes definem de comum acordo um árbitro *não estatal* e lhe conferem o poder de *decidir* uma controvérsia.

Com a Lei 9.307, de 1996, especialmente após o reconhecimento de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a arbitragem caminhou um bocado, especialmente no mundo corporativo, não obstante a necessidade de sua atualização em razão do avanço e da complexidade das relações econômicas nesses dezesseis anos de sua existência. Por essa razão, o Senado Federal criou uma comissão de juristas, presidida pelo ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, para discutir a reforma da Lei da Arbitragem.

A propósito, o ministro Luís Felipe Salomão, em lúcido artigo publicado no jornal *O Globo*², tratou da problemática da litigiosidade nos seguintes termos:

“No Brasil, 24 anos após a Constituição de 1988, o número de casos novos multiplicou-se mais de 75 vezes.

Em 1988, houve ajuizamento de cerca de 350 mil novas ações em todos os segmentos da Justiça. Em 2011, último levantamento do ‘Justiça em Números’ (CNJ), foram mais de 26 milhões, com crescimento anual de 9%. Há cerca de 90 milhões de processos em andamento. (...)

Ademais, sem qualquer pretensão de esgotar assunto tão amplo e complexo, mas com o propósito de inserir o debate na agenda atual do Estado brasileiro, é momento de fortalecer, com seriedade e determinação, as soluções alternativas à jurisdição (arbitragem, mediação e conciliação), técnicas que,

Os cursos jurídicos
devem dar
maior atenção à
capacitação do
futuro profissional
para a prevenção e
solução consensual
de discórdias

se bem difundidas e coordenadas, farão diminuir em muito a litigiosidade.”

Num momento em que o Brasil ganha peso e voz na comunidade internacional, é alarmante constatar que o estudante de direito, ao longo de cinco anos, ainda não seja preparado pelos cursos jurídicos para atuar como um *negociador* ou *mediador de diferenças*.

A exemplo do médico, que deve estar habilitado não só a fazer a cirurgia ou a prescrever um medicamento, mas também a orientar o paciente sobre as formas possíveis e desejadas de prevenção das doenças, o profissional do direito também deve estar aparelhado para *prevenir* conflitos.

“*Esse é bom de briga. Vai ser um grande advogado!*” Quantas vezes o leitor já ouviu esta frase?

No grau de maturidade das relações sociais e econômicas em que vive o Brasil, o advogado *bom de briga* deve ceder lugar para o advogado *construtor de pontes*, ou seja, para o negociador, o mediador ou mesmo o árbitro, priorizando-se a negociação, a mediação e a arbitragem como formas de pacificação de conflitos.

A negociação e a mediação, vistas como modo de prevenção e resolução de contendas fora da esfera estatal, deveriam ser incentivadas e até mesmo exigidas para determinadas matérias. Em nosso entendimento, a *conciliação*, embora vista como uma espécie de composição de litígios, deveria ser entendida como um *instituto similar* ao da mediação, porém já situada no *âmbito estatal*, ou seja, já provocado o Judiciário, daí inclusive a importância da inserção dos próprios magistrados nessa nova realidade.

A negociação e a mediação são temas de uma das *diretivas* da Comunidade Europeia (Diretiva 52/2008) como mecanismos de solução de conflitos, ao largo do aparato judiciário estatal.

Em 2010, a legislação italiana (Decreto Legislativo 28/2010), que sempre funcionou como referência obrigatória para os processualistas brasileiros, passou a dar grande atenção à *mediazione* nos litígios civis e comerciais, como forma de resolução não contenciosa de controvérsias.

Na *mediação* o advogado é eleito pelas partes para ajudar, de forma imparcial, na construção de consensos. O mediador *não tem* poder decisório, pois não atua como árbitro, mas sim como alguém que deve se empenhar na *aproximação das partes* em

desacordo, na identificação dos pontos controvertidos realmente relevantes, bem como na superação de ânimos e antagonismos emocionais.

Já na *negociação* o advogado é escolhido pela parte e deve agir de forma parcial, pois *defende o interesse do seu cliente*, embora com a disposição de encontrar, no cotejo de prós e contras, uma solução que seja razoável para o equacionamento do conflito.

É clássico o exemplo das duas crianças que disputavam uma mesma laranja. A mãe, numa decisão pretensamente salomônica, corta rapidamente a laranja em duas partes e com isso imagina resolver a discussão. Porém, fica frustrada ao saber depois que uma das crianças pretendia dispor da laranja para fazer um suco, já a outra brigava pela mesma fruta porque seu desejo era aproveitar a casca para fazer um adorno. Ao se explicitar a vontade das duas crianças que reivindicavam a mesma laranja, logo se verifica que os interesses eram conciliáveis e, portanto, a decisão da mãe fora equivocada. Em tal exemplo nota-se que faltou comunicação ou, talvez, até mesmo a clareza das “partes” sobre as reais causas do enfrentamento.

A morosidade
do Judiciário só
interessa aos que
não têm razão

Na faculdade de direito da Universidade Harvard há um curso regular de negociação para os estudantes, o qual está sintetizado no livro *Como chegar ao sim*³, em que há alguns conceitos metodológicos, tais como: ‘Separe as pessoas do problema’, ‘Concentre-se nos interesses, não nas posições’, ‘Crie opções de ganhos mútuos’ e ‘Insista em critérios objetivos’.

Na negociação e mediação há um objetivo adicional a ser perseguido: o da preservação de relações amistosas entre as partes para além do conflito. Em determinadas situações, sob a ótica negocial, profissional ou mesmo institucional, a manutenção do relacionamento entre as partes após o confronto é algo relevante. Já no contencioso, especialmente nos processos judiciais de longa duração, dificilmente a relação cordial, ainda que mínima, sobrevive à solução da pendência.

Tanto na mediação como na negociação um dos princípios é evitar o velho binômio ganhador *versus* perdedor. O que se pretende, na medida do possível, é o jogo do *ganha/ganha*, não o do *ganha/perde*. Aqui temos um outro ponto que diferencia os institutos da mediação e da negociação em face da arbitragem,

pois ainda que este último seja visto como uma forma de resolução alternativa de conflito, posto que o árbitro é privado e definido de comum acordo entre as partes, haverá uma decisão em favor de uma delas, um arbitramento acerca de quem tem razão.

O acordo construído a partir da mediação ou da negociação leva à ideia de que não houve perdedor, ou pelo menos não houve um vencedor que se revelou triunfante em relação ao outro.

Nesse contexto, é louvável o trabalho feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em favor de uma política nacional de conciliação, em especial a Resolução 125, de novembro de 2010, a qual dispõe que “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação”.

Entretanto, via de regra, a conciliação, tal como incentivada nos dias atuais pelo CNJ, acontece no âmbito do próprio Judiciário, ou seja, a máquina pública estatal já foi acionada. Além disso, é preciso ter cuidado para que o peso das estatísticas não empurre as partes para composições feitas irrefletidamente, as quais vão encerrar os processos judiciais mas causar arrependimento no dia seguinte.

A composição, para ser eficiente, deve ser feita com discernimento e convicção, sopesadas suas vantagens e desvantagens, pois só assim vai acarretar verdadeira pacificação das relações.

No rol de iniciativas do próprio Poder Judiciário, que tem passado por políticas de administração das estruturas judiciais, também merece registro a experiência do ‘projeto do setor de mediação’ no Foro Regional de Santana, em São Paulo, inserido numa “cultura de pacificação e inclusão social”, conforme palavras da ministra Nancy Andrighi⁴, do Superior Tribunal de Justiça.

Dado o crescimento geométrico da indústria do contencioso, que obviamente mobiliza grandes interesses econômicos, é preciso que a sociedade brasileira *discuta a própria estrutura* em que se baseia nosso ordenamento processual, o que naturalmente

não é fácil, especialmente em razão de uma herança cultural que remonta às nossas raízes ibéricas.

Como condição para se dirigir ao Poder Judiciário, em matéria de direitos patrimoniais disponíveis, a legislação processual deveria exigir a *demonstração prévia da tentativa de negociação ou mediação* entre as partes. Antes de requerer a atuação da jurisdição estatal, isto é, antes do demandante bater às portas do Judiciário com sua petição, o cidadão deve ser orientado a perseguir, de forma solene e formal, a composição extrajudicial.

Assim, o Judiciário, em relação a determinados direitos, só seria provocado depois de esgotados os esforços de *criação de consenso* entre os particulares. Somente depois de frustrados os esforços de negociação ou mediação, estaria configurado o “interesse de agir”, ou seja, o interesse de acionar a máquina estatal do Judiciário.

Atualmente é comum constatar que o autor de uma demanda judicial sequer formulou, quando cabível, um requerimento administrativo ou extrajudicial. Nem mesmo se buscou a configuração da *pretensão resistida*. Não é incomum ir a juízo sem antes manter contato com a parte “adversária”, ou seja, sem ao menos ter havido a resistência daquele que passa a figurar como réu no oneroso e complexo processo judicial. Ingressa-se como uma cautelar de exibição de documentos sem ter havido requerimento administrativo para acessar esses mesmos documentos.

Obviamente, há casos em que, por razões fáticas ou jurídicas, não haverá composição possível, hipótese em que a judicialização da controvérsia será medida necessária e legítima.

Os institutos da negociação e mediação, na esfera privada, pressupõem que os envolvidos na questão controvertida ou passível de controvérsia, para não chamá-los de *partes*, tenham a chamada *paridade* de armas. Apenas em ambientes de razoável igualdade econômica e discernimento intelectual, inclusive para viabilizar financeiramente a contratação de árbitro, mediador ou negociador, poderão prosperar, para os envolvidos e para a sociedade em geral, os institutos de resolução alternativa de conflitos.

Nos Estados Unidos, as normas de conduta dos advogados em alguns estados impõem ao profissional do direito a

As instituições de ensino jurídico deveriam abrir espaço para as formas alternativas de resolução de conflitos

obrigatoriedade de mostrar ao cliente, antes do ajuizamento de qualquer demanda, a possibilidade de formas alternativas de resolução de conflitos. Trata-se de um movimento que nasceu na década de setenta do século passado e que teve, talvez para a nossa surpresa, a ordem de classe dos advogados americanos (*American Bar Association*) como um dos apoiadores. Tal iniciativa espalhou-se gradativamente para as faculdades de direito, a ponto de hoje a maioria delas ter em seu currículo a disciplina sobre resolução alternativa de conflitos⁵.

Na verdade, precisamos avançar para a criação de *novos filtros* como condição para buscar o Judiciário, ou seja, estimular a composição de interesses *antes* mesmo de inaugurado o processo judicial.

A adoção de tais políticas não significa fragilizar ou desprestigiar o Poder Judiciário. Pelo contrário, vai contribuir para conferir-lhe maior autoridade e eficiência.

Numa sociedade cada dia mais dinâmica, é indispensável repensar as formas de resolução de conflitos. Mobilizar a máquina estatal do Judiciário em face de qualquer desavença sai caro tanto para os que reclamam um direito violado quanto para os contribuintes em geral. As verbas orçamentárias não conseguem acompanhar as necessidades de expansão do aparato judiciário.

Como bem lembrou o ministro João Otávio de Noronha, ao tratar do tema “A arbitragem na empresa estatal”, o Estado tem o monopólio da jurisdição, não o monopólio da justiça⁶.

O Brasil, que hoje integra o BRICS e o G-20 como uma das forças econômicas mundiais, precisa superar este alto grau de litigiosidade que impede a distribuição de justiça e praticamente coloca à beira do colapso alguns de nossos maiores tribunais.

É claro que os institutos da mediação, negociação e arbitragem não devem ser apresentados como panaceia para todos os males advindos da litigiosidade que hoje desafia o Poder Judiciário. Porém, tais formas *alternativas* de resolução de conflitos merecem ultrapassar as fronteiras das discussões meramente conceituais e integrar uma agenda mais objetiva e pragmática das autoridades públicas e lideranças da comunidade jurídica que se empenham em modernizar nosso país.

Notas

¹ In “Palavras de um Professor”. 2. ed. Editora Forense, p. 61.

² Edição de 25.11.2012.

³ In “Como chegar ao sim” – Projeto de Negociação da Harvard Law School. Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton. 2ª Edição Revisada e Ampliada. Editora Imago.

⁴ In “Mediação no Judiciário”. Cláudia Frankel Grosman e Helena Gurfinkel Mandelbaum (Organizadoras). Apresentação feita pela ministra Fátima Nancy Andrighi.

⁵ In “Alternative Dispute Resolution”. Jacqueline M. Nolan-Haley. West Group, 1992.

⁶ In “Rumos e Dinâmica do Crescimento”. Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais da Magistratura – COPEDEM. Memory – Centro de Memória Jurídica, 2012.

DOUTRINA

O PODER CRIADOR DA JURISPRUDÊNCIA

RENÉ ARIEL DOTTI

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

EXCERTOS

“A jurisprudência está dirigida, inicialmente, ao entendimento correto da lei, completando-a e aperfeiçoando-a, respeitando sempre os valores que lhe serviram de inspiração, bem como provendo a fiel e exata aplicação das normas assim obtidas, em obediência aos interesses do direito e da Justiça”

“A jurisprudência está, portanto, ao serviço da lei, mas num sentido de obediência pensante, que atende menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica; e para além da lei, mas através dela, ao serviço do ideal jurídico – do nosso sentido do Direito que em cada momento deve ser”

“O magistrado deve subsumir a realidade do caso concreto ao modelo normativo, inserindo-o na respectiva hipótese abstrata, e depois extrair a sua conclusão”

1. Introdução

O direito positivo se manifesta em três dimensões: *lei*, *doutrina* e *jurisprudência*. A *lei* foi notavelmente definida pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) como “a expressão da vontade geral”. A Constituição francesa de 1793 ampliou o conceito para declarar: “A lei é a expressão livre e solene da vontade geral; é a mesma para todos, quer proteja quer castigue; não pode ordenar senão o que for justo e útil para a sociedade; e só pode proibir o que lhe for prejudicial” (art. 4º). Na lição de Clóvis Beviláqua, “a lei é uma regra geral que, emanando da autoridade competente, é coativamente imposta à obediência de todos”¹. O vocábulo *jurisprudência* deriva do latim *jurisprudentia* e é composto pelas palavras *jus* (direito, ciência do direito) e *prudentia* (sabedoria). Consiste, literalmente, na sabedoria com que se interpreta e aplica o direito. Em *sentido estrito*, a jurisprudência constitui o conjunto das decisões dos juízes e dos tribunais em que se recolhe a orientação por eles seguida na interpretação e aplicação das leis nos casos concretos ou nas hipóteses de ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, I, a). Em *sentido lato*, significa a ciência do direito e das leis.

Existem outras conotações para o vocábulo indicando a tendência de uniformização do pensamento a propósito de determinados assuntos jurídicos. Pode-se falar em: **a)** *jurisprudência dos conceitos* (criticando, numa perspectiva irônica, uma escola de interpretação); **b)** *jurisprudência dos interesses* (escola jurídica surgida na Alemanha, no começo do século, segundo a qual o legislador visa atender interesses de pessoas ou grupos sociais quando elabora a norma); **c)** *jurisprudência dos valores* (orientação hermenêutica que se sobrepõe aos textos legais e ao formalismo exegético para resgatar as tendências jusnaturalistas evocando a filosofia dos valores).

2. Natureza e funções da jurisprudência

A jurisprudência é considerada *fonte secundária* das normas penais. Em tal sentido é a lição de J. F. Marques, que reconhece a existência de inúmeros exemplos da influência exercida pelos

pronunciamentos jurisdicionais na evolução e aplicação das regras punitivas². Há um grande número de precedentes que servem para a revisão e modificação do direito positivo. Embora não seja considerada *fonte formal* do direito penal, aspecto reservado somente à lei escrita, nenhuma dúvida remanesce quanto à influência exercida pelas decisões dos juízes e tribunais para muito além dos limites do caso julgado.

A propósito, Miguel Reale: “O ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador” e salienta que a jurisprudência muitas vezes inova em matéria jurídica “estabelecendo normas que não se contém estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades o juiz compõe para o caso concreto uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito”³. Partindo da regra do art. 5º do Dec.-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942⁴, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, Alípio Silveira observa que os magistrados operam uma verdadeira reelaboração legislativa⁵. E, em outra obra, acentua que não é só na interpretação propriamente dita que se abre margem à reelaboração da lei através de valorações político-sociais. “Na esfera da adaptação da lei ao caso concreto, essa reelaboração também existe. Com a diferença de que, em vez de se concentrar na norma abstrata, geral, ela passa a se desenvolver no âmbito da particularidade, da singularidade, não se limitando a constituir uma dedução lógico-formal da norma abstrata. É unânime, a respeito, a moderna doutrina, sufragada pelo art. 5º da Lei de Introdução”⁶. Cappelletti afirma que não é diversa a *natureza* dos processos legislativo e judiciário porque “ambos constituem processos de criação do direito”⁷. Da mensagem enviada pelo presidente Theodore Roosevelt ao Congresso Americano em 8 de dezembro de 1908, consta esta expressiva conclusão: “Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas de um sistema de filosofia social; com essas interpretações,

de fundamental importância, emprestam direção a toda a atividade de criação do direito” (43 Cong. Rec. Part. I, p. 21). O magistrado inglês Radcliffe, evocado por Cappelletti, arremata: “Quem poderá negar agora que, para o direito, as decisões judiciais constituem uma contribuição criativa e não meramente descritiva?”⁸

Algumas súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal se converteram, com a reforma da parte geral do CP (Lei 7.209/84), em textos normativos. Como exemplos, podem ser referidas as súmulas 146, 388 (atualmente revogada⁹), 497, 499 e 604. Também como fruto de decisões reiteradas dos tribunais adveio o art. 120 do CP: “A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência”. E com a prática dos juizados especiais criminais, instituídos pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, a jurisprudência passou a adotar, nas transações entre réu e vítima, a doação de alimentos ou medicamentos, antecipando-se, assim, à Lei 9.714, de 25 de novembro de 1998, que deu nova redação ao art. 44 do CP.

A jurisprudência é considerada fonte secundária das normas penais

Andreucci observa que a criação do direito pela jurisprudência deflui não apenas da autorização legal, da imprevisão e da ilogicidade do legislador, tendendo à busca da exata proporção capaz de superar o conflito entre a forma e a realidade, entre *la ragione dell'autorità* e a *autorità della ragione*. E tal ocorre nas hipóteses de lacunas, antinomias e de muitos aspectos do crime e da pena, os quais evidenciam que a lei, em abstrato, não pode prever tudo em razão do multifário emanado da realidade¹⁰.

O tema da jurisprudência como fonte do direito ganhou especial projeção com a introdução da súmula de efeito vinculante (CF, art. 103-A).

A jurisprudência está dirigida, inicialmente, ao entendimento correto da lei, completando-a e aperfeiçoando-a, respeitando sempre os valores que lhe serviram de inspiração, bem como provendo a fiel e exata aplicação das normas assim obtidas, em obediência aos interesses do direito e da Justiça. Como salienta Domingues de Andrade, a jurisprudência está, portanto, “ao serviço da lei, mas num sentido de obediência pensante, que atende menos à letra que mata do que ao espírito que vivifica; e

para além da lei, mas através dela, ao serviço do ideal jurídico – do nosso sentido do Direito que em cada momento *deve ser*”¹¹.

3. O papel missionário do juiz

Como já foi dito, o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), declara que na aplicação da lei, “o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Tal princípio vale para todos os ramos jurídicos e em particular para a judicatura criminal em face da relevância dos interesses em confronto e porque o direito penal é a disciplina que dispõe das reações mais graves para combater a vasta gama de ilicitudes.

O magistrado deve subsumir a realidade do caso concreto ao modelo normativo, inserindo-o na respectiva hipótese abstrata, e depois extrair a sua conclusão. A decisão assim obtida vale como lei individual para as partes. Já foi dito em antológica *oração de sapiência*, que em tal sentido o juiz será realmente “o intermediário entre a norma e a vida, o instrumento vivente que transforma o comando abstrato da lei no comando concreto da sentença. Será a viva voz do direito, ou mesmo a própria encarnação da lei. Porque a lei, com efeito, só tem verdadeira existência prática como é entendida e aplicada pelo juiz”¹².

Notas

¹ *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10. ed. atual. por Achilles Beviláqua, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953, v. 1, p. 70.

² MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964, v. 1, p. 195.

³ *Lições preliminares de direito*, São Paulo: Saraiva, 1985, p. 168. (Os grifos são meus).

⁴ *Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)*. Nova ementa: *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)*.

⁵ *Hermenêutica jurídica*, São Paulo: Leia Livros, s/d, v. IV, p. 200.

⁶ SILVEIRA, Alípio. *O papel do juiz na aplicação da lei*, São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda., 1977, p. 200. (Os destaques em itálico são meus).

⁷ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, Editor, p. 27.

⁸ Ob. cit., p. 33.

⁹ Os incisos VII e VIII, do art. 107 do CP, que previam como causas extintivas da punibilidade o casamento da vítima com o agente em casos de “crimes contra os costumes” (atuais “crimes contra a dignidade sexual”), foram revogados pela Lei 11.106, de 28 de março de 2005.

¹⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal e criação judicial*. Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em concurso para o cargo de professor titular, São Paulo: edição do autor, 1988, p. 62.

¹¹ DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel. “Sentido e valor da jurisprudência”, em *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1973, p. 40.

¹² Ob. cit., p. 38.

O JUIZ APLICA A LEI À VERDADE DOS FATOS?*

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER**

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

EXCERTOS

“A base das decisões judiciais é normalmente composta de um complexo mosaico formado pela lei, pela doutrina, pela jurisprudência e eventualmente até por outros elementos”

“Os sistemas jurídicos de um modo geral, embora tenham superado a fase da prova irracional, tratam de figuras que permitem que o juiz sentencie sem ter certeza absoluta a respeito da verdade dos fatos”

“É interessante observar que o que há, de rigor, é a estabilização dos efeitos da tutela concedida, independentemente da existência de uma sentença em que o juiz diga, de forma definitiva, a quem pertence o direito que transitaria em julgado”

“Note-se que o legislador foi incoerente: permitiu expressamente a cumulação de pedidos, mas ‘amarrou’ todos. Deveria ter previsto explicitamente a possibilidade de que, já havendo prova suficiente quanto a um deles, este fosse julgado desde logo, prosseguindo o processo quanto aos demais. Esta seria uma maneira de fazer com que a possibilidade de cumulação de pedidos servisse de modo mais evidente ao princípio da economia processual e à necessidade de que o processo renda, seja efetivo”

* Palestra proferida no I Seminário Gazeta Jurídica, em Brasília, em 30 de outubro de 2012.

****Outras qualificações da autora**

Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado pela PUC-SP. Professora no curso de mestrado da UNIPAR. Professora Visitante na Universidade de Cambridge (2008 e 2011). Professora Visitante na Universidade de Lisboa (2011). Presidente do IBDP. Vice-presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Membro Conselheiro da International Association of Procedural Law. Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM. Advogada.

O objetivo do processo é descobrir a verdade dos fatos para que o juiz possa aplicar a lei à situação concreta. É o que se dizia há bem pouco tempo. Mas é mesmo? Muito interesse sempre nos despertou a afirmação no sentido de que o juiz aplica a *lei* ao caso concreto. Já escrevemos alguns trabalhos² cujo foco principal foi tentar descobrir o que significa *ofensa à lei* para efeito de abrir as portas para o recurso especial, para a ação rescisória e mesmo para o mandado de segurança contra ato judicial. Nossas reflexões nos levaram à conclusão de que o juiz aplica o *direito*, e não a lei, pura e simplesmente, ao caso concreto. O direito é mais do que a lei. A base das decisões judiciais é normalmente composta de um complexo mosaico formado pela lei, pela doutrina, pela jurisprudência e eventualmente até por outros elementos.

Entretanto, há um outro aspecto desta afirmação, que usualmente se faz, no sentido de que o juiz aplica a lei à verdade dos fatos, que é o de saber, justamente, se a aplicação do direito que o juiz faz é, realmente, à *verdade dos fatos*.

Se se responder negativamente a esta pergunta, deve, inexoravelmente, ser repensada a função do processo, que tradicionalmente é concebida como a de descobrir a verdade dos fatos para que o juiz possa aplicar o direito à situação concreta.

Os sistemas jurídicos de um modo geral, embora tenham superado a fase da prova irracional, tratam de figuras que permitem que o juiz sentencie sem ter certeza absoluta a respeito da verdade dos fatos. Um bom e antigo exemplo é a revelia e a presunção de que trata a lei brasileira no art. 319 do CPC.

As consequências da não impugnação específica dos fatos também pode ser considerada integrante dessa categoria. O art. 302 do CPC cria o ônus de que o réu se manifeste precisamente sobre cada um dos fatos narrados na inicial, podendo ser presumidos verdadeiros os não impugnados.

Pense-se também na presunção gerada pela não exibição de documento no processo, no sentido da veracidade dos fatos que seriam provados pelo documento não exibido. Ou pela não realização do exame de DNA.

Então, como se viu, há casos em que o juiz não decide com base em sua convicção exauriente sobre os fatos da causa.

O mesmo se deve dizer quanto à tendência que existe, hoje, no sentido de que as tutelas de urgência ou de evidência sejam “estabilizadas”, ou seja, continuem a produzir efeitos se não houver a atitude ‘x’ do autor ou do réu. No direito brasileiro projetado, é a impugnação do réu que abre o caminho para uma sentença baseada em cognição exauriente; no direito francês e italiano, a iniciativa pode ser do autor ou do réu.

Hoje, o direito brasileiro prevê a possibilidade de que haja *decisões* baseadas em cognição não exauriente, mas todas precisam de confirmação em sede de cognição plena. São necessariamente *provisórias*.

Os pressupostos para que essas decisões sejam proferidas são os mais variados. Liminares podem ser concedidas para proteger um direito evidente, como acontece nas liminares possessórias, em que se dispensa o autor, há séculos, da prova de qualquer tipo de perigo. A situação de *fumus robusto*, veemente, qualificada pela defesa protelatória do réu ou pelo abuso do direito de defesa, também enseja concessão de liminar, o que significa que, nesta hipótese, também se dispensa da prova de perigo. A perspectiva de agravamento do dano, caso não seja concedida a liminar, é uma outra hipótese, em que está presente não o perigo da eficácia da medida principal, mas a perspectiva de oneração excessiva e desnecessária do autor.

Em todas essas hipóteses, podem ser concedidas medidas que geram algum efeito, no mundo empírico, favorável ao autor, mas que não têm luz própria. Serão necessariamente revistas na fase de cognição exauriente, que pode se dar tanto no mesmo processo ou em processo posterior de cognição plena.

No direito italiano, preveem-se *processos cautelares* com dois objetivos: o primeiro, bem próximo ao nosso processo cautelar, tem por objetivo prevenir a *infruttuosità*, que pode ser traduzida como ineficácia do provimento principal, ou incapacidade, do processo principal, de gerar frutos. Outro dos objetivos é a prevenção de que a medida seja concedida tarde demais, o que normalmente implica verdadeira antecipação de tutela, porque se adiantam, ao autor, efeitos de medida pela qual ele não pode esperar. Esta tutela sumária – essa sumariedade deve ser entendida não como sumariedade do rito, mas como superficialidade da cognição – hoje é capaz

de gerar decisão que resolve a crise de direito material, satisfazendo concretamente o autor, sem, todavia, transitar em julgado. Não se ajuíza necessariamente a ação principal ou, em outras palavras, o processo de cognição plena com o objetivo de obter uma sentença que transite em julgado. Esta fase só ocorre se alguma das partes fizer requerimento expresso nesse sentido.

É interessante observar que o que há, de rigor, é a estabilização dos *efeitos* da tutela concedida, independentemente da existência de uma sentença em que o juiz diga, de forma definitiva, a quem pertence o direito que transitaria em julgado.

O sistema francês concebeu o instituto do *référé*, mesmo antes do direito processual civil ser codificado, em 1806. O direito italiano, confessadamente, se inspirou nesse instituto para criar a estabilização da tutela a que nos referimos acima.

Hoje, a possibilidade de que haja decisão beneficiando o autor, sem trânsito em julgado, resolvendo a crise de direito material, não mais se vincula exclusivamente a situações de urgência, podendo resolver também o direito do autor, no plano prático, se não houver contestação séria. Trata-se de medida intensamente utilizada na prática. A tendência do direito francês vem sendo a de aumentar os casos em que se considera possível o uso do instituto, que, como se percebe, desempenha na França, além de outras, a função do nosso processo cautelar.

A decisão do *référé* também é, ou pode ser, provisória, porque não transita em julgado. Os efeitos da decisão serão afastados, caso a parte beneficiada não seja a vencedora do processo de cognição plena, que não é instaurado necessariamente, como no Brasil. Apesar da ausência de coisa julgada, a decisão do *référé* tem eficácia prática para resolver inteiramente o problema do direito material e poderá ter eficácia para sempre, já que o processo de cognição plena pode nem mesmo ser instaurado.

Resumindo e concluindo, com estes sistemas, obtém-se uma providência que tem reflexos no plano dos fatos e se abre mão

O processo não é unicamente ou essencialmente um instrumento que serve a que o juiz aplique a lei à verdade dos fatos

da declaração a respeito de quem tem direito. Por alguma razão, pode não interessar.

No direito brasileiro, há um Código de Processo Civil projetado, que ainda está tramitando pelo Poder Legislativo, em que se prevê a possibilidade de uma decisão proferida com base em cognição não exauriente (sumária) ter seus efeitos estabilizados. A decisão pode produzir efeitos no plano empírico, até que seja impugnada pelo réu. A impugnação pode ser feita pela via da contestação e, embora o projeto não seja claro, penso que também pela via recursal.

O modelo de estabilização de tutela que consta do projeto também não leva à produção da coisa julgada.

Sob esta perspectiva, das decisões judiciais tomadas sem base na verdade dos fatos, cabem algumas observações sobre os processos de estrutura monitória. Este processo tende a tutelar imediatamente o direito do credor que não tem título executivo. É o *procedimento ingiuntivo*, ou o *Mahnverfahren*, exclusivamente documental em alguns países (Itália, Brasil) e noutros não (França, Alemanha). Convencendo-se o juiz e proferindo o decreto injuntivo, só se o réu se opuser à ordem de pagamento é que se instaurará o processo ordinário.

A ação monitória é adequada quando o autor não tem título executivo e tem prova escrita da obrigação de que lhe seja entregue quantia em dinheiro, coisa fungível ou coisa certa móvel. Proferida a decisão para que o réu cumpra a obrigação em 15 dias, se ele não se defender, a decisão se transmuda em título executivo, sem transitar em julgado. Havendo embargos, o rito se transforma em ordinário. Nota-se a evidente semelhança em relação ao modelo de antecipação de tutela adotado no projeto.

Neste contexto, também se encarta a previsão do art. 273, § 6º: o juiz pode antecipar a tutela se a um dos pedidos formulados pelo autor não for oposta resistência pelo réu.

É importante que se sublinhe a necessidade de *que sejam formulados dois ou mais pedidos*. Não se trata da possibilidade de que os pedidos sejam decompostos, quando unos. Assim, se o autor cobra um crédito de R\$ 100,00 e o réu não se opõe a R\$ 20,00, não é caso, segundo me parece, de aplicação do dispositivo para conceder antecipação de tutela em relação aos R\$ 80,00 restantes.

Há necessidade, também, de que a cumulação seja simples. Ou seja, o dispositivo não se aplica quando houver *cumulação sucessiva*, que ocorre quando do acolhimento do primeiro pedido decorre a possibilidade de análise dos subsequentes; nem *eventual*, que tem lugar quando, não acolhido o primeiro, surge a necessidade de se analisar o segundo e os subsequentes; nem *alternativa*, que ocorre quando o autor formula mais de um pedido, mas deseja o acolhido de só um deles.

A doutrina se divide quanto à natureza da decisão proferida com base no art. 273, § 6º. Uns dizem que se trata de sentença: não seria, pois, uma liminar antecipatória de tutela. Outros, que se trata de liminar antecipatória de tutela, como todas as outras, de que tratam os demais incisos do art. 273.

O juiz aplica o direito, e não a lei, pura e simplesmente, ao caso concreto

Penso que se pode sustentar solução intermediária. O provimento de que trata o art. 273, § 6º, pode ensejar tanto decisão interlocutória quanto sentença, dependendo do grau de convicção do magistrado. Se se afirmar que a decisão é necessariamente sentença, se estará dizendo que, se o juiz não estiver plenamente convencido, não poderá proferir provimento algum. Mas pode: pode proferir liminar, sujeita a ser confirmada depois, na sentença. Mas também, como acontece na revelia, pode acolher o pedido em relação ao qual o réu não apresentou resistência, proferindo sentença parcial de mérito, que transita em julgado, como ocorre na revelia.

Note-se que o legislador foi incoerente: permitiu expressamente a cumulação de pedidos, mas “amarrou” todos. Deveria ter previsto explicitamente a possibilidade de que, já havendo prova suficiente quanto a um deles, este fosse julgado desde logo, prosseguindo o processo quanto aos demais. Esta seria uma maneira de fazer com que a possibilidade de cumulação de pedidos servisse de modo mais evidente ao princípio da economia processual e à necessidade de que o processo renda, seja efetivo.

Admitindo-se a possibilidade de que o dispositivo, ora comentado, pode dar origem a decisão liminar ou a sentença, deve o juiz, necessariamente, *esclarecer* que tipo de provimento estará proferindo.

O projeto diz que é sentença. Claro que isso causa problemas. Haverá dois segmentos recursais. Se se entender, afinal, que o réu é parte ilegítima, uma parte do pedido já terá sido decidida por decisão eventualmente até transitada em julgado, se não tiver havido recurso.

Qualquer que seja a opção do juiz, haverá problemas recursais, mas os mais agudos são os que decorrem do fato de o juiz proferir sentença parcial. Desta decisão, no sistema em vigor, cabe agravo.

Alguns dizem dever caber a tal “apelação por instrumento”: com revisor e direito à sustentação oral. Os que sustentam esta posição o fazem com base no princípio da isonomia, pois, uma vez que se trata de sentença, deve estar sujeita a um recurso que seja, pelo menos, equivalente à apelação que, tendo um

Hoje, o direito brasileiro prevê a possibilidade de que haja *decisões* baseadas em cognição não exauriente

procedimento mais aprimorado que o do agravo, pode levar a uma decisão mais justa.

Claro que, no sistema atual, essa decisão não pode ser apelável, porque de regra a apelação tem efeito suspensivo. Como um procedimento, como um todo, prossegue, o recurso cujo procedimento seja adequado, sem dúvida, é o de agravo. Por isso é que alguns conceberam este tipo recursal híbrido, que é apelação por instrumento.

Outra dificuldade é a que se refere ao prazo para a propositura da ação rescisória. Neste e noutros casos, admitindo-se a existência de coisa julgada formada em momentos diferentes do procedimento, haverá vários prazos e várias rescisórias, com, eventualmente, competências diferentes. A resposta, em nosso entender, é negativa. Há várias coisas julgadas, sim. Mas para efeitos de contagem para o prazo da rescisória, considera-se a última.

Em vista destes institutos todos e de reflexões que se façam a respeito do que eles significam, parece que, de fato, o processo não é unicamente ou essencialmente um instrumento que serve a que o juiz aplique a lei à verdade dos fatos. É, isso sim, um instrumento para resolver conflitos, colocando-se ao lado da arbitragem e da mediação.

Nota

¹ Ver principalmente, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, 2. ed. São Paulo, RT, 2008.

A EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL EM RAZÃO DO EXCESSIVO NÚMERO DE PÁGINAS E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO CIVIL ELETRÔNICO

DANILO SILVA BITTAR*

Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade
Estadual de Londrina

RESUMO

O presente artigo destina-se à análise da possibilidade, no âmbito do processo civil, de o juiz, mediante o exercício de suas atribuições, poderes e deveres inerentes a sua função de diretor do processo, determinar a emenda da petição inicial em razão de seu excessivo número de páginas. Além disso, será abordada a repercussão desta situação no âmbito do processo eletrônico, especificamente no que se refere às limitações do tamanho máximo do arquivo a ser transmitido por meio eletrônico impostas pelos tribunais pátrios.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate that the judge, upon the exercise of his duties, may determine the complaint's amendment if long-winded. Furthermore, it intends to address the impact of that possibility on electronic lawsuits.

*** Outra qualificação do autor**

Assessor de juiz pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná junto ao gabinete da 10ª Vara Cível de Londrina.

1. Introdução

Busca o presente contribuir com a discussão relacionada à possibilidade de o juiz, na qualidade de diretor do processo, determinar com fulcro no artigo 284 do Código de Processo Civil a emenda da petição inicial em razão de seu excessivo número de páginas.

Com efeito, mediante a análise das atribuições do magistrado, sobretudo as descritas no art. 125 do mencionado diploma legal, pretende-se demonstrar a possibilidade dada ao juiz de impor à parte autora a adequação da petição inicial caso seu número de páginas extrapole os limites do proporcional e do razoável, vez que tal situação constitui irregularidade que acarreta prejuízo à defesa e dificulta o julgamento da lide.

É de se destacar que a questão não só é relevante para o processo civil convencional, como também gera repercussão no âmbito do processo eletrônico. Isto porque parte da doutrina sustenta que a limitação do tamanho máximo do arquivo pelos sistemas de transmissão de petições por meio eletrônico acarreta prejuízo às partes, por tratar-se de cerceamento de defesa e violação às garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à Justiça.

Assim, visa o presente colacionar argumentos que autorizam a determinação de emenda da petição inicial em razão de sua extensão e, via de consequência, justificar a limitação do tamanho máximo dos arquivos no processo eletrônico.

2. O juiz como diretor do processo

O CPC disciplina, especificamente em seu art. 125, parte das atribuições do juiz na relação processual. De acordo com o referido dispositivo, o magistrado ocupa a posição de diretor do processo e, nesta qualidade, deve assegurar às partes igualdade de tratamento (inciso I), bem como velar pela rápida solução do litígio (II), prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça (III) e, ainda, tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (IV).

Pela análise de tais disposições, é possível se dizer que há certa predominância do juiz na relação processual, especialmente em razão de sua participação na qualidade de órgão do Estado, ou seja, como órgão de poder no interesse da coletividade¹. Neste contexto, afirma-se que

“o princípio que norteia o sistema do Código é o de que o juiz é *dominus processus*, isto é, ao juiz compete a suprema condução do processo”². Em outras palavras, “o juiz é responsável pelo impulso do processo, sua direção, e garantia de que chegue a um termo rápido e seguro”³.

Dirigir o processo “significa fiscalizar e controlar a relação processual, fazendo com que se desenvolva regular e validamente”⁴. No âmbito de tal direção, aponta Dinamarco que o juiz não tem faculdades nem ônus processuais, de modo que os poderes que lhe são outorgados pela lei são acompanhados do dever de exercê-los. Não há, de acordo com o aludido autor, opção pessoal por parte do magistrado⁵, devendo ele, no âmbito do processo civil moderno (onde se exalta a necessidade de resultados), exercer seus poderes inclusive no intuito de suprir deficiências das partes, bem como de seus procuradores⁶.

Para os fins a que se destina o presente estudo, dentre as atribuições do juiz merece destaque aquela relacionada a garantir a igualdade de tratamento entre as partes. A necessidade de isonomia, além de inúmeros outros desdobramentos, impõe ao magistrado o precípua dever de “observar tratamento igualitário aos litigantes, sem concessão de privilégios, eximindo-se de colocar uma das partes em situação de vantagem em relação ao adversário”⁷. Isto implica dizer que cabe ao juiz prezar pela efetiva garantia do direito de defesa, a fim de concretizar a igualdade entre as partes e, conseqüentemente, o contraditório, do qual depende a validade do processo⁸.

No rol das possibilidades garantidas ao magistrado para viabilizar a igualdade entre os litigantes⁹ encontra-se, sem dúvidas, o art. 284 do CPC, que impõe ao juiz um “controle prévio de regularidade da petição inicial”¹⁰, que será tratado a seguir.

3. A determinação de emenda da petição inicial prolixa

De acordo com Chiovenda, o juiz possui o dever fundamental perante as partes “de realizar, se legalmente requerido ou ainda de ofício, quando o imponha a lei, tudo quanto lhe for necessário para habilitar-se a julgar”¹¹.

Dentre as possibilidades garantidas pela lei para concretização de tal dever há aquela relativa ao “juízo neutro de admissibilidade da petição inicial”, de que trata o art. 284 da lei processual. O juiz encontra em tal dispositivo a autorização para, verificando que a petição inicial deixa de cumprir alguma exigência legal e constatando

que o não cumprimento pode acarretar alguma nulidade processual ou dificultar o exercício da ampla defesa do réu, determinar sua emenda ou complementação¹².

A respeito de referida disposição legal, Marinoni leciona que “se a petição inicial não possui requisito que lhe é indispensável ou contém defeito ou irregularidade sanável, o juiz tem o dever de conferir ao autor a possibilidade de emendá-la”¹³, restando claro, assim, que a determinação de emenda da inicial não figura como faculdade, mas como poder-dever do magistrado.

Neste contexto, questiona-se: pode o excessivo número de páginas da petição inicial configurar hipótese de falha ou defeito que deve ser sanado?

É evidente que a tecnologia, essencialmente a evolução da informática, proporcionou ao direito, de maneira geral, grandes avanços e facilidades. Todavia, também trouxe consigo alguns exageros, dentre os quais se destaca a maior possibilidade de formulação de petições iniciais absurdamente extensas.

Em não raras vezes, no cotidiano forense, depara-se com petições iniciais de mais de sessenta, oitenta e até aquelas que superam as cem laudas¹⁴. Em tais casos, é inegável que o exagero no tamanho da petição dever ser coibido pelo magistrado, tendo em vista que um petitório com mais de oitenta laudas, por exemplo, extrapola os limites razoáveis, seja qual for o ângulo em que se examine a questão. Trata-se de situação injustificável, independentemente de quão complexa é a causa ou de quantos pedidos são cumulados.

Em face dos milhares processos pendentes de julgamento, parece indiscutível que uma petição inicial extremamente longa dificulta o julgamento da causa, acarretando ao juiz um esforço e gasto de tempo por vezes desnecessários, que poderiam perfeitamente ser evitados pela simples concisão do advogado em sua escrita¹⁵. Ademais, a petição prolixa causa evidente prejuízo à defesa e compromete a razoável duração do processo.

Neste sentido, Adorno Júnior ressalta que “a apresentação de petição inicial prolixa, repleta de citações jurisprudenciais e doutrinárias que a tornem demasiadamente extensa, dificulta a elaboração da defesa, a instrução do feito com a colheita de provas e a entrega da prestação jurisdicional pelo julgador”, sendo

A determinação de emenda da inicial não figura como faculdade, mas como poder-dever do magistrado

recomendável, nestes casos, a determinação de emenda da petição inicial, nos termos do art. 284 já mencionado¹⁶.

A jurisprudência também já se pronunciou em sentido semelhante, em hipótese na qual a parte autora impetrou mandado de segurança cuja petição inicial contava com cento e quatorze laudas. Na referida oportunidade, a desembargadora relatora do caso assim se pronunciou:

“A peça, contendo inúmeras digressões e transcrições, pode mesmo ser taxada de prolixa. Por certo, a petição deve ser objetiva e o exagero de transcrições não só aumenta a carga de trabalho do magistrado como dificulta a defesa da outra parte. A petição eivada de citações e repetições desnecessárias, engrossando o volume dos autos, atenta também contra a celeridade dos processos. Por isso, não há nenhuma crítica a fazer ao magistrado que determina a emenda da inicial para não comprometer o exercício do contraditório.”¹⁷

Por esses motivos, é perfeitamente cabível que o juiz determine a apresentação de resumo ou a redução do número de folhas da petição inicial nos casos em comento, especialmente a fim de garantir que a emenda da inicial cumpra sua função de proporcionar ao réu amplitude em sua defesa¹⁸.

Não bastasse, é de se dizer que, para o cumprimento dos requisitos do art. 282 do CPC (essencialmente a narrativa dos fatos, causa de pedir e pedido), não se necessita de mais de cinco, dez ou até vinte páginas de texto, podendo se concluir, assim como fez Alvim Netto, que “se é possível comunicar em vinte páginas, usar sessenta ou cem páginas é errado”¹⁹.

Ainda merece destaque o art. 46 do CPC, que autoriza o juiz a limitar o número de litisconsortes facultativos na hipótese em que a quantidade de litigantes comprometa a rápida solução do litígio ou cause prejuízo ao direito de defesa. Note-se que neste caso, pelos mesmos motivos ora expostos, ou seja, diante da direção do processo exercida pelo magistrado e das atribuições decorrentes de tal função, a legislação prevê expressamente a possibilidade de o juiz impor restrições à petição inicial, a fim de assegurar o direito de defesa ao réu²⁰.

Diante de todo o exposto, resta clara a possibilidade de determinação por parte do juiz de emenda da petição inicial em razão de seu excessivo número de páginas.

4. Possibilidade de restrição ao número de páginas e o processo eletrônico

Estabelecidas estas premissas, conforme afirmado inicialmente, a questão da existência ou não de óbice à limitação do número de páginas da petição inicial tem grande repercussão no âmbito do processo eletrônico.

Com o advento da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, foram instituídas as principais diretrizes para a informatização do processo judicial e atualmente pode-se dizer que o processo eletrônico já é uma realidade no Brasil.

Para concretização da referida informatização do Poder Judiciário, a referida lei estabeleceu no § 2º de seu art. 2º a necessidade de criação de sistemas destinados para a prática de atos processuais por meio eletrônico. Tais sistemas podem ser definidos como “as plataformas de processo eletrônico, onde se praticam os atos processuais propriamente ditos. É através deles que se dá a transmissão das petições, bem como se visualizam as decisões judiciais e se verifica o andamento das demandas virtuais”²¹. O Projudi²², o e-Proc²³, o e-STJ²⁴ e o e-STF²⁵ são exemplos deste tipo de sistema.

Em que pese a Lei 11.419/06 não ter disciplinado a questão, os tribunais pátrios vêm fixando limites ao tamanho máximo dos arquivos transmitidos por meio eletrônico. A título de exemplo, no Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas o tamanho máximo dos arquivos é limitado em um MB (*megabyte*)²⁶. Já no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais podem ser enviados arquivos de até três MB²⁷. Em média, no processo eletrônico, o tamanho máximo do arquivo está limitado em dois MB²⁸.

Para fins de comparação, nos Estados Unidos, no âmbito das cortes distritais, os limites ao tamanho máximo do arquivo também variam sobremaneira. Na Carolina do Sul, o limite é de dez MB²⁹, enquanto em Nova Iorque é de quatro MB³⁰. Em Ilinoís o sistema admite petições de até cinco MB e no Colorado até dois MB³¹.

Neste contexto, parte da doutrina passou a afirmar que a referida limitação do tamanho máximo dos arquivos caracteriza cerceamento de defesa e ofensa ao direito de acesso à Justiça.

Tais posicionamentos surgiram justamente em razão do fato de que o referido limite implica a restrição ao tamanho da peça que será transmitida por meio eletrônico. Esta situação, de acordo com Atheniense, “configura um prejuízo de cerceamento de defesa aos

autores e peticionantes, que terão que optar tanto pela redução do tamanho das peças quanto pela seleção mais apurada de documentos que as acompanham”³², sendo que o mesmo pode ser dito no tocante ao prejuízo ao acesso à Justiça.

Todavia, ainda que respeitável o entendimento no sentido de que há prejuízo aos litigantes em todos os casos de limite do tamanho máximo do arquivo, por todo o exposto acima, é possível se afirmar que a simples restrição ao tamanho da petição, por si só, não pode ser entendida como cerceamento de defesa, tampouco como ofensa ao livre acesso à Justiça.

Revelando-se possível a determinação por parte do magistrado de emenda da petição inicial prolixa, mediante a apresentação de resumo ou de adequação ao número de páginas, via de consequência, conclui-se pela admissibilidade de limitação do tamanho dos arquivos no processo eletrônico.

Melhor esclarecendo: a doutrina de direito processual eletrônico sustenta que limitar objetivamente o tamanho do arquivo acarreta, por si só, prejuízo, com fundamento na tese de que tal limitação implica a restrição ao número de páginas da petição. Ora, conforme demonstrado aqui, se pode o juiz restringir o referido número de páginas, tal fato não pode ser considerado como óbice à limitação do tamanho do arquivo no processo eletrônico.

É evidente que a restrição não pode ser tão severa a ponto de inviabilizar a transmissão de petições e documentos pela internet, devendo observar a razoabilidade. Sugere-se, assim, a fim de se evitarem alegações de prejuízo pelas partes, a adoção do limite empregado pelo Superior Tribunal de Justiça, que recentemente foi ampliado e admite arquivos de até cinco MB³³.

5. Conclusão

É inegável, ante o todo o exposto, que pode o juiz determinar a emenda da inicial, com fulcro no art. 284 do CPC, se o número de folhas da petição revelar-se excessivo a ponto de prejudicar a defesa do réu ou o julgamento da lide.

Com efeito, o magistrado possui inúmeras atribuições em razão do disposto no art. 125 do CPC, inclusive a de preservar a isonomia entre as partes, consoante seu dever de impedir condutas de um litigante que causem prejuízo ao outro. Neste contexto, sobretudo para garantir o contraditório e a ampla defesa ao réu, cabe ao juiz determinar a emenda da petição inicial prolixa.

É de se dizer que não há um limite objetivo para se restringir a extensão da petição inicial, cabendo ao magistrado analisar cada caso, a fim de verificar se a situação configura ou não vício a ser sanado por meio da emenda.

Ademais, evidenciada a possibilidade de emenda da petição inicial demasiadamente extensa, via de consequência, verifica-se que inexistente óbice à imposição de limites ao tamanho máximo dos arquivos no processo civil eletrônico.

Ora, se pode o juiz restringir o número de páginas da petição inicial, logo, pode existir limitação ao tamanho dos arquivos a serem transmitidos por meio eletrônico, cabendo às partes evidenciar eventualmente que o limite adotado por determinado tribunal não se mostra razoável.

Notas

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1, p. 343.

² GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1, p. 233.

³ *Idem*.

⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 384.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 2, p. 208.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v.1, p. 352.

⁷ DIAS, Iberê de Castro. *Teoria geral do processo civil: processo civil*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2004, p. 219.

⁸ GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 61.

⁹ Não só a igualdade de tratamento, como também a rápida solução da controvérsia.

¹⁰ CRUZ, José Raimundo Gomes da. A petição inicial. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. v. 8, p. 77, jul./2001.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 403.

¹² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, tomo I, p. 112.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 89.

¹⁴ Neste sentido, José Manoel de Arruda Alvim Netto também constata que “depois da era do computador, muitas vezes, ainda se apresentam peças imensas em juízo, petições, por exemplo, de 80, 100, 120 páginas”. In: RIBEIRO, Roseli. Especialistas debatem mudanças no CPC e querem petições iniciais menores. *Última Instância*. 2 jul. 2006. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/23776/especialistas+debatem+mudancas+no+cpc+e+querem+peticoes+iniciais+menores.shtml>>. Acesso em 5 outubro de 2011.

¹⁵ O desembargador Alexandre Moreira Germano relembra uma citação do jesuíta espanhol Baltasar Gracián, da obra “A arte da prudência”, que se mostra adequada à ocasião: “A brevidade é agradável e lisonjeira, além de dar mais resultado. Ganha em cortesia o que perde pela concisão. As coisas boas, se breves, são duplamente boas. Todos sabem que o homem prolixo raramente é inteligente. Diga brevemente e terá bem dito”. In: GERMANO, Alexandre Moreira. *Técnica de redação forense*. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/pdf/TecnicaRedacaoForense.pdf>>. Acesso em 5 out 2011.

¹⁶ ADORNO JÚNIOR, Hécio Luiz. A linguagem jurídica como importante instrumento de efetivação da justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 72, p. 83, jul./2010.

¹⁷ BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Apelação Cível n. 2008.72.05.004630-0. Apelante: Município de Aurora. Apelado: União Federal. Primeira Turma. Rel.: Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Julgado em 18 nov. 2009.

¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.1.

¹⁹ RIBEIRO, Roseli. Op. cit.

²⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v.1, p. 142/3.

²¹ BITTAR, Danilo Silva. Considerações acerca dos sistemas adotados pela Lei 11.419/2006 de informatização do processo judicial. *Revista do Direito Público*. Londrina, v. 6, p. 39. 2011.

²² O Projudi é um software de tramitação de processos judiciais mantido pelo Conselho Nacional de Justiça utilizado, atualmente, por 19 dos 27 estados brasileiros. In: PROJUDI. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/projudi>>. Acesso em 7 out 2011.

²³ Plataforma de processo eletrônico utilizada pela Justiça Federal, sobretudo nos Juizados Especiais Federais.

²⁴ O e-STJ “é o sistema do STJ que permite o peticionamento eletrônico e a visualização dos autos do processo eletrônico pela Internet”. In: PETIÇÃO eletrônica.

Perguntas mais frequentes. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1018>. Acesso em 7 out 2011.

²⁵ Trata-se do “meio eletrônico de tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais”, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. In: E-STF processo eletrônico. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estf&pagina=WSPprocessoEletronico>>. Acesso em 7 out 2011.

²⁶ FAQ (Perguntas e Respostas Frequentes - Advogado/Procurador/Defensor). Projudi. *Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas*. Disponível em: <<http://www2.tjal.jus.br/projudi/faq.html#17>>. Acesso em 17 set. 2011.

²⁷ PERGUNTAS Frequentes. Projudi. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <<https://projudi.tjmg.jus.br/projudi/interno.jsp?endereco=/projudi/consultapublica/CentroConsultaPublicaFaq>>. Acesso em 17 set. 2011.

²⁸ ROSA, Arthur. Restrição de tamanho das peças processuais impostas pelos Tribunais geram problemas aos advogados e limitam o processo eletrônico. Valor Econômico. *Legislação & Tributos*. 7 out 2010. Disponível em: <<http://www.dnt.adv.br/wp-content/uploads/2010/10/reportagem-valor-economico-atheniense-limite-processo-eletronico.pdf>>. Acesso em 17 set. 2011.

²⁹ ELECTRONIC Case Filing Document Size Limitations. *United States District Court*. District of South Carolina. May 2011. Disponível em: <<http://www.scd.uscourts.gov/CMECF/Troubleshooting/PageSizeLimits.pdf>>. Acesso em: 13 set 2011.

³⁰ FREQUENTLY Asked Questions about Electronic Case Filing. Guidelines for Electronic Case Filing. *United States District Court*. Southern District of New York. Disponível em: <http://www.nysd.uscourts.gov/ecf_guidelines_faq.php>. Acesso em: 13 set. 2011.

³¹ MILLS, Jeffrey L.; STEWART, W. Kelly. *E-Filing or E-Failure: New Risks Every Litigator Should Know*. DRI: The Voice of the Defense Bar, 18 jul 2011. Disponível em: <<http://www.dri.org/articles/Technology/FTD-1106StewartMills.pdf>>. Acesso em 18 set. 2011.

³² ATHENIENSE, Alexandre. *Comentários à lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos Tribunais brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 148. Para outras críticas, confira-se: BERETTA FILHO, José André. *O meu direito de petição é limitável em megabytes*. Britcham - Câmara Britânica de Comércio e Indústria no Brasil. Disponível em: <http://www.britcham.com.br/email/resenha_legal_0411.htm>. Acesso em: 04 out. 2011.

³³ De acordo com o sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, “o tamanho máximo do arquivo é de 5 Mb (megabytes). Podem ser anexados até cem arquivos por petição, de 5 Mb cada, totalizando o máximo de 500 Mb por peça eletrônica enviada”. In: PETIÇÃO eletrônica. Perguntas mais frequentes. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1018>. Acesso em 7 out. 2011.

Referências

ADORNO JÚNIOR, Hécio Luiz. A linguagem jurídica como importante instrumento de efetivação da justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 72, p. 83, jul./2010.

ATHENIENSE, Alexandre. *Comentários à Lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos tribunais brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2010.

BITTAR, Danilo Silva. Considerações acerca dos sistemas adotados pela Lei 11.419/06 de informatização do processo judicial. *Revista do Direito Público*. Londrina, v. 6, p. 39, 2011.

BERETTA FILHO, José André. *O meu direito de petição é limitável em megabytes*. Britcham - Câmara Britânica de Comércio e Indústria no Brasil. Disponível em: <http://www.britcham.com.br/email/resenha_legal_0411.htm>. Acesso em: 04 out. 2011.

BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Apelação Cível n. 2008.72.05.004630-0. Apelante: Município de Aurora. Apelado: União Federal. Primeira Turma. Rel.: Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère. Julgado em 18 nov. 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, tomo I.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. A petição inicial. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 8, p. 77, jul./2001.

DIAS, Iberê de Castro. *Teoria geral do processo civil: processo civil*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v.1.

E-STF. Processo eletrônico. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estf&pagina=WSProcessoEletronico>>. Acesso em 7 out. 2011.

ELECTRONIC Case Filing Document Size Limitations. *United States District Court*. District of South Carolina. May 2011. Disponível em: <<http://www.scd.uscourts.gov/CMECF/Troubleshooting/PageSizeLimits.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2011.

FAQ (Perguntas e respostas frequentes - Advogado/Procurador/Defensor). Projudi. *Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas*. Disponível em: <<http://www2.tjal.jus.br/projudi/faq.html#17>>. Acesso em 17 set. 2011.

FREQUENTLY Asked Questions about Electronic Case Filing. Guidelines for Electronic Case Filing. *United States District Court*. Southern District of New York. Disponível em: <http://www.nysd.uscourts.gov/ecf_guidelines_faq.php>. Acesso em: 13 set. 2011.

GERMANO, Alexandre Moreira. *Técnica de redação forense*. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/pdf/TecnicaRedacaoForense.pdf>>. Acesso em 5 out. 2011.

GOMES, Sergio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v.1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MILLS, Jeffrey L.; STEWART, W. Kelly. *E-Filing or E-Failure: New Risks Every Litigator Should Know*. DRI: The Voice of the Defense Bar, 18 jul 2011. Disponível em: <<http://www.dri.org/articles/Technology/FTD-1106StewartMills.pdf>>. Acesso em 18 set. 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERGUNTAS Frequentes. Projudi. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <<https://projudi.tjmg.jus.br/projudi/interno.jsp?endereco=/projudi/consultapublica/CentroConsultaPublicaFaq>>. Acesso em 17 set. 2011.

PETIÇÃO eletrônica. Perguntas mais frequentes. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1018#6>. Acesso em 7 out. 2011.

PROJUDI. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/projudi>>. Acesso em 7 out. 2011.

RIBEIRO, Roseli. Especialistas debatem mudanças no CPC e querem petições iniciais menores. *Última instância*. 2 jul. 2006. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/23776/especialistas+debatem+mudancas+no+cpc+e+querem+peticoes+iniciais+menores.shtml>>. Acesso em 5 out. 2011.

ROSA, Arthur. Restrição de tamanho das peças processuais impostas pelos Tribunais geram problemas aos advogados e limitam o processo eletrônico. *Valor Econômico. Legislação & Tributos*. 7 out. 2010. Disponível em: <<http://www.dnt.adv.br/wp-content/uploads/2010/10/reportagem-valor-economico-atheniense-limite-processo-eletronico.pdf>>. Acesso em 17 set. 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JURISDICIONAL E AS HIPÓTESES DE APARENTE PARCIALIDADE

MÁRIO HELTON JORGE*
Desembargador (TJ/PR)

RESUMO

O trabalho aborda o princípio da imparcialidade do órgão jurisdicional, à vista, também, dos princípios da adstrição e da congruência, na análise das matérias de ordem pública e dos pedidos implícitos contidos na demanda posta em juízo.

*** Outras qualificações do autor**

*Professor da Escola da Magistratura do Paraná
Mestre em Direito (PUC/PR)*

Introdução

A inafastabilidade do controle jurisdicional, como garantia formal ao direito de ação, de nada valeria se o sistema não assegurasse a independência dos juízes, a fim de preservar a sua imparcialidade¹, significando afirmar, ainda, que não devem se imiscuir onde não foram provocados a atuar, além de dispensar a igualdade de tratamento para os envolvidos no processo (isonomia).

A imparcialidade decorre da exigência de igualdade no tratamento dispensado às partes na relação processual. Juiz parcial *não é juiz*, porquanto não dispensa tratamento equânime a cada uma das partes. A imparcialidade significa sua impessoalidade.

No entanto, não se pode confundir juiz imparcial com juiz neutro. Existe a distinção, porque o juiz será imparcial enquanto não tiver interesse no julgamento. Interesse no julgamento é todo o interesse próprio do juiz, ou de pessoa que viva sob sua responsabilidade. A neutralidade é um dado subjetivo que liga o juiz-cidadão-social e sua visão geral de mundo no seio da comunidade e da ciência. Enquanto a imparcialidade busca ressaltar o juiz do comprometimento com a parte (atitude omissiva), a neutralidade, ao contrário, leva a comportamento comprometido (atitude comissiva)².

Teresa Arruda Alvim Wambier³, ao se referir à neutralidade do juiz, afasta-a daquela relacionada à sua passividade:

“De fato, não raramente deve o juiz agir (positivamente) para restabelecer o equilíbrio entre as partes, para que estas possam litigar em condições de real igualdade. Fala-se em neutralidade no sentido de não envolvimento e conseqüentemente não favorecimento de uma das partes, em especial, em detrimento da outra.

Pensamos, pois, que é ilegítimo qualquer exercício de criatividade do juiz, sem que este seja absolutamente neutro. Qualquer comprometimento que tiver com o interesse de uma das partes envolvidas, seja pessoal, seja ideológico, torna ilegítima a criação de norma para solucionar aquele caso.

Aquele que pretende ser parcial deve, portanto, integrar o Poder Legislativo ou a Administração Pública, pois a função do juiz é a de aplicar as soluções previstas no ordenamento jurídico, assumindo necessariamente princípios (valores) que neste ordenamento estão contidos.”

O juiz, no ato típico de proferir decisões, permeia a interpretação e a aplicação da lei com valores que possui, seus pré-conceitos, sua formação moral e filosófica, hauridos da sociedade em que vive, adaptando as normas à realidade de seu tempo.

A imparcialidade não significa o desinteresse pelo desfecho do processo, devendo o juiz realizar as atividades indispensáveis de controle e de regulação, imprimindo rapidez no desenvolvimento do *iter* processual, impondo prazos e isenções, além de determinar a realização de provas, para o escopo da jurisdição (político, jurídico e social). A imparcialidade do juiz é um pressuposto processual, prevendo o sistema a nulidade do julgamento por juiz impedido, possibilitando ao prejudicado o manuseio de ação rescisória (art. 485, II, CPC) para rescindir a sentença.

Do princípio da imparcialidade emerge o princípio dispositivo em sentido substancial, a ser respeitado, deixando exclusivamente às partes a iniciativa de instaurar o processo e determinar-lhe o conteúdo. A propósito, a *res iudicanda* inclui a alegação dos fatos essenciais à determinação da *causa petendi*⁴.

Entretanto, não se pode desconhecer que existem determinadas situações nas quais o próprio ordenamento jurídico admite que o órgão jurisdicional atue *ex officio*, no curso da relação processual, sem que isso descaracterize a sua imparcialidade, conhecendo e decidindo matérias denominadas de ordem pública e pedidos implícitos, como se pretende demonstrar.

2. Das matérias de ordem pública

Há mais de duas décadas, foi editada a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, estando disposto em seu artigo 1º que “o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Há pouco mais de uma década, foi editada a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o novo Código Civil brasileiro, com vigência a partir de 13 de janeiro de 2003, sendo previsto no artigo 2.035, parágrafo único, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

No âmbito do direito processual civil, importantíssimas modificações também ocorreram no artigo 461, inclusive com a introdução do artigo 461-A, consagrando-se o *princípio da efetividade da jurisdição*, no campo material, autorizando atividades jurisdicionais além dos limites tradicionalmente impostos pelos artigos 2º, 128, 460 e 463 do CPC, em consonância com os cânones do princípio democrático de direito.

Indeclinável, pois, investigar elementos de definição de norma de ordem pública e sua repercussão na atividade jurisdicional.

Paulo Dourado de Gusmão⁵, ao se referir a direito coercitivo ou impositivo, afirma que “é aquele obrigatório, inderrogável pelas partes, constituindo um limite à autonomia da vontade”, mais especificamente na liberdade de contratar, constituindo-se tanto por normas de direito privado, tuteladoras de interesse social (exemplo: direito de família), quanto de normas absolutas de direito público (exemplo: licitação), que não admitem ampliação.

O direito cogente apresenta-se através de normas preceptivas e proibitivas; as preceptivas ordenam uma ação, impõem a prática de ato, determinam o regime jurídico, obrigações etc., de forma imperativa (exemplo: a maioria, a prescrição, a decadência etc.), enquanto que as proibitivas são as que vedam determinada ação, ato jurídico (exemplo: casamento entre ascendentes e descendentes; doação integral dos bens, sem reserva). A consequência da não observância das normas é que os efeitos dos atos praticados não são reconhecidos juridicamente.

Paralelamente, coexiste o direito dispositivo, formado por normas de natureza supletiva, que também é aplicado imperativamente, desde que as partes não se manifestem de forma diversa, alterando, integrando ou interpretando suas vontades, no negócio jurídico, isto é, auxiliam ou suprem a vontade (exemplo: art. 1639 CC; art. 1640 CC).

Maria Helena Diniz⁶ esclarece que:

“as normas dispositivas são supletivas quando suprem a falta de manifestação de vontade das partes; só se aplicam, então, na ausência da declaração de vontade dos interessados. Se estes nada estipularem, em determinadas circunstâncias, a norma o faz em lugar deles, servindo de exemplo: Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo estipulação em contrário (art. 327, 1ª parte, CC).”

Certo é que a distinção entre normas coercitivas e dispositivas nem sempre se apresenta sem dificuldades, pois há possibilidade

de as normas de direito privado e as de direito público serem derogáveis pelas partes nos casos de nulidades sanáveis. No entanto, as disposições ou convenções que violarem os preceitos de direito cogente são fulminadas de nulidade, porque prevalece o interesse geral (exemplo: normas de proteção da personalidade, da família), enquanto que no direito dispositivo prevalece a vontade das partes, a individualidade.

Dentre as normas coercitivas, Paulo Dourado Gusmão⁷ destaca as normas de ordem pública.

“Normas de ordem pública são as que disciplinam instituições jurídicas fundamentais e tradicionais, bem como as que garantem a segurança das relações jurídicas e protegem os direitos personalíssimos e situações jurídicas que não podem ser alteradas pelo juiz ou pelas partes por deverem ter certa duração. São normas de ‘ordem pública’ as de direito público, as que organizam a família, as que disciplinam a capacidade, a incapacidade, nome, prescrição, nulidade de atos etc.”

Como visto, as normas que dispõem sobre a conduta dos indivíduos ou da organização da sociedade coercitivamente formam o direito cogente, de observância obrigatória, não sendo passíveis de derrogação, ou de subtração das suas consequências pelas partes. Em suma, as normas cogentes estabelecem limites à autonomia da vontade pela imposição ou proibição da livre manifestação.

Carvalho Santos⁸ reconhece que as normas de ordem pública estabelecem limite à liberdade contratual, destacando que essas normas se devem à predominância, em certas situações, do interesse público sobre o interesse particular.

“Onde quer que se vislumbre, portanto, um interesse de ordem pública, desaparece a liberdade de ação das partes contratantes, que se devem cingir às determinações legais. A liberdade tem seus limites, não resta dúvida, e de acordo com os princípios sociais que dominam o direito hodierno, justificam-se todas essas restrições impostas no interesse da coletividade, ou da ordem pública, sem que, por isso, deixem de ser considerados contratos os atos jurídicos praticados sob o império dessa coação legal.”

Clóvis Beviláqua⁹ define leis de ordem pública como “as que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito”.

Na classificação das normas jurídicas quanto à imperatividade, Maria Helena Diniz identifica as de imperatividade absoluta e as de imperatividade relativa.

As normas de imperatividade absoluta, ou impositivas, também chamadas absolutas, são as que ordenam ou proíbem alguma coisa (obrigação de fazer ou de não fazer) de modo peremptório, categórico; ou que determinam, em certas circunstâncias, a ação, a abstenção ou o estado das pessoas, sem admitir qualquer iniciativa, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta.

As normas imperativas podem ser afirmativas ou negativas. Exemplo: art. 1.245 CC: “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante a transcrição do título traslativo no Registro de Imóveis”; art. 426 CC: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

Miguel Reale¹⁰ também expressa seu entendimento acerca das normas de ordem pública, destacando que não raramente trazem confusões, porque são confundidas com regras de direito público.

“Ordem pública aqui está para traduzir a ascendência ou primado de um interesse que a regra tutela, o que implica a exigência irrefragável do seu cumprimento, quaisquer que sejam as intenções ou desejos das partes contratantes ou dos indivíduos a que se destinam. O Estado não subsistiria, nem a sociedade poderia lograr seus fins, se não existissem certas regras dotadas de conteúdo estável, cuja obrigatoriedade não fosse insuscetível (sic) de alteração pela vontade dos obrigados. Quando certas regras amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não é lícito às partes contratantes disporem de maneira diversa.”

As normas que dispõem sobre a conduta dos indivíduos ou da organização da sociedade coercitivamente formam o direito cogente

Orlando Gomes¹¹, ao se referir à distinção entre normas de direito privado e de direito público, afirma que não se podem dispensar os princípios de ordem pública, para uma classificação mais rigorosa, por serem da maior repercussão social.

“Os princípios de ordem pública não chegam a constituir direito público, por faltar participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, princípios de direito privado. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica

e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, os princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo. Seu campo de ação é o direito privado, porque instituem a normação das relações entre pessoas singulares; mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprime-lhes fundada analogia com o direito público, inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia.”

E, no mesmo sentido, segue o magistério de Luis Recaséns Siches¹²:

“Las normas taxativas son aquellas que mandan o imperan independientemente de la voluntad de los obligados, de modo que no es lícito derogarlas ni absolutamente ni relativamente, en vista al fin determinado que los sujetos se propongan alcanzar; porque la realización de este fin está cabalmente disciplinada por la norma misma. Si suele decir en este contexto que las normas de interés público no pueden ser cambiadas por los pactos de los particulares.”

Em síntese, a noção de “normas de ordem pública” decorre de intervenção, de caráter geral, das políticas públicas do Estado¹³, no sentido de alcançar todos os indivíduos, cujos destinatários não as podem descumprir, embora não se possa deixar de registrar que tanto ordem pública como interesse geral são expressões extremamente fluidas e imprecisas.

Tanto é assim que as normas nem sempre deixam inteiramente à vontade os interessados para configurarem relações jurídicas: por vezes, preestabelecem-nas de modo claro e irremovível; outras vezes, criam alguns tipos de relação jurídica, dentre os quais se pode escolher o que convém. Numa situação, a cogência é absoluta; noutra, a cogência é flexível, de imperatividade relativa – não ordenam nem proíbem de modo absoluto, pois permitem ação ou abstenção, ou suprem manifestação de vontade não existente –, pois na escolha entre os tipos de relações jurídicas fica ao critério da vontade preferir uma ou outra, respeitados os limites, conforme identificado por Pontes de Miranda¹⁴.

Contudo, não basta, apenas, a afirmação de que a norma é de ordem pública para vingar a sua obrigatoriedade; é indispensável identificar quais os efeitos previstos para o seu descumprimento, no ordenamento jurídico, conforme também se pode aprender com Pontes de Miranda¹⁵.

Portanto, sendo descumpridas as normas cogentes pré-excludentes (por exemplo, a usura ou agiotagem) ou as nulificantes (por exemplo, incapacidade absoluta), a consequência é a inexistência e a nulidade absoluta do ato praticado, respectivamente.

O que se apresenta plausível de sustentar, para o exercício da atividade jurisdicional *ex officio*, é que o juiz, quando enfrentar situações jurídicas que envolvam normas de ordem pública – assim identificáveis as de efeito pré-excludentes ou nulificantes –, está autorizado a aplicá-las, porque prevalece, no caso, o interesse do Estado¹⁶, sendo insuscetível a invocação do princípio dispositivo, eis que está presente o controle difuso da nulidade absoluta dos negócios e das cláusulas viciadas¹⁷.

Arlete Inês Aurelli expressa que se entende por matéria de ordem pública *“aquela cujo vício não atinge só o puro interesse particular das partes, e sim o interesse de toda a coletividade, de toda a ordem jurídica, ou seja, o interesse público”*¹⁸.

Ainda, Sálvio de Figueiredo Teixeira¹⁹ confirma que “as nulidades absolutas são questões de ordem pública porque a violação do modelo legal atinge não apenas o interesse da parte, mas também, e sobretudo, o interesse público, a ordem jurídica”.

A imperatividade absoluta de algumas normas é justificada pela necessidade de proteção de determinadas relações sociais ou estados da vida social que não podem ficar exclusivamente ao arbítrio individual, pela perspectiva de acarretarem prejuízos para a sociedade²⁰.

Portanto, as situações em que o juiz pode exercer a atividade jurisdicional *ex officio*²¹ estão permeadas no direito, tanto na esfera privada quanto na esfera pública, com destaque para a decretação das nulidades previstas no artigo 166 do Código Civil, no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, no artigo 267, § 3º, do CPC²², no artigo 301, § 4º, do CPC, no reconhecimento dos juros legais (art. 293, CPC), nas prestações periódicas (art. 290, CPC), nas objeções de direito material (pagamento, decadência), na conversão do pedido de concordata preventiva em falência, na fungibilidade de demandas (art. 920, CPC), na inscrição de hipoteca judiciária (art. 466, CPC) etc., desde que seja instaurada a demanda, para fazer vingar o comando imperativo da norma estatal.

Não há que se falar em invasão do princípio dispositivo – de matérias de interesse privado –, eis que, em matéria de ordem pública, prevalece o interesse geral.

3. Dos pedidos implícitos

Se, por um lado, existe o ônus de o autor da demanda formular pedido certo e determinado (art. 286, CPC), contraditoriamente a regra de interpretação estrita do pedido, prevista no artigo 293 do CPC, ampliou o conhecimento do objeto litigioso posto em juízo, ao considerar compreendido “no principal os juros legais”, denominado de “pedido implícito”, *a contrario sensu* das ampliações já autorizadas pelos artigos 289 e 290 do CPC.

Milton Paulo de Carvalho²³ define pedidos implícitos como sendo “os que, embora por sua natureza pudessem constituir pedidos autônomos, a lei considera-os compreendidos no pedido simples ou qualificado, ou presume neles compreendidos como decorrência objetiva da sucumbência processual”, destacando nessa ordem o reembolso das despesas (custas, indenização de viagem, diárias de testemunhas, remuneração do assistente técnico) ao vencedor, o pagamento de honorários de advogado (art. 20, CPC), as prestações vincendas à época da propositura da demanda (art. 290, CPC), os juros legais, e por construção pretoriana, a correção monetária e os alimentos em dissolução de sociedade conjugal.

No mesmo sentido posiciona-se Dinamarco²⁴, considerando que “a regra de interpretação estrita do pedido recebe ressalvas legais e sistemáticas relativas aos chamados pedidos implícitos”. Identifica como pedidos implícitos os juros legais, as prestações periódicas, a correção monetária, as despesas do processo e com advogado, e “a tutela jurisdicional relacionada com as obrigações de fazer ou de não fazer (art. 461, *caput*, e §§)”.

Em que pese o amplo entendimento doutrinário e jurisprudencial de que os juros legais, as prestações de trato sucessivo, a correção monetária, as despesas processuais com a demanda e os honorários advocatícios sejam *pedidos implícitos*, há necessidade de uma reflexão mais detida sobre o tema (se realmente se tratam de “pedidos implícitos”).

Os juros legais, que podem ser de mora e compensatórios, de acordo com os artigos 406, 670, 869, 833 e 1.762 do CC, respectivamente, não estando aí contemplados os juros remuneratórios nem os de mora convencionais, são verdadeiros acessórios da obrigação principal. Portanto, poderiam ser objeto de pedido autônomo, através de ações acessórias (de alimentos, de guarda de filhos etc.), nos termos do artigo 108 do CPC. Decorrem de relação jurídica substancial.

Quanto às prestações periódicas, ou de trato sucessivo, originam-se da mesma causa de pedir, sendo passíveis de pedido autônomo, também através de ações próprias. É o caso de cobrança de alugueres, de taxas de condomínio etc. Decorrem também de relações jurídicas de direito substancial.

A correção monetária nada mais é do que a recomposição do poder aquisitivo da moeda corroída pela inflação. Logo, no valor da obrigação principal insere-se o *quantum* de correção monetária, a que é representativa da obrigação principal. Não se trata de acessório, que poderia ser objeto de ação acessória, nos moldes do artigo 108 do CPC, embora possa ser objeto de pedido autônomo. Decorre também de relação jurídica de direito substancial. Mas, tendo em vista que são vários os índices praticados de correção monetária, no país, aqui deve prevalecer o índice legal, previsto no Decreto 1.544/95, que adotou o INPC-IGP-DI. A correção monetária defluente de índices convencionais não deve ser conhecida *ex officio*.

As despesas de processo, as de honorários de advogado e as matérias relativas à efetividade das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa são decorrentes de relação jurídico-processual, nos termos dos artigos 20 e 461, *caput* e §§, e 461-A e §§, do CPC.

Como já visto, o *pedido* decorre de relação de *direito substancial*, requerendo a correspondente *causa de pedir*, em que ficam evidenciadas as condições da ação. Assim, os juros legais, a correção monetária oficial e as prestações periódicas seriam passíveis de pedidos de prestação jurisdicional. Entretanto, as despesas do processo e as de honorários advocatícios não são tecnicamente pedidos, porque não têm relação com o direito substantivo, razão pela qual não fazem parte da pretensão formulada; são decorrentes dela, quer em face da sucumbência, quer em face da necessidade de o Estado coagir indiretamente o demandado para dar efetividade à tutela concedida na sentença, nas hipóteses das matérias previstas no artigo 461 do CPC.

Assim, é equivocado qualificar esses fatos processuais como “pedidos implícitos”, que de implícitos nada têm, pois *não estão subentendidos* em outro de natureza substancial, os quais apresentam realmente núcleo próprio. O que não discrepa é que esses “pedidos implícitos” são passíveis de conhecimento, tão só porque existe previsão legal para que o juiz possa pronunciá-los, independente de pedido explícito do demandante.

E se o juiz pode praticar a atividade *ex officio* é porque a norma é de ordem pública, cogente, obrigatória, sob pena de a omissão

caracterizar *error in procedendo*, capaz de viciar a prestação jurisdicional.

Portanto, é imprópria a qualificação de “pedidos implícitos”, quando a norma processual, de ordem pública, dispensa a formulação do pedido pelo demandante. Aliás, com propriedade Dinamarco registra esse entendimento²⁵.

Porém, seria possível “interpretar” o pedido da demanda e daí entender que o autor pediu mais do que realmente ali consta, à luz do artigo 293 do CPC?

O artigo 293 do CPC estabelece que os pedidos serão interpretados *restritivamente*, o que significa que o juiz não pode alargar a sua abrangência através de qualquer regra de interpretação.

O pedido reflete a manifestação da vontade do demandante²⁶, através da petição inicial (art. 282, incisos III e IV, CPC), que também delimita a atividade jurisdicional para a entrega da prestação do serviço. Portanto, o juiz tem de ater-se ao limite estabelecido pelo autor, quando da formulação da demanda, não sendo legítimo, por ocasião do julgamento, expandi-lo, sob pena de descumprir as molduras legais previstas nos artigos 128 e 460 do CPC.

Como bem definido por Araken de Assis²⁷, “não cabe ao juiz, atrelado à demanda, reescrever aquilo que o autor efetivamente pediu, ou extrair das entrelinhas o que, na verdade, o autor não pediu, embora pudesse tê-lo feito”.

A vontade do autor está materializada no pedido expresso. Não há espaço para a interpretação do pedido, no sentido da compreensão de que além do pedido certo e determinado existam outros pedidos, sob pena de surpreender o demandado por ocasião do julgamento.

Milton Paulo de Carvalho²⁸ ainda destaca que a interpretação do pedido não é de interesse apenas do juiz, mas “o é também do réu, que é o outro sujeito do contraditório”, levando-se em conta que o réu também deverá interpretar o pedido para apresentar sua resposta. O réu não pode ser surpreendido pelo provimento de pedido não constante da demanda, tanto que a entrega de prestação jurisdicional abrangendo “pedidos implícitos” está fundamentada em normas de ordem pública, razão pela qual não causa surpresa aos jurisdicionados, pelo simples fato de serem normas de domínio público.

Isso não obstante, sem que haja ampliação do pedido formulado na petição inicial, existe a possibilidade de serem providos *pedidos verdadeiramente implícitos*²⁹, isto é, (a) aqueles decorrentes de efeitos jurídicos que são consequentes do pedido

formulado, (b) os que integrem virtualmente o objeto litigioso do processo e, ainda, (c) os que sejam pressupostos para a apreciação do pedido expresse³⁰.

Exemplo clássico de pedido implícito está na formulação do pedido de despejo por infração de cláusula contratual, dentre as hipóteses identificadas na Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991. A locação de imóvel nada mais é do que a cessão do uso e do gozo do bem (posse) ao locatário pelo locador, por prazo determinado ou indeterminado, mediante o pagamento de uma remuneração periódica, denominado aluguel. O locatário passa a ser o legítimo possuidor direto do bem e o locador o possuidor indireto, por força de acordo de vontades (contrato). Em face de inadimplemento no pagamento dos alugueres, pode o locador requerer o despejo do locatário para reaver o seu imóvel, de acordo com o artigo 9º, inciso III, c.c. artigo 59 da Lei de Locações Urbanas.

Não basta, apenas,
a afirmação de
que a norma é
de ordem pública
para vingar a sua
obrigatoriedade

O pedido de despejo tem por objetivo a restituição da posse do imóvel. Ocorre que, existindo uma relação contratual, escrita ou verbal, entre o locador e o locatário, ela deve ser previamente resolvida, antes do decreto do despejo (=reintegração da posse), justamente para retirar a legitimidade da posse por parte do locatário.

Assim, embora o autor formule, na petição inicial, apenas o pedido de despejo, com fundamento em inadimplemento do pagamento dos alugueres, por ocasião da entrega da prestação jurisdicional, o juiz decretará a resolução do contrato de locação e o respectivo desalijo. A resolução do contrato é resposta ao pedido implícito, eis que integra o objeto litigioso do processo (o artigo 62-I da Lei 8.245/91 estabelece que, nas ações de despejo fundadas em falta de pagamento de aluguel e dos acessórios da locação, o pedido de rescisão contratual poderá ser cumulado com o de cobrança dos alugueres). Na mesma seara, poderá ocorrer o pedido de resolução do contrato de aluguel sem o pedido de desocupação. Uma vez provida a resolução, poderá ser decretado o despejo (= reintegração da posse do imóvel ao locador), que seria o pedido implícito.

Situação análoga pode ocorrer com pedido de reintegração de posse, em decorrência de contrato de comodato, por infração de cláusula contratual. O pedido de reintegração de posse, com fundamento em esbulho por parte do comodatário, que, uma vez

notificado, não restituiu o bem ao seu titular, pressupõe, antes, a rescisão do contrato de comodato.

Destaca-se, ainda, outra hipótese de pedido implícito, quando ocorrer saque de duplicata simulada levada a protesto por falta de pagamento. O autor pode pedir a nulidade do título, por ausência de *causa debendi*. Se for provido o pedido de nulidade do título, a sentença poderá contemplar o pedido implícito de cancelamento do protesto, que nada mais é do que o efeito do decreto de nulidade.

Pode-se ainda identificar pedidos implícitos nas seguintes situações: **a)** pedido de nulidade de escritura de compra e venda de imóvel. Se provido o pedido, poderá ser contemplado o pedido implícito de cancelamento do registro imobiliário; **b)** pedido de investigação de paternidade. Se provido, poderá ser contemplado o pedido implícito do registro civil de nascimento (inclusão do nome do pai); **c)** pedido de resolução de compromisso de compra e venda de imóvel. Se provido, poderá ser contemplado com o pedido implícito da reintegração de posse etc.

Por se caracterizar exceção ao princípio da congruência, a prestação jurisdicional de pedidos implícitos *não desatende* ao princípio da imparcialidade.

4. Considerações finais

Os princípios da imparcialidade e do dispositivo não limitam a atividade *ex officio* do órgão jurisdicional nas matérias de ordem pública e nos pedidos implícitos.

À vista dos artigos 128 (princípio da adstrição) e 460 (princípio da correspondência) do Código de Processo Civil, as atividades *ex officio* revestem-se de aparente parcialidade, porque representam os limites formais à atuação do órgão jurisdicional;

Em que pese a rigidez do sistema processual, ficaram demonstradas as exceções aos princípios da demanda, da adstrição e da correspondência, pela possibilidade do pronunciamento judicial sobre os pedidos implícitos e as matérias de ordem pública.

Notas

¹ No dizer de Ada Pellegrini Grinover, “a imparcialidade do juiz, mais do que um simples atributo da função jurisdicional, é vista hodiernamente como seu caráter essencial; e, em decorrência disso, a imanência do juiz no processo, pela

simples jurisdicionalização deste, leva à re-elaboração do princípio do juiz natural, não mais identificado como um atributo do juiz, mas visto como pressuposto para a sua própria existência. Eis, assim, a naturalidade do juiz erigida em qualificação substancial, em núcleo essencial da função jurisdicional” (GRINOVER, A. P. O *princípio do juiz natural*. O processo em sua unidade II, p.3-4).

² PORTANOVA. *Princípios...*, op. cit., p. 78.

³ WAMBIER, T. A. A. *Controle das decisões judiciais...*, p.106.

⁴ CAPPELLETTI, M. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 65, p. 129.

⁵ GUSMÃO, P. D. de. *Introdução ao estudo do direito*. 13. ed, 1a. tir, rev. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.122-123.

⁶ DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 345.

⁷ GUSMÃO, P. D. de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.122-3.

⁸ SANTOS, J.M. C. *Código civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1975, v. XV, p.11.

⁹ BEVILÁQUA, C. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1929, p.14-15.

¹⁰ REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993, p.131.

¹¹ GOMES, O. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. I, p.17.

¹² SICHES, L. R. *Introducctión al estúdio del derecho*, 7. ed. Porrúa, México: [s.e], 1985, p.180.

¹³ A expressão política pública designa a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação do Estado e sociedade. O modo de produção capitalista supõe a separação do Estado e da sociedade, no que é reforçado pela dicotomia direito público-direito privado. Daí por que se afirma que toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção na ordem social. Também aí a separação entre Estado e economia, o que confere sentido às afirmações de que ele “intervém” e cumpre papel de “regulação” da economia. (GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.)

¹⁴ MIRANDA, J. C. P. de. *Tratado de direito privado*. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 56-58:

“(a) Sempre que a regra jurídica estabelece a impotência da vontade para a configuração de negócio jurídico, ou faz em termos de vedação, ou em termos de insuficiência, ou em termos só de deficiência. Acolá, o negócio jurídico não pode ser obtido (é o caso dos jogos proibidos); ali, outro elemento volitivo, ligado ao elemento insuficiente, obtê-lo-á, ou poderia obtê-lo; aqui, o negócio jurídico perfee-se, deficitariamente.

Sempre que a regra jurídica não exclui o negócio jurídico (=não no diz não-existente ou não o diz negócio extrajurídico), negócio jurídico há, ainda que deficiente o suporte fático. A deficiência pode concernir aos sujeitos (deficiência subjetiva), ou ao objeto, ou às vontades, ou a outro elemento do suporte fático, como a forma e o assentimento de terceiro.

(b) As regras jurídicas cogentes, quanto às consequências da sua violação, dividem-se em: a) regras cogentes repelintes ou pré-excludentes, regras que negam existência ao fato jurídico, inclusive ao negócio jurídico, b) regras cogentes nulificantes, ou que dão ensejo à nulidade do ato jurídico, inclusive negócio jurídico, c) regras cogentes anulativas, que têm como consequências a anulabilidade, d) regras cogentes não-invalidantes, que são aquelas de que resultam consequências que não são a de inexistência, nem a de não-validade (reparação do dano, caducidade de algum direito, medidas disciplinares, óbices ao exercício de algum direito, rescindibilidade). As regras jurídicas b) e c) são as regras jurídicas cogentes invalidantes.

a) As regras jurídicas cogentes pré-excludentes repelem do mundo jurídico suportes fáticos que tentem penetrar; não se transforma esses em fatos jurídicos, porque as regras jurídicas, que incidiram sobre eles e os fariam fatos jurídicos, precisamente lhe negam existência no mundo jurídico, ou, referindo-se as outras regras jurídicas, não deixam que elas incidam sobre o suporte fático. Às vezes, a razão está em insuficiência do suporte fático, porém ali a atitude do sistema jurídico ocorre mais enérgica.

*b) As regras jurídicas cogentes nulificantes param na negação que contêm, antes do plano da existência: admitem que exista o negócio jurídico, porém nulamente. As *leges perfectae*, conceito que se tira do texto de ULPiano (Frag., I § 2), seriam as regras jurídicas nulificantes, mas a nullitas era o mesmo que a inexistência; e o texto de ULPiano precisa de maior estudo. Nem sempre se pode traduzir por nulo o nullus do direito romano, porque nullus era inexistente.*

c) As regras jurídicas cogentes anulantes são as que permitem a propositura da desconstituição do negócio jurídico, ou do ato jurídico; não repelem do mundo jurídico o suporte fático, nem nulificam ao to jurídico.

*As regras jurídicas cogentes não-invalidantes deixam existir e valer o negócio jurídico, mas a violação acarreta pena (minus quam perfecta lex) ou outra consequência (*leges imperfectae*). Aqui surge o problema da rescindibilidade que tantas vezes temos discutido. O rescindível existe, e vale. Tem-se a chave para abrir, para cindir; enquanto não se rescinde, o negócio jurídico lá está, – é e vale. Não é nulo, nem anulável” (destaquei).*

¹⁵ *Ibid.*, p. 61:

“As normas devem ser examinadas em sua função e em seu alcance, se não cabe, desde logo, por serem cogentes, outras que como tais foram apontadas, o argumento a contrario. Às vezes, a regra jurídica, em lugar de aludir a manifestação de vontade, alude à possibilidade de se excluírem os efeitos; ou de algum ou alguns

serem incluídos; ou a serem tais e tais, se não se dispôs diferentemente. As maiores dificuldades de interpretação surgem quando o legislador usou de expressões que mais serviram ao direito cogente, ou ao direito interpretativo, ou são próprias do direito cogente, ou do direito interpretativo.”

¹⁶ Ricardo Luis Lorenzetti, ilustre jurista, discorre sobre as normas de intervenção, como garantia subjetiva processual ao consentimento pleno, mister sobre a ordem pública de proteção, ordem pública de coordenação e de direção. (*Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 547-56).

¹⁷ TJ-RS. ApCív. 70003425147. 14ª Cam. Cív. rel. Aymoré Roque Pottes de Mello. J. 25.4.2002.

¹⁸ AURELLI, A. I. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*, n. 89, p. 267-80.

¹⁹ TEIXEIRA, S. de F. *Prazos e nulidades do processo civil*, p. 56.

²⁰ DINIZ, M. H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 345.

²¹ A expressão *ex officio* deriva do latim, de *op ficium*, *officium*, significando obrigação, dever, tudo que se deve fazer por obrigação, ou realização de um dever, tendo, mais tarde, o significado evoluído para realização de dever funcional. É a soma de atribuições ou deveres impostos à pessoa do juiz em virtude do cargo por ele exercido. É o que se faz por iniciativa própria, sem pedido de alguém, somente porque se está na obrigação ou no dever legal de assim proceder.

²² Teresa Arruda Alvim Wambier insere dentre as nulidades de fundo (absolutas) as condições da ação, os pressupostos processuais positivos de existência e de validade e os pressupostos negativos e as de forma, quando expressamente previstas em lei (art. 243 c.c. 244). (*Nulidades...*, p.157-59.)

²³ CARVALHO, M. de P. de. *O pedido no processo civil*, p. 101.

²⁴ DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 137.

²⁵ *Ibid.*, v. II, p. 137:

“Conceitualmente, não há lugar para a existência de pedidos implícitos. Simplesmente, a lei e o sistema dispensam o pedido em algumas hipóteses, investindo o juiz do poder de pronunciar-se sobre juros, correção monetária, astreintes etc., ainda quando não hajam sido pedidos pelo demandante. Mais que exceções à regra da interpretação estrita, são ressalvas à proibição de conceder tutela extrapolante ao pedido feito (arts. 128 e 460). Todas elas contam com bom apoio legitimador da tendência universal a deformalizar o processo e da consciência da necessidade de promover a efetividade da tutela jurisdicional e do acesso à justiça (particularmente as exceções relacionadas com as obrigações de fazer ou não-fazer); mas falar em pedido implícito é valer-se arbitrariamente de uma desnecessária ficção legal, porque basta reconhecer que todos esses são casos em que o pedido é dispensável, não havendo por que fingir que ele haja sido deduzido.”

²⁶ TJ/PR – Ap. Cível n. 113176-6 – Comarca de São José dos Pinhais – Ac. 21376 – unân. – 1a. Câm. Cív. – Rel: Des. Antonio Prado Filho – j. em 19.03.2002 – Fonte:

DJPR, 15.04.2002: Rescisão de contrato. Reintegração de posse. Indenização pela utilização do imóvel. Pedido. Interpretação restritiva. Ao formular o pedido o autor deve incluir tudo o que obter, pois sua interpretação será restritiva (art. 293, 1ª parte, CPC). Em havendo alguma omissão o autor poderá aditar o pedido antes da citação do réu (art. 294, CPC). De acordo com o princípio da oportunidade, formada a relação processual, não poderá mais o autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento dos réus (art. 264, CPC). Recurso não provido.

²⁷ ASSIS, A. *Cumulação de ações*, p. 246-247.

²⁸ *O pedido no processo civil*, ob. cit., p. 113.

²⁹ Decisões que contemplam pedidos implícitos: STJ-REsp nº 1109-MG (registro civil, em investigação de paternidade); TARJ-Apelação 3.690/84, in RT 595/238-239 (condenação ao pagamento dos réus das custas dos serviços de consertos do apartamento dos autores e a removerem as causas das infiltrações); STJ-REsp 11139, em 02.10.91 (admissão do pedido implícito de pensão que deflui logicamente da análise conjuntiva dos autos); STF – RE n. 111.668-4/SP – Ac. unân. da 2a. Turma – j. em 10.12.87 – Rel: Min. Aldir Passarinho (É cabível ter-se como implícito, no pedido formulado na inicial também o de pretenderem os autores a revogação do ato administrativo se o pleito é no sentido de que lhes seja reconhecido direito que teria sido cancelado por aquele ato. Se determinado pedido há de ser tido como implícito na postulação mais ampla, sob pena de esta não poder ser atendida ou quedar inócua, não se há de dizer que o juiz prestou tutela jurisdicional sem que a tenha a parte requerido); TRF – Ap. Cível nº 1.751 – Rio Grande do Norte; Ac. por maioria da 2ª Turma – 5ª Região – j. em 08.08.90 – p. em 30.11.90 – Rel: Juiz Nereu Santos (Sistema Financeiro de Habitação. Pedido de resolução do contrato de financiamento, com consequente indenização das prestações pagas. Pedido implícito de manutenção do Plano de Equivalência Salarial. Ausência de julgamento “*extra-petita*” na sentença que adequou a solução jurídica do problema, adaptando o pedido ao direito. A essência do PES é que o salário-mínimo constitui o limite para atualização do valor das prestações da casa própria); STJ – Rec. Especial n. 68.668 – São Paulo – Ac. 2a. T. – unân. – Rel: Min. Ari Pargendler – j. em 05.02.96 – Fonte: DJU I, 04.03.96, pág. 5396 (Indenização de danos, por efeito de responsabilidade civil do Estado. Interpretação extensiva, sem necessidade de pedido expresso quanto aos danos estéticos. Quando os danos funcionais se refletem esteticamente, a indenização do ato ilícito deve ser ampla, a modo de cobrir também os prejuízos estéticos. Hipótese em que, não tendo o autor limitado o pedido de ressarcimento, a condenação podia abranger os danos estéticos sem necessidade de pedido expresso. Recurso especial não conhecido).

³⁰ Cabe a apreciação do pedido implícito, desde que pressuposto para a apreciação do pedido expresso. Aprovado por maioria. ENUNCIADO 18/I ENCONTRO/SP – PEDIDO implícito – JUIZADO ESPECIAL CÍVEL – Cabimento. In BONIJURIS Jurisprudência – Cd-Rom – 37004.

Referências

- ASSIS, A. *Cumulação de ações*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- AURELLI, A.I. Arguição de matéria de ordem pública em recurso especial – desnecessidade de prequestionamento. *Revista de Processo*, n. 89, p. 267-280, jan./mar. 1998.
- BEVILÁQUA, C. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1961.
- CARVALHO, M.P. de. *O pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.
- CAPPELLETTI, M. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 65, p. 129.
- DINAMARCO, C.R. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, 3v.
- DINIZ, M.H. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GOMES, O. *Instituições de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 17, v. I.
- GRINOVER, A.P. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.
- GUSMÃO, P.D. *Introdução ao estudo do direito*. 13. ed. 1. tir. Ver. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- LORENZETTI, R.L. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MIRANDA, J.C.P. de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1993.
- SANTOS, J.M.C. *Código civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1975, v. XV.
- SICHES, L.R. *Introducción al estudio del derecho*. 7. ed. Porrúa, México: [s.n], 1985.
- TEIXEIRA, S.F. O processo civil na nova constituição. *Revista de Processo*, n. 53, p. 78-87, jan./mar. 1989.
- Wambier, T.A.A. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. rev. ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

A FUNÇÃO SOCIAL DA CIÊNCIA JURÍDICA

OCÉLIO DE JESÚS C. MORAIS*

Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara de Ananindeua – TRT 8ª Região

EXCERTOS

“A zetética jurídica consiste na investigação do fenômeno jurídico que tem como objeto o direito no âmbito da sociologia, da antropologia, da psicologia, da história da filosofia, da ciência política”

“A investigação analítica parte dos pressupostos lógicos, ao plano lógico das prescrições, indagando o caráter de norma primeira e fundamental de uma constituição”

“A função social da dogmática jurídica e da zetética jurídica, em última análise, transcende o fenômeno jurídico, objetivando fazer avançar – por seus métodos investigados – a ciência jurídica, a fim de torná-la cada vez a serviço da sociabilidade humana”

“Sem embargo, e sem perder de vista que Kelsen atribui à ciência jurídica um caráter normativo, de outro lado, é possível identificar, a par do objeto de conhecimento da ciência jurídica, uma natureza transcendente à função imediata ‘de descrever as normas’”

*** Outras qualificações do autor**

Doutorando em Relações Sociais (Direito Previdenciário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Pará, Especialista em Direito Público pela Universidade da Amazônia; Especialista em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP. Autor dos livros Linhas de um destino (Ed Belém: Slaredo, 2006), Dos Dilemas e da Arte de Julgar (São Paulo: LTr, 2008), Execução Previdenciária Trabalhista e Procedimentos Práticos (São Paulo: LTr, 2010). Autor do artigo “O novo aviso-prévio proporcional e os efeitos previdenciários”, publicado na obra coletiva Previdência e argumentos econômicos – repercussão nas decisões judiciais (Curitiba: Juruá, 2012). Coautor do livro Sistemas Jurídicos – a técnica da dinâmica tópica (RJ: Lumens Juris, 2013).

I. Introdução

Num sentido geral e num sentido específico, possui a ciência jurídica uma função social? Se possui, qual o seu objeto de estudo? Esse objeto de estudo é, ontológica e juridicamente, assim definido por uma função social? Qual a função social da ciência jurídica? Ou a função da ciência jurídica restringe-se à função imediata “de descrever as normas”?

Tais questões pretendem ser o condão à reflexão acerca do objeto deste breve estudo sobre “*a função social da ciência jurídica*”.

Mesmo para este conciso artigo, *é preciso*, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr., “*encontrar um critério de ordenação*”¹. Aqui então – como critério para alcançar a finalidade da tarefa – o “*critério de ordenação*” será, precisamente, *identificar* na teoria pura do direito, na dogmática jurídica e na zetética essa *função social da ciência jurídica* e como elas se inter-relacionam, se é que se inter-relacionam para uma *função social enquanto ciência jurídica*.

Penso, *a priori*, que a ciência do direito – apreendida numa acepção positivista ou numa acepção zetética – se destina como *última finalidade* a uma *função social*, na medida em que o seu objeto de estudo (o *direito*), num sentido geral, repousa a sua condição de “*ser*” (ou natureza ontológica) nas relações sociais, e, num sentido específico, as normas jurídicas (como regras) que integram o sistema jurídico se adaptam às mudanças sociais.

Portanto, o direito e as normas jurídicas – como *objeto* do conhecimento da ciência jurídica – têm por *objetivo* as relações inter-humanas, eis que essas são também objeto da ciência jurídica enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas.

São as relações humanas fundamentos da teoria pura, por exemplo, na qual Kelsen considera que a conduta humana será objeto da ciência jurídica na medida em que esta é determinada nas normas jurídicas como pressuposto (*conduta tida como ilícita = antecedente*) ou como consequência (*punição = consequente*).

Enquanto relações inter-humanas juridicamente determinadas, quer dizer, como relações que são constituídas por meio de normas jurídicas, são objeto de conhecimento da ciência jurídica – circunstância que autoriza afirmar que a ciência jurídica procura apreender o seu objeto (no caso, as relações inter-humanas) juridicamente; portanto, expressando a sua função social sob esse viés.

E, ainda: se em última análise a sociedade – como objeto de uma *ciência normativa* – para a teoria pura do direito é uma ordem normativa de conduta de homens uns em face dos outros, pode-se dizer que temos uma sociedade determinada normativamente através de uma ordem normativa que regula a conduta recíproca de uma pluralidade de indivíduos.

Eis, por conseguinte, uma designação da *função social da ciência jurídica*, na perspectiva finalística da teoria pura (a regulação das¹ condutas na pluralidade social), o que autoriza afirmar, *a priori*, que² tal³ *função social* da ciência jurídica é destinada à sociedade aqui designada como comunidade, a ordem que regula a conduta recíproca dos indivíduos.

Na dogmática jurídica ou na zetética jurídica também identifica-se a função social da ciência jurídica, à medida que aquela “tem por referência o próprio ser humano que, pelo seu comportamento, entra em conflito e cria normas para solucioná-lo”², e esta “tem por objeto o Direito”³, mas como uma “abertura constante ao questionamento dos objetos em todas as direções”⁴.

Assim, para *identificar* na teoria pura do direito, na dogmática jurídica e na zetética jurídica essa *função social da ciência jurídica* e como elas se inter-relacionam para uma *função social enquanto ciência jurídica*, são apresentados os objetos de estudo dessas ciências, de onde advém o substrato teórico deste estudo.

II. Desenvolvimento

A função social da ciência jurídica na dogmática jurídica

Alguns juristas qualificam ciência jurídica como *ciência normativa* porque teria, ela, a finalidade de descrever normas com o propósito de orientar a conduta dos indivíduos na sociedade. Segundo Maria Helena Diniz, alguns autores “*lhe conferem a normatividade em razão do método, outros em virtude do objeto ou da função*”, mas tal aceção seria “*ambígua, imprópria e contraditória*”⁵.

A jurista conceitua ciência jurídica como “*uma ciência social normativa, por tratar da conduta recíproca dos homens, não como efetivamente se realiza, mas como ela, determinada por normas positivas, deve realizar-se*”⁶.

Ainda conforme Maria Helena Diniz, a ciência jurídica exerce funções relevantes, não só para o estudo do direito, mas também

para a aplicação jurídica, viabilizando-o como elemento de controle do comportamento humano, ao permitir a flexibilidade interpretativa das normas e ao propiciar, por sua criações teóricas, a aplicação das normas no momento de sua aplicação”⁷.

“A ciência compreensiva-normativa”⁸ da experiência jurídica, onde o homem aparece como destinatário das regras de direito, é como Miguel Reale conceitua a ciência jurídica. Expressa conceitualmente desta forma, a ciência jurídica tem por objeto o direito (definido como uma ordem social coativa), as normas jurídicas e a conduta humana, esta, na medida em que é determinada nas normas jurídicas.

Ao qualificar a *ciência de normativa*, Kelsen justifica que ela “se limita ao conhecimento e descrição das normas”, conforme aponta a jurista Maria Helena Diniz à f. 116 da obra *A ciência jurídica*.

Na atualidade, a ciência jurídica apresenta como problema central a questão da *decibilidade*, ou, como explica Maria Helena Diniz “a oportunidade de suas decisões, e não a verdade ou falsidade de seus enunciados”⁹. É disso que advém, de acordo com a jurista, o caráter tecnológico do conhecimento jurídico-científico, porque expõe “o conhecimento jurídico, sistematizado-o, ao interpretar normas, facilita a tarefa da aplicação do direito”¹⁰.

A ciência jurídica
tem por objeto o
direito, as normas
jurídicas e a
conduta humana,
esta, na medida em
que é determinada
nas normas
jurídicas

Assim, constitui-se a *decibilidade* no problema central da ciência jurídica, hodiernamente, porque ela é, como enfatiza a autora, dominada por *aporias* (como a da justiça, da unidade, da certeza, da ilegitimidade, da legalidade) que abrem diversas alternativas teóricas, as quais têm uma *função social* e uma natureza tecnológica, porém não explicam os fenômenos, embora ensinem como deve ser feito, delimitando as questões abertas pela questão da decibilidade.

Disso resulta, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., a dogmática jurídica, que se apresenta voltada à “*solução de conflitos com um mínimo de perturbação social*”¹¹.

Segundo Miguel Reale, a dogmática jurídica caracteriza-se por ser um momento especial da ciência do direito, porém, “com ela não se confunde, assim como uma não pode ser reduzida à outra”¹², pois a dogmática tem por objeto o estudo sistemático das normas jurídicas, ordenando-as segundo princípios, enquanto que a ciência do direito estuda, à luz da teoria tridimensional¹³, o fenômeno jurídico em todas

as suas manifestações e momentos, sendo, por conseguinte, uma ciência complexa que estuda o fato jurídico.

Na ótica apontada por Tércio Sampaio, a ciência do direito se articula em diferentes modelos teóricos¹³, tais como:

– *Modelo analítico* (a decibilidade é uma relação hipotética entre um conflito hipotético e uma decisão hipotética: a ciência passa a ter a função de sistematização de normas para obter decisões);

– *Modelo hermenêutico* (a decibilidade é encarada pelo ângulo de sua relevância significativa: a ciência tem a função avaliativa);

**A ciência jurídica,
em face da
questão central
da decibilidade,
investiga
problemas para
ensinar e propõe
solução possível e
viável**

– *Modelo empírico* (a decibilidade como busca de condições de possibilidades de uma decisão hipotética para um conflito hipotético: a ciência tem a função de investigar as regras de convivência, fazendo do pensamento jurídico um sistema explicativo do comportamento humano).

Assim, Tércio Sampaio pontua que *“a dogmática jurídica aparece como uma sistematização de regras para a obtenção de decisões possíveis, o que lhe dá um caráter até certo ponto formalista”*¹⁴.

Na interpretação de Maria Helena, esses modelos teóricos estão inter-relacionados e apontam uma função: mostram os modos pelos quais a ciência jurídica se exerce enquanto pensamento tecnológico.

É o que também afirma Tércio, à f. 122 da obra *A ciência do direito*, mas enfatizando que os três modelos, na prática da dogmática jurídica, *“se entremeiam e se combinam”* para realizar a função da dogmática, que é a *função heurística em relação à qual as demais são coordenadas*, na qualidade de modelos tecnológicos que são.

Para Maria Helena, a dogmática jurídica é marcada por uma concepção do direito que conduz a autoridade à tomada de decisão. Por isso, acrescenta a jurista, a dogmática jurídica tem uma função social, ante a relevância do fator social nos processos de conhecimento.

Ainda sob este enfoque apresentado por Maria Helena Diniz, a ciência é vista como uma *agência de socialização*, por permitir a integração do homem e da sociedade em um universo coerente.

Nessa ótica, *“a função social da dogmática jurídica está no dever de limitar as possibilidades de variação na aplicação do direito e de controlar a consciência das decisões, tendo por base outras decisões”*¹⁵.

Com efeito, a ciência jurídica, em face da questão *central da decibilidade*, investiga problemas para ensinar e propõe solução possível e viável.

A função social da ciência jurídica na zetética jurídica

Do ângulo da zetética jurídica, a investigação tem sua característica principal na abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções (questões infinitas). A zetética jurídica consiste na *investigação do fenômeno jurídico* que tem como *objeto* o direito no âmbito da sociologia, da antropologia, da psicologia, da história da filosofia, da ciência política.

Em termos gerais, a zetética, que segundo a categorização de Sampaio Ferraz se divide em empírica e analítica, tem uma *função informativo-especulativa*, pois se baseia num sistema de investigação permanente, ficando, assim, sempre aberta às dúvidas, às premissas e aos princípios que ensejam respostas.

Aponta Sampaio Ferraz¹⁶ que a zetética jurídica tem como característica principal a abertura constante para o questionamento dos objetos. A zetética desempenha a sua função social através dos métodos de investigação. O método empírico o é nos limites da experiência, ou se ultrapassar esses limites, a investigação dá-se nos limites do nível formal da lógica ou da teoria do conhecimento ou da metafísica, conforme destaca Ferraz Jr.

A investigação analítica parte dos pressupostos lógicos, ao plano lógico das prescrições, indagando o caráter de norma primeira e fundamental de uma constituição.

A zetética jurídica desenvolve sua função de investigação por meio da seguinte subclassificação feita por Sampaio Ferraz Jr., à f. 23 da obra *Introdução ao estudo do direito*, a seguir transcrita:

- Zetética *analítica pura*: a função social do cientista “é a investigação dos pressupostos últimos e condicionantes, bem como os critérios dos fundamentos formais e materiais do fenômeno jurídico”;
- zetética *analítica aplicada*: o cientista “ocupa-se com a instrumentalidade dos pressupostos últimos e condicionantes do fenômeno jurídico e seu conhecimento, nos aspectos formal e material”;
- zetética *empírica pura*: a função, aqui, “é investigar o direito enquanto regularidade de comportamento efetivo, enquanto atitude e expectativas generalizadas, que permitem explicar os diferentes fenômenos sociais”;

– zetética *empírica aplicada*: “ocupa-se do direito como um instrumento que atua socialmente dentro de certas condições sociais”.

A *função social* da dogmática jurídica e da zetética jurídica, em última análise, transcende o fenômeno jurídico, objetivando fazer avançar – por seus métodos investigados – a ciência jurídica, a fim de torná-la cada vez mais a serviço da sociabilidade humana.

Do visto, e diante de uma sociedade em transformação constante, exigem-se respostas às novas formas de manifestação do pensamento jurídico. A zetética jurídica, a meu ver, credencia-se a essa função social, dado o seu objeto de estudo e o seu método de investigação do fenômeno jurídico em suas múltiplas manifestações.

A função social da ciência jurídica na teoria pura do direito

Kelsen determinou, na *teoria pura*, que o direito deve ser visto como um sistema de normas. Com isso, intentou delimitar a *função da ciência jurídica* ao conhecimento e à descrição das normas.

Desse enunciado teórico, Maria Helena Diniz interpreta que “a *função da ciência jurídica* é tão somente descrever as normas”, precisamente porque “*ciência é conhecimento, e conhecer é uma simples e neutral apreensão conceitual de um objeto dado*”¹⁷.

Sem embargo, e sem perder de vista que Kelsen atribui à *ciência jurídica um caráter normativo*, de outro lado, é possível identificar, a par do objeto de conhecimento da ciência jurídica, uma natureza transcendente à função imediata “de descrever as normas”.

Partindo-se da proposição de que “*o direito é uma ordem coativa, como um ato de coação, empregando até a força, coativamente*”¹⁸ – porque essa ordem reage contra as condutas humanas tidas como indesejáveis –, nessa proposição a *função social do direito* é apresentada como objeto de conhecimento da ciência jurídica.

Por outras palavras, a ordem social (quer dizer, a segurança jurídica necessária ao estabelecimento da relação inter-humana) “*é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência*”, isto é, “*na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas*”¹⁹.

A ordem jurídica é, na expressão kelseniana, “*um sistema de normas*”⁷, normas jurídicas que têm uma destinação social: “*regular a conduta humana*”²⁰.

Essa função regulatória, que se concretiza por intermédio da norma jurídica posta, exprime a destinação ou função social primordial da ciência jurídica, que é a ordenação social, quer dizer, ordenar

juridicamente a sociedade. É a par dessa ordem regulatória que Kelsen afirma que, nessa ordem jurídica, *“a conduta de um indivíduo prescrita por uma ordem social é aquela a que este indivíduo está obrigado”*²¹. Pois bem, isso significa que o indivíduo é obrigado a uma conduta, aquela prescrita na norma, sob pena de sofrer sanção.

A norma que prescreve uma conduta juridicamente lícita transcendentemente quer alcançar outra finalidade – a regulação das condutas inter-humanas na ordem social, nisso repousando a sua função social: prescrever condutas socialmente desejáveis, o que implica dizer estabelecer a paz social na sociedade.

Posso, assim, interpretar que, sob um ângulo finalístico-teleológico, a paz social é a *função social da ciência jurídica*, mesmo nos sítios da teoria pura, à medida que tem por objeto o direito, as normas jurídicas, as relações inter-humanas juridicamente determinadas.

Kelsen deixa antever essa função, quando assim pronuncia-se sobre o “Dever jurídico e responsabilidade”: *“a ordem jurídica é uma ordem social”,* razão pela qual *“a conduta a que um indivíduo é juridicamente obrigado é uma conduta que – imediata ou mediata – deve ser realizada em face do outro indivíduo”*²².

Em conclusão, dada a natureza teleológica de qualquer norma jurídica, a função social da ciência jurídica, também no âmbito da teoria pura, é a ordenação social, quer dizer, o bom convívio social, a paz social.

III. Conclusões

Apresento uma síntese das conclusões que, a meu ver, devem ser enfatizadas a respeito do estudo realizado:

1. A ciência jurídica possui, num sentido geral e num sentido específico, uma função social. Essa função assenta-se no objeto de estudo, que é o direito (*teoria pura*) ou o fenômeno jurídico (dogmática jurídica) ou ainda a multiplicidade de fenômenos (zetética). Esses objetos de estudo ou de investigação definem, ontológica e juridicamente, a função social da ciência jurídica, que é, em última análise, a paz social.

2. Na dogmática jurídica ou na zetética jurídica também identifica-se a função social da ciência jurídica, à medida que aquela “tem por referência o próprio ser humano que, pelo seu comportamento, entra em conflito e cria normas para solucioná-lo”.

3. A função social da dogmática jurídica está no dever de limitar as possibilidades de variação na aplicação do direito e de controlar a consciência das decisões, tendo por base outras decisões, conforme Maria Helena Diniz.

4. A *função social* da dogmática jurídica e da zetética jurídica, em última análise, transcende o fenômeno jurídico, objetivando fazer avançar – por seus métodos investigados – a ciência jurídica, a fim de torná-la cada vez a serviço da sociabilidade humana.

5. A ordem jurídica é, na expressão kelseniana, “*um sistema de normas*”, normas jurídicas que têm uma destinação social: “*regular a conduta humana*”.

6. Essa função regulatória, que se concretiza por intermédio da norma jurídica posta, exprime a destinação ou função social primordial da ciência jurídica, que é a ordenação social, quer dizer, ordenar juridicamente a sociedade.

7. Ao determinar o direito como um sistema de normas, considerando uma ordem social coativa, Kelsen intentou delimitar a *função da ciência jurídica* ao conhecimento e à descrição das normas.

8. Sem perder de vista que Kelsen atribui à *ciência jurídica um caráter normativo*, de outro lado, é possível identificar, a par do objeto de conhecimento da ciência jurídica, uma natureza transcendente à função imediata “de descrever as normas”, qual seja, a ordem social.

9. Quando a norma prescreve uma conduta juridicamente lícita transcendentalmente, quer alcançar outra finalidade: a regulação das condutas inter-humanas na ordem social, nisso repousando a sua função social, que é a de prescrever condutas socialmente desejáveis, o que implica dizer estabelecer a paz social na sociedade.

10. Pode-se conclusivamente afirmar, sob o ângulo finalístico, que a paz social é a *função social da ciência jurídica*, mesmo nos sítios da teoria pura.

11. Diante de uma sociedade em transformação constante, exigem-se respostas às novas formas de manifestação dos desafios sociais e do pensamento jurídico. A zetética jurídica, a meu ver, credencia-se a essa função social, dado o seu objeto de estudo e o seu método de investigação do fenômeno jurídico em suas múltiplas manifestações.

12. O direito, como objeto da ciência jurídica, e esta, como sistematizadora do conhecimento jurídico, não podem ser tidos como um objeto de consumo nem de alienação permanente, mas devem ser e ter uma função social mais incisiva: integrar-se à vida social com efetiva função transformadora das realidades injustas, iníquas, indesejáveis, portanto, como promotores dos direitos de cidadania.

Notas

- ¹ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *A ciência do direito*, Cap. III, 2005:119.
- ² *Idem*, Cap. III, Cit. 2005:119-20.
- ³ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, 2008:21-2.
- ⁴ *Idem*, 2008:22.
- ⁵ Maria Helena Diniz, *Ciência jurídica*, 2003:116.
- ⁶ Maria Helena, *Compêndio de introdução ao estudo do direito*, 2008:232.
- ⁷ *Idem*, 2008:109.
- ⁸ Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*. 2010:329.
- ⁹ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução ao estudo do direito*, 2009:185.
- ¹⁰ *Idem*, 2009:196.
- ¹¹ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Função social*, 2005:07-10. A estrutura tridimensional do direito, de Miguel Reale, possui três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: “um aspecto normativo (o direito como ordenamento e sua respectiva ciência), um aspecto fático (o direito como fato ou em sua efetividade social e histórica), um aspecto axiológico (o direito como valor de justiça” (Reale, 2010:65-6).
- ¹² Reale, *Lições preliminares do direito*, 2010:321-5.
- ¹³ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*, 2008:22-3.
- ¹⁴ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Ciência do direito*, 2005:121.
- ¹⁵ Maria Helena Diniz, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 2008:199.
- ¹⁶ Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*, 2008:21.
- ¹⁷ Maria Helena Diniz, *A ciência jurídica*, 2003:117.
- ¹⁸ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, 2009:33.
- ¹⁹ *Idem*, 2009:33.
- ²⁰ *Idem*, 2009:128.
- ²¹ *Idem*, 2009:128-9.

Referências

- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *A ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- JR. FERRAZ, Tércio Sampaio. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: VMFMartins Fontes, 2009.

A PRESCRIÇÃO NOS PLANOS DE BENEFÍCIOS DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR (EFPC)

JOSÉ LUIZ GUIMARÃES JÚNIOR*

Advogado, mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

EXCERTOS

“Por sua natureza, a relação previdenciário-privada é regida, constituída e instrumentalizada pelo contrato previdenciário, de longa duração, com a constituição das reservas e a percepção do benefício adquirido, havendo efeitos mesmo após a morte do contratante, nas hipóteses de direito assegurado aos dependentes (pensão)”

“A prescrição como instrumento de pacificação social, de preservação da segurança jurídica, ganha no universo das relações previdenciário-privadas o relevo de figurar entre as medidas assecuratórias de sua longevidade”

“A disciplina jurídica da prescrição em matéria de complementação de aposentadoria encontra seus parâmetros estabelecidos nas Súmulas 326 e 327 e na Orientação Jurisprudencial 156 da SBDI-1, todas do TST”

“A análise da prescrição a ser arguida nas ações condenatórias ajuizadas sem observância do quinquênio legal deve privilegiar a natureza da pretensão (identificação da alegada lesão)”

*** Outras qualificações do autor**

Chefe da Consultoria Jurídica da Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – PREVI. Membro das Comissões Técnicas Nacional e Regional Sudeste de Assuntos Jurídicos da Abrapp. Coordenador do Cejuprev – Centro de Estudos Jurídicos da Previdência Complementar.

I. Introdução

O presente artigo tem por objeto o instituto da prescrição e por objetivo expor sua aplicabilidade no âmbito das relações que envolvem o *sistema fechado de previdência complementar* (sistema).

Ao longo de nossa abordagem lembraremos alguns dos tópicos básicos desta modalidade de extinção do direito de ação, sua previsão legal e uma análise da respectiva jurisprudência frente aos princípios e preceitos que regem o direito previdenciário privado no país. Por fim, esperamos ser possível oferecer uma sinopse dos pontos que julgamos mais expressivos do tema.

Cumpra esclarecer que, mais do que justificativa para o desenvolvimento deste breve estudo sobre aplicabilidade da prescrição nos litígios instaurados por participantes e assistidos, a atual jurisprudência representa, em nosso sentir, um dos grandes desafios postos ao sistema no que diz respeito à sua segurança e à sua integridade.

Com efeito, urge evitar-se a má aplicação de recente alteração sumular trabalhista, merecendo igual atenção os desdobramentos no âmbito cível, a fim de ser tempestivo o combate a interpretações açodadas que admitam a prevalência de uma espécie de imprescritibilidade no trato das questões que envolvem o sistema, numa inversão de valores que preconizaria supostos interesses individuais em detrimento de direitos consolidados da coletividade que forma o patrimônio do Plano de Benefícios, além de impor uma regra geral ao sistema a partir de uma exceção jurídica (imprescritibilidade).

II. Conceito de prescrição – Previsão legal

De forma breve, permitimo-nos lembrar os ensinamentos de doutrinadores brasileiros que abordam a prescrição segundo nossa tradição civilista.

Lembra-nos Washington de Barros Monteiro¹ que a “*palavra praescriptio significa literalmente um escrito posto antes (praescriptio). Aí está a gênese do termo prescrição. Por ser originalmente apenas meio de defesa, atribuído ao possuidor contra terceiros, era colocada na fórmula expedida pelo pretor antes da demonstratio; por ela se concitava o magistrado a não examinar o mérito da lide,*

caso o réu tivesse posse ad usucapionem durante certo tempo. O aspecto da prescrição que primeiro se salientou foi realmente o da prescrição aquisitiva, figurando mesmo na Lei das XII Tábuas; entretanto no início só beneficiava o cidadão romano e só dizia respeito a coisas romanas.”

Complementa o ilustre autor que “foi Justiniano quem refundiu completamente o instituto, destacando sua dupla face, aquisitiva e extintiva, sendo a primeira modo de adquirir a propriedade pela posse prolongada, e a segunda, meio pelo qual alguém se libera de uma obrigação pelo decurso do tempo. O direito canônico mostrou-se hostil à prescrição, procurando restringi-la; nela viam os canonistas uma exceção imoral, nutritiva di peccato. (...) Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo. (...) Nosso código, seguindo a doutrina germânica, distingue a prescrição extintiva, ou prescrição propriamente dita, do usucapião. Efetivamente, duas são as espécies de prescrição, a extintiva e a aquisitiva. A prescrição e o usucapião têm em comum os elementos tempo e inércia do titular; mas, enquanto na primeira, eles dão lugar à extinção do direito, no segundo, produzem sua aquisição. Além disso, a primeira tem alcance geral, refere-se a todos os direitos, ao passo que o segundo diz respeito apenas ao direito de propriedade e aos seus desmembramentos.”

Maria Helena Diniz², na mesma linha, sustenta que a “prescrição é fator de extinção da pretensão, ou seja, do poder de exigir uma prestação devida em razão de inércia, deixando escoar o prazo legal. Pelo Enunciado 14 (aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida em setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal): a) “o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo”; b) “o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou de obrigação de não fazer”.

“(...) A prescrição é uma pena ao negligente. É a perda da ação, em sentido material, porque a violação do direito é condição de tal ação (a tutela jurisdicional). A prescrição atinge a ação em sentido material, e não o direito subjetivo; não extingue o direito, gera a exceção, técnica de defesa que alguém tem contra quem não exerceu, dentro do prazo estabelecido em lei, sua pretensão.”

Quanto ao arcabouço legislativo, podemos extrair a definição do Código Civil, que em seu artigo 189 dispõe:

“Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

Logo, e como já definiu Maria Helena Diniz, não subsiste dúvida de que a prescrição é fator de extinção da pretensão.

Diante da situação fática que emerge das milhares de ações perante a justiça do trabalho, não podemos olvidar de mencionar o que dispõem a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), *in verbis*:

CRFB – *“Art. 7º – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)*

XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

CLT – *“ART. 11 – O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve: I – em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato”.*

Por fim, o quanto estipula a Lei Complementar 109/01:

“Art. 75. Sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil.”

Em síntese, conjugadas as disposições legais, não parece haver dúvida quanto ao prazo prescricional de cinco anos como marco para pretensão de satisfazer o direito violado perante a esfera previdenciário-privada, independente da competência jurisdicional (trabalhista³ ou cível).

III. Do contrato previdenciário e a prescrição

O sistema mereceu, a partir de 1998, *status* constitucional, inserindo-se no título da Ordem Social. Com a Emenda Constitucional 20/98, o *caput* do artigo 202 da CRFB passou a ter a seguinte redação:

“Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.”

Sem ignorar a importância do tema, que por sua relevância mereceria uma abordagem mais extensa, extrai-se da norma que o regime de previdência privada, embora complementar, é autônomo em relação aos benefícios pagos pela previdência oficial. Destaca-se ainda sua natureza contratual, facultativa, sendo baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

Desde 2001, o sistema é regulado pelas leis complementares 108 e 109, além de outros dispositivos esparsos, merecendo destaque os emanados pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPCC), órgão regulador⁴, e pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), que, no âmbito de suas atividades de fiscalização e supervisão é responsável por expedir instruções e estabelecer procedimentos⁵.

Ambos (CNPCC e Previc) compõem a estrutura organizacional do Ministério da Previdência Social, que, no que diz respeito à previdência complementar, conta ainda com a Secretaria de Políticas de Previdência Complementar (SPPC⁶) e a Câmara de Recursos da Previdência Complementar (CRPC), esta última responsável por apreciar e julgar os recursos contra decisões da Diretoria Colegiada da Previc.

Por sua natureza, a relação previdenciário-privada é regida, constituída e instrumentalizada pelo *contrato previdenciário*, de longa duração, com a constituição das reservas e a percepção do benefício adquirido, havendo efeitos mesmo após a morte do contratante, nas hipóteses de direito assegurado aos dependentes (pensão).

Assim, durante o período de vigência do contrato previdenciário é possível o surgimento de conflitos envolvendo as regras aplicáveis e o próprio valor dos benefícios. Como toda relação de longo prazo, sujeita-se a variáveis internas, como mudança no regulamento do plano de benefícios, e externas, tais como mudanças na legislação e no cenário econômico que podem refletir nos planos de benefícios administrados.

Nesse contexto, a correta aplicação do instituto da prescrição afigura-se essencial para também garantir a necessária higidez e segurança do sistema. A regra cogente assegura que a consequência de não ser exercida a pretensão em determinado decurso de prazo é a possibilidade de reconhecimento da prejudicial do mérito dessa mesma pretensão.

A prescrição como instrumento de pacificação social, de preservação da segurança jurídica, ganha no universo das relações previdenciário-privadas o relevo de figurar entre as medidas assecuratórias de sua longevidade.

Em matéria de previdência complementar, e como transcrito no capítulo anterior, o instituto da prescrição conjuga o arcabouço jurídico pátrio (legislação geral citada) e encontra sua especialização no artigo 75 da Lei Complementar 109/01, sendo estipulado como regra o marco quinquenal a partir das *“prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil”*.

Contudo, o conflito maior existente na atualidade não diz respeito ao prazo, mas sim à extensão da pretensão do participante/assistido, mais precisamente se prevalece como regra sumária e uníssona a da ocorrência somente da prescrição parcial, ou se a regra é definida a partir da análise da pretensão, como ocorre inclusive perante as demais controvérsias cíveis, trabalhistas e administrativas.

Para tanto, verifiquemos como os tribunais enfrentam a matéria.

IV. Da jurisprudência

IV.1. Dos enunciados de súmulas existentes no STF, STJ e TST

IV.1.1. Do Supremo Tribunal Federal (STF)

Em virtude da redefinição de competências com a criação do STJ, o entendimento atual e prevalecente no STF é o de que a análise do instituto da prescrição estaria situada no âmbito infraconstitucional.

Nesse sentido, o julgado abaixo:

“EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Direito do Trabalho. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla

defesa. Ofensa reflexa. Prescrição total ou parcial. Legislação infraconstitucional. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente fundamentada. 2. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 3. A controvérsia relativa ao exame da espécie de prescrição a ser aplicada, se total ou parcial, situa-se exclusivamente no plano infraconstitucional. 4. Agravo regimental não provido.” (AI 835570 AgR / PE – PERNAMBUCO – Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI – DJe-093 DIVULG 11-05-2012 PUBLIC 14-05-2012)

De qualquer forma, merece destaque a antiga Súmula 349, aprovada em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, por sua importância na busca da melhor aplicação do instituto da prescrição:

“A prescrição atinge somente as prestações de mais de dois anos, reclamadas com fundamento em decisão normativa da Justiça do Trabalho, ou em convenção coletiva de trabalho, quando não estiver em causa a própria validade de tais atos” (sublinhamos).

É possível também nesse posicionamento antigo e elucidador do STF, inferir que o conceito de prescrição do fundo de direito não colide com a prescrição parcial; ao contrário, eles coexistem, somente não sendo possível desprezar qual a efetiva pretensão daquele que demanda, seja ela de natureza cível, administrativa ou previdenciária.

IV.1.2. Do Superior Tribunal de Justiça – STJ

Durante muito tempo, o STJ valeu-se das disposições do Código Civil para julgar as ações da espécie, residindo os conflitos na aplicação da prescrição quinquenal⁷ ou vintenária⁸.

Uma referência marcante nos remete ao ano de 1993, com a Súmula 85 do STJ (ainda vigente), criada a partir da interpretação do Decreto 20.910, de 1932, que versa sobre as ações na quais a Fazenda Pública figura como devedora:

“Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado

o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação” (sublinhamos).

Em 28 de abril de 2004, após apreciar inúmeros processos envolvendo o tema da previdência complementar, o STJ editou a Súmula 291, publicada em 13 de maio de 2004, donde se extrai:

“A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos.”

Com a edição da súmula, restou pacificado o prazo prescricional de cinco anos. Entre as referências legislativas da súmula, constam o Código Civil de 1916, a Lei de Benefícios da Previdência Social e a Lei Complementar 109, de 2001.

Quase a totalidade dos precedentes refere-se a processos de revisão de benefícios de complementação de aposentadoria ou complementação de pensão por morte, quando restou aplicada a prescrição somente às “parcelas” vencidas há mais de cinco anos da data do ajuizamento das ações.

A discussão sobre o prazo prescricional para pretensão dos valores pagos aos ex-participantes por ocasião do resgate permaneceu, especialmente porque a Súmula 291 trouxe em sua redação a expressão “parcelas”, o que gerou dúvidas sobre o alcance para a hipótese de rompimento do vínculo com as EFPC, já que não fariam jus a parcelas, mas à restituição de parte das contribuições vertidas, em pagamento único.

Assim, em 13 de maio de 2010, foi publicada a Súmula 427, que dispõe:

“A ação de cobrança de diferenças de valores de complementação de aposentadoria prescreve em cinco anos contados da data do pagamento.”

Buscou-se, com o uso da expressão “diferenças de valores”, afirmar que a prescrição quinquenal seria aplicável não só aos benefícios de prestação continuada (pagos em parcelas), mas à pretensão de cobrança de quaisquer diferenças oriundas de contratos de previdência complementar.

Caberessaltar que seus precedentes referem-se exclusivamente a pedidos de resgate de contribuições, notadamente com os índices de inflação expurgados pelos planos econômicos dos anos 80 e 90.

Assim, se por um lado a questão relativa ao resgate de contribuições parece pacificada, eis que pago geralmente em

parcela única no momento do rompimento do vínculo com a entidade, a questão envolvendo revisão de valores de benefícios é a que merece uma melhor interpretação, a ponto de se entender em alguns julgados que o fundo de direito seria imprescritível, sendo atingidas pela prescrição apenas as parcelas/prestações vencidas há mais de cinco anos da data do ajuizamento das ações de revisão/cobrança.

Abordaremos no *item 4.2* estes e outros pontos controversos da questão.

IV.1.3. Do Tribunal Superior do Trabalho – TST

Na esfera trabalhista, primeiramente nos deparamos com as Súmulas 326 e 327, que até pouco tempo possuíam a seguinte redação:

i) Súmula 326 (redação antiga) – “Complementação dos proventos de aposentadoria. Parcela nunca recebida. Prescrição total. Em se tratando de pedido de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar e jamais paga ao ex-empregado, a prescrição aplicável é a total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria. Súmula mantida” – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003;

ii) Súmula 327 (redação antiga) – “Complementação dos proventos de aposentadoria. Diferença. Prescrição parcial. Tratando-se de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão somente, as parcelas anteriores ao quinquênio. Nova redação” – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Verifica-se que o TST diferenciava as hipóteses de pedidos de complementação de aposentadoria jamais paga e aqueles sobre diferenças de complementação de aposentadoria, aplicando ao primeiro a prescrição total, que fulminaria o próprio direito de ação, e ao segundo a prescrição parcial.

Todavia, existiam diversas dúvidas quanto à aplicação de uma e de outra súmula, sendo pacífica apenas a aplicação da prescrição total na hipótese em que o titular do direito jamais recebera qualquer benefício de complementação de aposentadoria.

Muito se discutiu sobre o alcance das expressões “*jamais paga*” (Súmula 326) e “*diferença de complementação de aposentadoria*” (Súmula 327).

Diversas foram as interpretações dadas no âmbito do próprio TST, sendo possível encontrar julgados que, ao apreciar situações idênticas, ora aplicavam a prescrição total⁹, ora parcial¹⁰.

Isso porque enquanto alguns entendiam que a expressão “jamais paga” referia-se apenas à hipótese em que os reclamantes efetivamente nunca tinham recebido qualquer benefício, outros ampliavam esse entendimento, aplicando igualmente a prescrição total nas situações em que o benefício jamais fora pago na forma então pleiteada.

O ministro Ives Gandra Martins Filho consignava em seus julgados as seguintes hipóteses:

A disciplina jurídica da prescrição em matéria de complementação de aposentadoria encontra seus parâmetros estabelecidos nas Súmulas 326 e 327 e na Orientação Jurisprudencial 156 da SBDI-1, todas do TST, contemplando as seguintes hipóteses:

– *trabalhador jubilado que nunca recebeu complementação de aposentadoria e que pede o pagamento do benefício – prescrição bienal total, contada da data da jubilação, pressupondo-se que o contrato de trabalho tenha sido extinto concomitantemente com a aposentadoria (Súmula 326 do TST);*

– *trabalhador jubilado que já recebe a complementação de aposentadoria e que pede diferenças do benefício com base em parcela não incluída no seu cálculo, mas que era recebida durante o contrato de trabalho – prescrição quinquenal parcial, contada da data da jubilação (Súmula 327 do TST);*

– *trabalhador jubilado que já recebe a complementação de aposentadoria e que pede diferenças do benefício com base em parcela não incluída no seu cálculo, porquanto não recebida durante o contrato de trabalho – prescrição bienal total, contada da data da jubilação (Orientação Jurisprudencial 156 da SBDI-1 do TST);*

– *trabalhador jubilado que já recebe a complementação de aposentadoria e que pede diferenças do benefício com base em parcela não incluída no seu cálculo, porquanto suprimida há mais de 5 anos antes da jubilação ou do ajuizamento da reclamatória – prescrição total, em face de já estar prescrito o direito que se buscava levar para a aposentadoria (Orientação Jurisprudencial 156 da SBDI-1 do TST);*

O regime de previdência privada, embora complementar, é autônomo em relação aos benefícios pagos pela previdência oficial

– *pedido de complementação de aposentadoria com base em regulamento diverso daquele que está sendo utilizado como parâmetro para o cálculo do benefício – prescrição bienal total, contada a partir da data da jubilação (Súmula 326 do TST);*

– *alteração dos critérios de cálculo da complementação de aposentadoria após a jubilação do Reclamante – prescrição quinquenal total, contada a partir da data da lesão ao direito, com a alteração de regulamento ou critério de cálculo (Súmula 294 do TST);*

– *concessão de direito a empregados ativos, ocorrida após a jubilação do empregado que postula sua extensão aos jubilados, pela inclusão no cálculo da complementação de aposentadoria – prescrição quinquenal parcial, contada da data da concessão da vantagem aos ativos (Súmula 327 do TST);*

– *pedido de inclusão, na complementação de aposentadoria, de vantagem assegurada aos trabalhadores da ativa e suprimida em relação aos inativos antes da jubilação dos reclamantes – prescrição quinquenal parcial (Súmula 327 do TST), contada da data da jubilação e não da data da supressão, uma vez que, pelo princípio da “actio nata”, o direito de ação somente surgiu quando o empregado, ao se jubilar, deixou de receber a vantagem que recebia na ativa e que passou, em data anterior à sua jubilação, a ser negada aos inativos (Processo: RR – 134600-71.2007.5.22.0002 Data de Julgamento: 24/06/2009, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7a. Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2009).*

Após muita celeuma, o Tribunal Superior do Trabalho revisou os enunciados das súmulas 326 e 327, que a partir de 31 de maio de 2011 passaram a dispor:

Súmula 326:

“Complementação de aposentadoria. Prescrição total (nova redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A pretensão à complementação de aposentadoria jamais recebida prescreve em 2 (dois) anos contados da cessação do contrato de trabalho.”

Súmula 327:

“Complementação de aposentadoria. Diferenças. Prescrição parcial (nova redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A pretensão a diferenças de complementação de aposentadoria sujeita-se à prescrição parcial e quinquenal, salvo

se o pretendo direito decorrer de verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição, à época da propositura da ação.”

Assim, a partir de uma leitura isolada e apressada da Súmula 327, chegar-se-ia ao entendimento de que se desprezou a perseguição da real pretensão deduzida nas ações contra os planos de benefícios, sendo aplicável indiscriminadamente a prescrição parcial, exceto nos casos de benefício jamais recebido, ou naqueles em que a diferença tenha origem em verba não recebida durante a vigência do pacto laboral e já alcançada pela prescrição aplicável nas relações de trabalho¹¹.

Ocorre que esse entendimento conflitaria com posição consolidada no próprio TST representada pela Súmula 294, *in verbis*:

“Prescrição. Alteração contratual. Trabalhador urbano (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.”

Como buscaremos fundamentar adiante, não se pode confundir a redação da Súmula 327 com um suposto reconhecimento da imprescritibilidade do fundo de direito, porque seria o mesmo que trazer a exceção (da imprescritibilidade, conforme os casos que a lei nomina) como sendo a regra para reger a relação do contrato previdenciário.

IV. 2. Das questões relevantes sobre prescrição do fundo de direito no âmbito das ações contra as EFPC

Buscamos no capítulo anterior delinear os enunciados das súmulas existentes nos tribunais superiores, cabendo neste átimo explorar os tópicos que exsurgem das várias decisões sobre o tema.

O risco que focamos é o de que STJ e TST inclinem-se pela aplicação indiscriminada da prescrição parcial nas hipóteses de revisão de benefícios de complementação de aposentadoria (“diferenças de valores”), consagrando assim uma forma de imprescritibilidade do fundo de direito, que, no aspecto mais prático, corresponde à possibilidade de ampla rediscussão dos

critérios que estabeleceram o benefício previdenciário, sendo indefinível qualquer limite de retroação, o que pode levar a situações absurdas de discussão de critérios de concessões de benefícios ocorridas no ano 2000, 1997, 1978, 1955 etc.¹²

Defendemos que, além de verificar quando teve início a suposta lesão do direito vindicado, a fim de se estabelecer o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional, o intérprete deve questionar se: *i*) se trata mesmo de “diferenças de valores”, constatada por meio do confronto do que vem sendo pago com o que prevê o direito paradigma (normativo, regulamentar ou decisório); ou *ii*) o que se busca é alterar o próprio direito paradigma e a partir daí apurar “diferenças”.

Isso porque determinada alteração legal, regulamentar ou decisória diz respeito ao próprio direito, que exigiria uma decisão judicial de cunho constitutivo-negativo (por ex.: reconhecimento da ilegalidade da alteração regulamentar) para depois ser deferida a condenação em “diferenças” no valor das parcelas (ou das prestações devidas), ficando evidenciada a necessidade de desconstituição do chamado “ato único”.

Para tais situações é que se reclama a aplicação da chamada *prescrição do fundo de direito*, ou seja, não são as parcelas que estão prescritas, mas o próprio direito de se discutir o ato normativo, regulamentar ou decisório.

Nesse sentido é a Súmula 349 do STF (citada) que, embora trate de decisão normativa ou convenção coletiva de trabalho, pode ser aplicada por analogia nas hipóteses ora em discussão.

Segundo a súmula, em regra, a prescrição é parcial, atingindo apenas as parcelas. Porém, se a suposta lesão tiver origem na discussão sobre a validade dos atos praticados (em função de sentença normativa ou convenção coletiva), a prescrição aplicável na espécie é total, atingindo o chamado fundo de direito.

Na mesma linha, também a já citada Súmula 85, do Superior Tribunal de Justiça. Tal como o disposto na Súmula 349 do STF, observa-se que a prescrição é total (atinge o próprio fundo do direito), se a discussão girar em torno da existência de um direito.

Nesse contexto, é elucidativo o voto do ministro Moreira Alves, proferido nos autos do RE 115.837, assim ementado:

“Gratificação de nível universitário. Extinção em decorrência da Lei Complementar 218/79 do Estado de São Paulo. Prescrição.— Acolhida da arguição de relevância quanto ao tema ‘prescrição de vantagem funcional’.— Extinção de gratificação e matéria que diz

respeito ao que geralmente se denomina fundo de direito, pois as questões relativas ao ‘quantum’ da remuneração só surgem depois de resolvido o problema de saber se essa extinção foi, ou não, legítima. Ora, é firme o entendimento desta corte no sentido de que, em se tratando de questão relativa a fundo de direito, a prescrição diz respeito a pretensão a ele, que é disciplinada pelo artigo 1º do Decreto 20.910/32, E não a pretensão referente as parcelas que decorrerão do reconhecimento desse fundo de direito, que se regula pelo artigo 3º do mesmo decreto.– Negativa de vigência do art. 1º do decreto 20.910/32. Recurso extraordinário conhecido e provido, para declarar prescrita a pretensão relativa à restauração da gratificação de nível universitário extinta em virtude da lei complementar estadual 218/79” (sublinhamos).

A decisão tem por fundamento o mesmo Decreto 20.910/32, que deu origem à Súmula 85 do STJ, ou seja, ainda que as alterações legislativas e regulamentares possam gerar efeitos nas prestações mensais pagas pelas EFPCs, estas constituem ato único, passível de serem atingidas pela prescrição do fundo de direito.

Por outro lado, se a suposta lesão, ou diferença no valor das parcelas de complementação de aposentadoria, decorre de erro na aplicação da norma (sem que se discuta sua validade), aí sim estaríamos diante da prescrição parcial, considerando que a lesão (erro de cálculo, p. ex.) renovar-se-ia mês a mês. Nesse caso, não se questiona a utilização dos termos “diferenças de valores” e “diferenças de complementação de aposentadoria”.

No sentido de reconhecer a prescrição do fundo de direito em razão de alteração de norma regulamentar, destacamos as seguintes decisões da justiça cível:

a) no âmbito do STJ:

“Civil. Previdência privada. Revisão. Renda mensal inicial. Forma de cálculo. Prescrição. Prazo. Cinco anos.

O prazo prescricional para cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada é de cinco anos. Na hipótese em que a demanda é promovida por segurado que pleiteia alteração da forma de cálculo da renda mensal inicial, a prescrição atinge o fundo do direito e não apenas as parcelas anteriores ao último quinquênio precedente à propositura da ação” (STJ – Resp 1144779, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 23/08/2010).

b) no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Apelação cível. Previdência privada. Ex-funcionários do Banco do Brasil. Pedido de revisão da renda mensal inicial do benefício de complemento da aposentadoria. Prescrição de fundo do direito. 1. Prescrição, nos moldes das Súmulas nº 291 e 427 do STJ. É de cinco anos o prazo prescricional para a cobrança de parcelas vertidas à instituição de previdência privada. 2. Os autores reconhecem que se aposentaram até o ano de 1997, tendo a presente ação sido ajuizada somente em dezembro de 2010, pleiteando a alteração da forma de cálculo da renda mensal inicial do benefício. 3. Prescrição que atinge o fundo do direito, e não apenas as parcelas anteriores ao último quinquênio precedente à propositura da ação, eis que o termo a quo é a data em que iniciou o pagamento do benefício da aposentadoria complementar, Súmula 427, STJ. 4. Desprovisionamento do recurso” (0446092-17.2010.8.19.0001 – Apelação Cível – TJRJ – Des. Jacqueline Montenegro – julgamento: 03/07/2012 – Décima Quinta Câmara Cível).

c) no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Apelação cível. Previdência privada. Fundação BRTPREV. Revisão da suplementação de aposentadoria. Complementação de aposentadoria na forma integral já reconhecida judicialmente em demanda promovida contra o INSS. Reconhecimento da prescrição que atinge o fundo do direito. Artigo 269, IV, do CPC. Apelo provido” (Apelação Cível nº 70027250935, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 08/07/2010).

Na Justiça do Trabalho, mesmo com a alteração da redação das Súmulas 326 e 327, podemos destacar os seguintes paradigmas recentes:

a) no TST:

“Recurso de revista. Complementação de proventos de aposentadoria. Diferenças decorrentes de alteração promovida no estatuto da PREVI. Critérios nunca utilizados. Prescrição total. Incidência da Súmula nº 326 do TST. Se a alteração prejudicial da norma, quanto à parcela integrante da complementação de aposentadoria, ocorreu ainda na vigência do contrato de trabalho, a pretensão quanto à manutenção do direito deve observar a prescrição bienal, contada da data da extinção do ajuste (Súmula nº 326 do TST). Neste caso, o reclamante jamais recebeu complementação de aposentadoria com base na norma

regulamentar anterior, de modo que não há como se aplicar a prescrição parcial a que se refere a Súmula nº 327 do TST. Recurso de revista de que não se conhece” (Processo: RR – 105400-81.2009.5.10.0002 Data de Julgamento: 08/06/2011, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5a. Turma, Data de Publicação: DEJT 24/06/2011.).

b) no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

“Prescrição. É consabido no universo jurídico que o direito não socorre aos que dormem daí porque não há como se reputar imprescritíveis os pedidos de diferenças de complementação de aposentadoria, sob pena de afronta aos artigos 7º, inciso XXIX da Carta Magna” (Processo: RO – 0000585-49.2011.5.05.0019 Data de Julgamento: 26/06/2012, Relatora Marizete Menezes Corrêa, 3a. Turma – Data de Publicação DEJT: 03/07/2012).

c) no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região:

“Diferenças de complementação de aposentadoria. Alteração de norma regulamentar. Prescrição total. Súmula 326 do c. TST. A alteração de norma regulamentar que rege a complementação de aposentadoria para excluir do cálculo do benefício parcelas pagas normalmente, com habitualidade, durante a contratualidade, atrai a incidência da prescrição total, retratada na Súmula 326 do C. TST” (Processo RO 0128000-82.2009.5.01.0023, Data de Julgamento: 02/05/2012, Relatora Maria Aparecida C. Magalhães, 2a. Turma – Data de Publicação DEJT: 10/05/2012).

d) no Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região:

“Recurso ordinário. Complementação de aposentadoria. Prescrição total. Incidência. Pedido de diferença de complementação de aposentadoria proporcional ao tempo de serviço, com base na adoção de percentuais previstos em norma interna da PREVI, atrai a incidência da prescrição total, começando a fluir o biênio a partir da aposentadoria, data em que tal direito nasceu, não fazendo jus assim à percepção da aludida vantagem, conforme prevê a Súmula nº 326 do C. TST” (Processo: RO 0000756-94.2011.5.06.0013 – Data de Julgamento: 26/03/2012, Relatora Maria Clara Saboya, 3a. Turma – Data de Publicação DEJT: 30/03/2012).

e) no Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região:

“Aposentadoria complementar – Alteração do regulamento. Ato único. Prescrição total. Súmula 294 do c. TST. O cálculo da

complementação de proventos com base no novo regulamento vigente à época da aposentadoria do trabalhador, e a consequente desconsideração das regras anteriores, vigentes quando de sua admissão ao emprego, constitui ato único de alteração do pactuado, que afeta direito não assegurado em lei, por isso sujeito à prescrição total, nos termos da Súmula nº 294 do Colendo TST” (Processo: RO 0199900-87-2009.5.07.0014 – Data de Julgamento: 17/04/2012, Relator: Antônio Marques Cavalcante Filho, 2a. Turma – Data de Publicação DEJT: 05/06/2012).

Da análise dos julgados da justiça do trabalho, repita-se, posteriores à alteração da jurisprudência do TST, em 30 de maio de 2011, observamos que a nova redação da Súmula 327 não seria motivo para a aplicação indistinta da tese da imprescritibilidade.

O ministro Maurício Godinho Delgado, na edição 2012 de seu aclamado *Curso de Direito do Trabalho*, sem ignorar a nova jurisprudência do TST, afirma¹³:

“Quer isso dizer que, ocorrendo a lesão em 1989, por exemplo, relativamente a uma complementação de aposentadoria que vem sendo paga desde 1980 (ao aposentado ou à pensionista, registre-se), deflagra-se, nesta data, a actio nata, extinguindo-se a pretensão em 1994. Protocolada a ação em 2011, com pedidos de diferenças em face da lesão ocorrida em 1989, encontra-se, naturalmente, extinta pela prescrição (caso tenha sido arguida pelos reclamados, na Instância Ordinária, é claro). Outro exemplo: se a regra dos reajustes da complementação foi alterada em 1991, eliminando-se a regra anterior tida como mais benéfica, começa nesta data de violação do direito (1991) a correr a prescrição – actio nata; proposta a ação apenas no ano de 2011, está fulminada pela incidência prescritiva a pretensão do autor.”

Não há como se afastar da análise da prescrição a *actio nata* e o fundo de direito, ou seja, a identificação da real pretensão. O professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia leciona no mesmo sentido:

“Imagine-se a hipótese de estar o ex-empregado recebendo, corretamente, a complementação; em certa data, o ex-empregador altera a norma regulamentar a respeito, acarretando, na ótica do beneficiário, redução do valor do complemento.

Nessa situação, o que se verifica é a existência de alteração do pactuado, embora após a extinção da relação de emprego,

mas com repercussões para o ex-empregado, frisando-se que o direito à parcela encontra-se assegurado, apenas, no regulamento empresarial, e não em lei. Trata-se, ainda, de ato único do empregador, relativo à mudança da regra quanto à complementação de aposentadoria: somente com a invalidação deste ato jurídico é que podem ser exigidas as diferenças dele originadas. Para receber as diferenças, primeiramente, há necessidade de invalidação judicial da alteração supostamente ilícita (por exemplo, com base nas Súmulas 51 e 288 do TST, tendo em contrapartida o art. 202, § 2º, da CF/88). E, para tanto, a ação deve ser ajuizada dentro do prazo prescricional (...). Caso assim não ocorra, não mais se poderá invalidar o fundamento da lesão, obstando o direito ao recebimento de prestações sucessivas. Portanto, na hipótese mencionada, a prescrição é total, embora esteja se referindo a diferença de complementação de aposentadoria.”¹⁴

Ao não se admitir a prescrição total, como ensina o ministro Godinho Delgado, “diversos princípios e regras constitucionais ficam maculados com semelhante interpretação jurídica. Citem-se, por ilustração, o princípio da proporcionalidade (Preâmbulo da Constituição e seu Título I); o princípio da segurança jurídica (Preâmbulo e art. 5º, caput, CF/88); o princípio da igualdade e da justiça, que são também valores constitucionais supremos (Preâmbulo da Constituição; art. 5º, caput, CF/88); o objetivo fundamental da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88); o princípio que induz à função social da propriedade (art. 170, III, CF/88); o princípio que induz à redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, caput, art. 170, VII, CF/88); o princípio e ditame da justiça social (art. 170, caput, CF/88); o princípio da solidariedade que rege a Seguridade Social, inclusive o sistema semipúblico de previdência complementar fechada (art. 194 e art. 202, CF/88); a diretriz que determina o respeito ao equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, inclusive o sistema complementar de fundos de pensão (art. 201, caput, e art. 202, CF/88)”¹⁵.

A correta aplicação do instituto da prescrição afigura-se essencial para também garantir a necessária higidez e segurança do sistema

Por fim, por também tratar da questão da prescrição no sentido de não ser admissível querer discutir-se norma regulamentar/lei que altere relações contratuais, merecem destaque os seguintes julgados que tratam de tema administrativo:

“Processual civil e administrativo. Servidor público estadual. Verba remuneratória. Alteração da base de cálculo a partir da edição da LCE 19/1995. Ato único de efeitos concretos. Prescrição de fundo de direito.

1. A pretensão dos autores está voltada contra ato único, de efeitos concretos e imediatos, haja vista a edição da Lei Complementar Estadual 19/1995, que atingiu os seus vencimentos.

2. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que a alteração da base de cálculo da remuneração de servidor público constitui ato comissivo, único e de efeitos permanentes, daí por que a prescrição é de fundo de direito, não havendo que se cogitar de prestação de trato sucessivo. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1.263.087/SE, Data de Julgamento: 01/03/2012, Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma – Data de Publicação no DJe: 12/03/2012).

“Agravo regimental no recurso especial. Aposentadoria. Gratificação SUS. Supressão. Prescrição do fundo de direito. Ocorrência. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que ocorre a prescrição do fundo de direito nos casos de supressão de gratificação, vantagem ou benefício percebidos por servidor público, por se tratar de ato único, de efeito concreto. Precedentes.

2. Hipótese em que a ação ordinária foi proposta em 14/6/2004, quando já decorridos mais de cinco anos da data do ato que suprimiu a Gratificação SUS, maio de 1999.

3. Agravo Regimental desprovido” (Processo: AgRg no REsp 997.210, Data de Julgamento: 01/10/2009, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma – Data de Publicação no DJe: 03/11/2009).

“Administrativo e processual civil. Agravo Regimental no Recurso Especial. Servidor público estadual. Bonificação de aposentadoria. Supressão de vantagem. Ato administrativo único, comissivo e de efeitos concretos. Decadência do direito de impetração do mandado de segurança. Recurso improvido.

1 – A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça pacificou sua jurisprudência na vertente de que constitui-se em ato único, de efeitos concretos e permanentes, o ato administrativo que suprime vantagem pecuniária a qual era paga a servidor público, devendo este ser o termo inicial para a contagem do prazo decadencial de 120 dias previsto para a impetração do mandado de segurança. 2 – Como o ato de supressão é um ato comissivo da Administração Pública, vinculando-se ao próprio fundo de direito, não prospera a tese de relação de trato sucessivo. 3 – Agravo regimental improvido” (Processo: AgRg no REsp 1.007.777/AM, Data de Julgamento: 06/03/2008, Relatora Ministra Jane Silva, 6ª Turma – Data de Publicação no DJe: 24/03/2008).

V. Conclusão

Instruídos pelas citações doutrinárias e jurisprudenciais mencionadas, temos que a análise da prescrição a ser arguida nas ações condenatórias ajuizadas sem observância do quinquênio legal deve privilegiar a natureza da pretensão (identificação da alegada lesão), permitindo-nos concluir que:

i) quando a pretensão condenatória for baseada em alegado erro na aplicação ou interpretação da norma, de regulamento ou de ato da administração do plano (paradigma jurídico), há de se observar a prescrição parcial, atingindo apenas as parcelas ou prestações vencidas há mais de cinco anos, tratando-se pois de busca efetiva da condenação nas “diferenças de valores” ou “diferenças de complementação de aposentadoria” entre o que previa o paradigma jurídico e o que efetivamente vem sendo pago pela EFPC;

ii) quando a pretensão condenatória visar primeiramente desconstituir a norma, alteração de regulamento, ato de administrador do plano de benefícios ou nas demais hipóteses de evento único, requerendo a constituição de um paradigma jurídico diverso para amparar o pedido de condenação em “diferenças”, há de se observar a prescrição total, na esteira do posicionamento sedimentado para as relações trabalhistas e administrativas, e necessariamente para balizar as relações de direito previdenciário-privado, reconhecendo-se a ocorrência de prescrição do fundo de direito.

Seriam esses os pontos de nossa contribuição ao esforço conjunto de defesa da estabilidade e da segurança das relações jurídicas que envolvem a administração da poupança coletiva de milhares de participantes e assistidos do sistema previdenciário privado brasileiro.

Notas

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 286-87.

² DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 132. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 189.

³ A exceção a essa assertiva diz respeito à situação que não constitui o principal ponto de nosso estudo, referente à nova redação da Súmula 326 do TST (que será abordada quando da análise da jurisprudência do TST), quando essa trata do prazo prescricional de dois anos, contados da cessação do contrato de trabalho, para se requerer complementação de “aposentadoria jamais recebida”.

⁴ Decreto 7.123/2010: Art. 2º Ao CNPC, colegiado integrante da estrutura básica do Ministério da Previdência Social, cabe exercer a função de órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar.

⁵ Lei 12.154/2009: Art. 2º Compete à Previc:
(...)

III – expedir instruções e estabelecer procedimentos para a aplicação das normas relativas à sua área de competência, de acordo com as diretrizes do Conselho Nacional de Previdência Complementar, a que se refere o inciso XVIII do art. 29 da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003;

⁶ Entre as atribuições descritas no anexo ao Decreto 7.078/2010, destacamos:

a) propor ao Conselho Nacional de Previdência Complementar a edição de normas relativas ao regime de previdência complementar;

b) avaliar as propostas de alteração da legislação e seus possíveis impactos sobre o regime de previdência complementar e sobre as atividades das entidades fechadas de previdência complementar;

⁷ Reconhecendo a prescrição quinquenal: *“Processual civil. Agravo em recurso especial. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Devolução integral de parcelas vertidas ao fundo de pensão pelo empregado. Jurisprudência pacífica do STJ. Prescrição quinquenal. Ausência de fundamentos capazes de ilidir a decisão agravada. – Não se conhece de recurso especial quando a decisão recorrida está em sintonia com pacífica jurisprudência do*

STJ. – A cobrança de expurgos inflacionários, em virtude do recebimento a menor da restituição da reserva de poupança pleiteada pelos participantes, prescreve em cinco anos, a contar da data em que foi recebido o valor inferior ao devido. Precedentes. Agravo não provido”. (AgRg no REsp 823.177/RJ, Data de Julgamento: 16/05/2006, Relatora Nancy Andrichi, 3a. Turma – Data de Publicação no DJ 05/06/2006)

⁸ Reconhecendo a prescrição vintenária: “Regimental. Previdência privada. Prescrição vintenária. – No caso de restituição de parcelas oriundas dos planos de previdência privada em razão de rompimento do vínculo empregatício ou cobrança de expurgos inflacionários, a prescrição será de vinte anos (Art. 177 do Código Civil/16), conforme decidido no EDcl no REsp 693.119/NANCY” (AgRg no AgRg no REsp 756.180/MG, Data de Julgamento: 20/04/2006, Relator Humberto Gomes de Barros, 3a. Turma – Data de Publicação no DJ 15/05/2006).

⁹ Reconhecendo a prescrição total: “Recurso de Revista. ELETROCEEE. Complementação de aposentadoria. Diferenças. Critério de cálculo do benefício inicial. Alteração introduzida no regulamento do benefício no curso do contrato de trabalho. Prescrição total. Consoante a jurisprudência iterativa, notória e atual desta Corte Superior, tratando-se de hipótese em que o reclamante pretende discutir os critérios adotados no cálculo da complementação de aposentadoria, postulando a aplicação do critério previsto no regulamento vigente à data da admissão, a prescrição aplicável é a total, prevista na Súmula nº 326 do TST, contando-se o marco inicial a partir da primeira percepção do benefício. Na espécie, restando incontroverso que desde a jubilação, ocorrida seis anos antes do ajuizamento da reclamação trabalhista, o reclamante sempre percebeu complementação dos proventos calculada com base no regulamento vigente à data da jubilação, incide a prescrição total da pretensão inicial, porquanto transcorrido lapso superior a dois anos entre a primeira percepção da vantagem e a propositura da presente ação. Recurso de revista conhecido e provido” (RR – 126641-74.2003.5.04.0007, Data de Julgamento: 15/12/2010, Relator: Waldir Oliveira da Costa, 1ª Turma, Data de Publicação: 04/02/2011).

¹⁰ Reconhecendo a prescrição parcial: “Prescrição parcial. Diferença de complementação de aposentadoria. A decisão regional está em harmonia com iterativa e atual jurisprudência desta Corte, no sentido de que -tratando-se de pedido de diferença de complementação de aposentadoria oriunda de norma regulamentar, a prescrição aplicável é a parcial, não atingindo o direito de ação, mas, tão somente, as parcelas anteriores ao quinquênio- (Súmula 327/TST). Incidência do parágrafo 4º do art. 896 da CLT e a Súmula 333/TST. Precedentes desta Corte. Diferenças de complementação de aposentadoria. Cálculo do benefício inicial. Decisão regional em consonância com as Súmulas

51, I, e 288/TST: —As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento- e -A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito-. Incidência do art. 896, § 4º, da CLT e aplicação da Súmula 333/TST” (RR – 54200-19.2008.5.04.0202, Data de Julgamento: 15/09/2010, Relatora: Rosa Maria Weber, 3ª Turma – Data de Publicação: 24/09/2010).

¹¹ O STJ já decidiu no mesmo sentido: “Reclamatória trabalhista. Prescrição. Complementação de proventos da aposentadoria. A complementação dos proventos da aposentadoria que dependa do reconhecimento de direito de natureza trabalhista só pode ser exigida enquanto este puder ser reclamado; se já foi atingido pela prescrição, aquela fica prejudicada. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 157.900/RJ, Data de Julgamento: 03/10/2000, Relator Ari Pargendler, 3ª Turma – Data de Publicação no DJ: 03/10/2000).

¹² Conforme apuramos, há ações ajuizadas nos anos 2011 e 2012 que versam sobre critérios de concessões de aposentadoria ocorridas nos anos citados.

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 267.

¹⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 1.183.

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho, ob. cit., p. 266/267.

Referências

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 36. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2011.

CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no Código Civil*. 2. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues (comp. de). *Consolidação das Leis do Trabalho*. 38. ed. São Paulo: LTR, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v.1.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 8. ed. rev., ampl. e atual. até 12.07.2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual, Barueri, SP: Manole, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v.1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil, volume III, tomo II: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova, arts. 185 a 232*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

O ORÇAMENTO E A “RESERVA DO POSSÍVEL”: DIMENSIONAMENTO NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS*

OSVALDO CANELA JUNIOR**

Doutor em Direito pela USP

EXCERTOS

“Em um Estado social, o conceito clássico de orçamento não mais subsiste, posto pressupor uma estabilidade econômico-financeira para a concessão de direitos, o que é inadmissível em governos intervencionistas. O orçamento, no Estado social, há de servir como instrumento para a realização dos fins estatais e não como anteparo à concessão dos direitos sociais”

“A ausência de recursos atuais para a consecução dos fins do Estado – e, por decorrência, para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais – deverá pautar a conduta dos poderes Executivo e Legislativo para atuação responsável nas finanças públicas, a fim de que seja programado o custeio dos gastos a serem gerados no tempo”

“Impende assentar que não só os direitos sociais, como também os direitos fundamentais de primeira geração, impõem custos ao Estado”

“A teoria da ‘reserva do possível’ reconhece a evidência de que o Estado necessita de recursos financeiros para a realização dos direitos. Todavia, labora em equívoco ao justificar a inação do Poder Judiciário – quando não das demais formas de expressão do poder estatal – no fator econômico-financeiro”

“Se o Estado social constata a insuficiência de receita para a consecução de seus fins, não paralisa sua ação, mas inicia a programação, no tempo, dos elementos de arrecadação e otimiza os gastos futuros, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade na distribuição dos recursos”

* Tema referente à palestra ministrada no Seminário sobre o controle jurisdicional de políticas públicas, realizado na Faculdade de Direito da USP, promovido pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ).

**** Outras qualificações do autor**

Professor do Programa de Pós-Graduação da PUC/PR. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Juiz de Direito.

Introdução

Um dos argumentos mais utilizados para justificar a inação da atividade jurisdicional no controle de políticas públicas é a insuficiência atual de recursos públicos para a satisfação do provimento jurisdicional. Afirma-se, em geral, que os direitos sociais demandam enormes investimentos públicos, de forma que a interferência do Poder Judiciário no orçamento, para a respectiva satisfação, poderia inviabilizar economicamente o funcionamento do próprio Estado.

Assim é que se condiciona a concessão de direitos sociais à prévia dotação orçamentária do erário, invocando-se como argumento de referência a teoria da “reserva do possível”.

Entretanto, a reconstrução história do conceito de orçamento demonstra que há um enorme descompasso entre a teoria da “reserva do possível” e os ideais do Estado social, francamente assumidos pela Constituição Federal de 1988.

O presente trabalho objetiva demonstrar a inconsistência da teoria da “reserva do possível” no Estado social e que o orçamento, mais do que peça de ajuste financeiro, constitui verdadeiro instrumento jurídico para a realização dos fins estatais, passível de composição e ajuste por meio da atividade jurisdicional.

1. Breve esboço histórico do orçamento

Para a perfeita compreensão de um instituto jurídico, a análise de sua evolução histórica é recurso de grande utilidade, em especial porque possibilita ao intérprete perceber as alterações que se sucedem com os diversos estágios da evolução da concepção de Estado e de seus fins.

Do ponto de vista histórico, aponta a doutrina rudimentos do conceito de orçamento no direito romano. Embora não ortodoxa, existia em Roma uma previsão muito genérica de receitas para o erário e a determinação, sem qualquer controle popular, da realização de despesas pelo imperador¹.

Igualmente na Idade Média inexistia a concepção de um controle orçamentário, muito embora a necessidade de previsão de receita para os gastos do príncipe fosse intuitiva². Neste período, não havia controle sobre a despesa e, inclusive, sobre a receita, prevalecendo a imposição arbitrária de tributos sobre a população.

Tanto no direito romano como na Idade Média era absoluto o poder do soberano na escolha dos gastos a serem realizados, ausente qualquer previsão de responsabilização por abusos no uso do dinheiro público.

Na Inglaterra, a nobreza, observando os anseios populares por um controle mais efetivo sobre a criação de tributos e a destinação das receitas públicas, iniciou, no século XIII, movimento para condicionar o processo orçamentário à participação popular. Por obra deste movimento, João Sem Terra inseriu na Carta Magna de 1215 mecanismos de participação popular na formação do orçamento, estabelecendo-se que nenhum tributo, salvo casos excepcionais, poderia ser instituído sem a intervenção do Conselho do Reino³.

Destarte, o empenho para a contenção do poder na estruturação das receitas e das despesas públicas foi a tônica dos processos de afirmação democrática do orçamento. O conceito de orçamento, portanto, surge a partir da ideia de que receitas e despesas públicas devem estar sujeitas à prévia aprovação, evitando-se o arbítrio no uso do patrimônio público.

As revoluções francesa e americana, ao mesmo tempo em que reiteraram o aspecto democrático do orçamento, estabeleceram as bases sólidas para a proteção dos direitos humanos.

2. A concepção do orçamento no Estado liberal

O liberalismo, como doutrina baseada na defesa intransigente da liberdade individual, ganhou relevo com as obras de John Locke (1632-1704) e Adam Smith (1723-1790). Um dos aspectos determinantes do liberalismo é a assunção da ideia de Estado mínimo, não intervencionista.

Ora, um Estado não intervencionista não necessitaria, segundo a doutrina do liberalismo econômico, de grande estrutura, porquanto sua vocação é meramente limitativa do poder estatal.

Idealizado para garantir a liberdade individual⁴, o Estado liberal, do ponto de vista orçamentário, pressupunha um sistema tributário restrito à manutenção econômico-financeira do poder de polícia, da administração da justiça e da prestação de reduzido número de serviços públicos⁵. O aparato financeiro do Estado liberal, portanto, objetivava a irrestrita proteção da liberdade individual, mas não se preocupava com as grandes questões sociais.

Esta concepção de Estado mínimo evidentemente considerava o orçamento como uma peça estanque de mero equilíbrio econômico-financeiro, porquanto o que com ele se buscava era uma teórica estabilidade entre receitas e despesas. Isso porque o modelo de Estado liberal não previa qualquer orientação finalística da atividade estatal, em seu sentido prestacional, mas meramente restritiva da invasão, pelo Estado, da esfera individual.

Entretanto, na transição entre os séculos XIX e XX, a inaptidão do Estado liberal para a solução das reivindicações de caráter social e para a garantia do adequado funcionamento do mercado assinalou ainda mais a crise que se instaurava e o fatal declínio do liberalismo como ideologia⁶.

A insuficiência do modelo liberal para fazer frente às necessidades de aprimoramento do sistema tributário, com vistas à garantia do pleno desenvolvimento econômico, iria reverberar no conceito de orçamento.

3. O impacto do Estado social no conceito de orçamento

A Revolução Industrial e os movimentos de afirmação democrática foram o marco fundamental da transição do Estado liberal para o Estado social⁷. Até então, o Estado liberal mantivera o paradigma de reconhecimento meramente formal dos direitos fundamentais de primeira geração, modelo que não resistiu às demandas sociais.

Com efeito, a expansão tecnológica permitiu a produção e o consumo em massa, bem como a integração global da informação⁸. As consequências econômicas do uso das máquinas promoveram uma expansão da riqueza em enorme escala, o que propiciou o surgimento do chamado “imperialismo econômico”.

A grande expansão da indústria e a produção massiva de bens de consumo, ao gerarem extrema concentração de riqueza, criaram, ao mesmo tempo, enormes bolsões de pobreza nas classes menos favorecidas. Gravíssima crise de desigualdade foi instaurada, gerando grandes movimentos sociais, mui especialmente das classes trabalhadoras.

Marcado pelo surgimento de constituições inspiradas em ideais sociais, o século XX foi o palco da grande transição entre o Estado liberal e o Estado social. Esta transição é bem evidenciada pela promulgação das constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), em cujos textos foram assegurados, pela primeira vez na história, direitos com alcance nitidamente social⁹.

A transição do Estado liberal para o Estado social representa substancial alteração do conceito de Estado e de sua finalidade. Antes limitador do poder e garantidor da liberdade individual, agora o Estado também atua diretamente na economia e estabelece funções específicas aos poderes públicos para a consecução de metas predeterminadas pela coletividade.

Metas e programas, portanto, passam a fazer parte da agenda estatal, de tal forma que o vetusto conceito estático de orçamento não mais se sustenta. Se, no Estado liberal, o orçamento estava limitado à previsão de gastos mínimos para a consecução dos direitos fundamentais de primeira

geração, no Estado social este perfil muda substancialmente, porquanto novos direitos fundamentais, reputados sociais ou de segunda geração, passam a proteger outros bens da vida, tais como a saúde, a educação, o trabalho, a habitação, a família, entre outros¹⁰.

Se o Estado social é prestacional, então o orçamento clássico não mais atende aos objetivos estatais, porquanto seu postulado é o de mero abastecimento dos cofres públicos, sem qualquer implicação extrafiscal.

4. Evolução do orçamento clássico para o orçamento-programa: a realização dos fins do Estado brasileiro

A Constituição Federal de 1988 adotou o modelo de Estado social¹¹, de forma que se encontra informada por postulados nitidamente programáticos e intervencionistas. O art. 3º da *Charta Magna* é emblemático, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), garantir o desenvolvimento nacional (inciso II), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV).

Os objetivos traçados no art. 3º da Constituição da República podem ser sintetizados como a expressão do princípio da igualdade substancial, gênese de todos os valores¹². Para que se atinja a igualdade substancial – e não meramente formal –, é indispensável que o Estado garanta aos cidadãos oportunidades de desenvolvimento, assegurando-lhes, ainda, o mínimo de dignidade.

Evidencia-se, pois, que a concessão espontânea dos direitos sociais pelo Estado é condição obrigatória para a satisfação dos fins inscritos no art. 3º da Constituição Federal, porquanto os bens jurídicos por eles tutelados (art. 6º, em especial) efetivamente criam condições de igualdade substancial entre os cidadãos. Se assim o é, as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado deverão ser direcionadas à realização dos direitos fundamentais, de forma que o orçamento há de ter um conteúdo programático, destinado à formação de receita no futuro, com previsão das despesas necessárias, em um sentido claro de prospecção de recursos.

O paradigma clássico de estabilidade orçamentária, portanto, dá lugar, no Estado social, ao chamado orçamento-programa, voltado para a realização dos fins estatais¹³.

Em um Estado social, o conceito clássico de orçamento não mais subsiste, posto pressupor uma estabilidade econômico-financeira para a concessão de direitos, o que é inadmissível em um Estado intervencionista. O orçamento, no Estado social, há de servir como instrumento para a realização dos fins estatais e não como anteparo à concessão dos direitos sociais.

Logo, o orçamento-programa representa a evolução do conceito de orçamento à luz do Estado social. A sua compreensão permite concluir que eventual insuficiência de recursos não pode constituir elemento de estagnação na concessão de direitos fundamentais, mas vetor de conduta das formas de expressão do poder estatal para a prospecção futura de recursos.

Neste sentido, a ausência de recursos atuais para a consecução dos fins do Estado – e, por decorrência, para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais – deverá pautar a conduta dos poderes Executivo e Legislativo para atuação responsável nas finanças públicas, a fim de que seja programado o custeio dos gastos a serem gerados no tempo¹⁴.

Naturalmente, a arquitetura do sistema tributário nacional há de ser adaptada, pela via democrática, para que a arrecadação seja mais eficiente e justa, considerando-se que os objetivos do Estado e os direitos fundamentais encerram a ideia de dever-direito. Uma vez assegurados constitucionalmente os direitos fundamentais, estabelece-se o dever contraposto de financiamento pela própria cidadania¹⁵.

De outro vértice, a fiscalização sobre o uso dos recursos públicos deve ser intensamente ampliada, evitando-se desvios de conduta que vulnerem os postulados finalísticos contidos no art. 3º da Constituição Federal.

5. A inconsistência da teoria da “reserva do possível” em um Estado social

Como já visto, o Estado social traz ínsitas em sua ideologia as ideias de finalidade e de programação. A pretensa estabilidade objetivada no ideal clássico de orçamento, pois, não mais se coaduna com a realidade da Constituição brasileira. Mais do que uma peça meramente financeira, o orçamento, na atualidade, pode ser encarado como um programa de governo, no qual são consignadas suas diretivas de conduta, o que lhe reserva caráter nitidamente político¹⁶.

O orçamento é instrumento legal de atuação do Estado na economia, no qual são fixados os objetivos a serem atingidos¹⁷. Como qualquer ato estatal, deve estar vinculado aos objetivos do Estado brasileiro (CF, art.

3º). Presta-se, em consequências, à instrumentalizar tais objetivos no tempo, mediante a programação dos atos necessários para a arrecadação das receitas e sua distribuição racional e proporcional.

Para o orçamento-programa, a ausência de receita é pressuposto de atuação no tempo e não fator de paralisação da atividade estatal.

Originalmente concebida na Alemanha, a partir dos anos de 1970, a teoria da “reserva do possível” afirma que a efetividade dos direitos fundamentais sociais dependeria da disponibilidade financeira do Estado¹⁸. Os altos custos dos direitos fundamentais sociais e o reconhecimento de que a ausência de previsão orçamentária para sua satisfação inviabiliza

A arquitetura do sistema tributário nacional há de ser adaptada para que a arrecadação seja mais eficiente e justa

a sua efetivação é teoria que se difundiu na doutrina¹⁹ e na jurisprudência, sendo comumente invocada para justificar a inação do Poder Judiciário.

Inicialmente, impende assentar que não só os direitos sociais, como também os direitos fundamentais de primeira geração, impõem custos ao Estado. Todas as gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais demandam receita para a sua realização, posto que estabelecem, mesmo reflexamente, deveres negativos e positivos para o Estado²⁰.

A teoria da “reserva do possível”, por conseguinte, reconhece a evidência de que o Estado necessita de recursos financeiros para a realização dos direitos. Todavia, labora em equívoco ao justificar a inação do Poder Judiciário – quando não das demais formas de expressão do poder estatal – no fator econômico-financeiro²¹.

Se o vetusto orçamento clássico pressupunha a atuação mínima do Estado na economia, o orçamento-programa, conceito derivado do Estado social, reserva-lhe conduta eminentemente pró-ativa na satisfação dos direitos fundamentais. Logo, a teoria da “reserva do possível” revela-se inconsistente com a realidade do Estado social, ideologia em relação à qual o Brasil encontra-se alinhado por força da Constituição Federal de 1988.

O postulado de estabilidade e de inação, carga ideológica flagrantemente extraída da teoria da “reserva do possível”, é característico do Estado liberal. Não se coaduna, nesta perspectiva, com os ideais de programação e de intervenção estatal, ínsitos ao Estado social.

Como já ressaltado, se o Estado social constata a insuficiência de receita para a consecução de seus fins, não paralisa sua ação, mas inicia a programação, no tempo, dos elementos de arrecadação e otimiza os gastos futuros, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade na distribuição dos recursos.

Caso os poderes Executivo e Legislativo não promovam as condutas necessárias para o rearranjo financeiro do Estado, a fim de que seus objetivos fundamentais possam ser materialmente alcançados no tempo, resta ao Poder Judiciário intervir, mediante atividade tipicamente jurisdicional, nas respectivas políticas públicas.

6. Interferência da atividade jurisdicional no orçamento em fases processuais distintas

Sustentamos que se justifica o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, em atividade eminentemente jurisdicional, nas hipóteses de colisão com os direitos fundamentais²². Políticas públicas que não satisfaçam espontaneamente os direitos fundamentais sociais afrontam o art. 3º da Constituição Federal. E tal se justifica, pois os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, uma vez concedidos, asseguram o postulado democrático de igualdade substancial.

Desta forma, comprovada a lesão a direito fundamental, o Poder Judiciário, autorizado pelo princípio da inafastabilidade (CF, art. 5º, inciso XXXV), admite o exercício do direito de ação e lança a mais ampla cognição sobre as políticas públicas realizadas pelas demais formas de expressão do poder estatal.

Em assim agindo, atua o Poder Judiciário em consonância com o sistema ético de referência adotado pela comunidade internacional após a segunda guerra mundial, cujo objetivo é o de assegurar, da forma mais ampla e irrestrita, a proteção dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, cumprindo sua missão jurídica, política e social, alinhado com a ideologia da Constituição Federal de 1988, calcada em um Estado social de direito, ciente da concepção programática de orçamento, não paralisa sua atividade declaratória de lesão aos direitos fundamentais por alegada insuficiência de recursos do Estado. Ao revés, harmonizando-se com os fins do Estado brasileiro (CF, art. 3º), declara a violação a direito fundamental, seja por ação ou por omissão das demais formas de expressão do poder estatal, e vincula o orçamento à respectiva efetivação no tempo.

Ocorre que a atividade jurisdicional, ao conceder a tutela dos direitos fundamentais, o faz em duas fases processuais distintas: **a)** interfere imediatamente no orçamento do Estado, nas hipóteses de tutela de urgência; **b)** determina, após o trânsito em julgado da sentença, o ajuste orçamentário para o respectivo cumprimento.

Em ambas as hipóteses, o princípio da proporcionalidade será o critério limitador da intervenção judicial em políticas públicas e o instrumento processual ético para a efetivação dos direitos fundamentais. Por decorrência, o princípio da proporcionalidade irá permitir a tutela integral dos direitos fundamentais sem que se corrompa a integridade do sistema jurídico.

Resta, portanto, evidenciado que o Poder Judiciário coadjuva as demais formas de expressão do poder estatal na consecução dos fins do Estado brasileiro. A decisão judicial irá vincular o orçamento, com o precípua propósito de redirecionar as políticas públicas para a consecução dos direitos fundamentais e, por consequência, para a realização dos objetivos inscritos no art. 3º da Constituição Federal. Os direitos fundamentais, pois, deixarão de ser mera ficção jurídica, para se inserirem na agenda programática das demais formas de expressão do poder estatal.

Considerações finais

O orçamento, como instrumento de intervenção no domínio econômico e expressão da vontade política estatal, há de ser examinado sob a ótica do Estado social, ideologia à qual se vinculou a Constituição Federal de 1988. Neste prisma, o conceito clássico de orçamento, cujos postulados são o de estabilidade e de inação, cede espaço para a realidade do orçamento-programa.

Resulta, pois, que o orçamento, na atualidade, consiste em um instrumento para a realização dos fins do Estado.

A teoria da reserva do possível, por se alinhar à ideologia do Estado liberal, é incompatível com as características intervencionistas e programáticas do Estado social. Assim sendo, trata-se de argumento insubsistente, que não pode ser invocado para paralisar a conduta pró-ativa do Poder Judiciário e das demais formas de expressão do poder estatal.

Ao exercer o controle de políticas públicas, por violação estatal dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário realinha a conduta das demais formas de expressão do poder estatal ao princípio da igualdade substancial, traduzido no art. 3º da Constituição da República. Por consequência, o Poder Judiciário não paralisará a atividade declaratória de lesão ao direito por invocação da teoria da “reserva do possível”, mas aplicará o princípio da proporcionalidade para manter a integridade do sistema jurídico, conferindo às populações marginalizadas o efetivo acesso à ordem jurídica justa²³.

Notas

¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 314.

² *Idem*, p. 315.

³ NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Finanças públicas e sistema constitucional orçamentário*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 49-50.

⁴ Cf. GREENE, Theodore Meyer. *Liberalismo: teoria e prática*. Tradução de Leonidas Gotijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1968. RUGGIERO, Guido de. *Storia del liberalismo Europeo*. 5. ed. Bari: Laterza, 1949. STRAUSS, Leo. *Liberalismo antico e moderno*. Milano: Giuffrè, 1973.

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008, v. V, p. 11.

⁶ Cf. HALLOWELL, John. *Decline of liberalism as an ideology: with particular reference to german politico-legal thought*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner, 1946. LUCIUS, Pierre. *Agonie du liberalisme*. Paris: Sirey, 1938.

⁷ Cf. CASTELLS, Antoni; BOSCH, Núria (Coords.). *El futuro del estado del bienestar*. Madrid: Civitas, 1998. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, n. 737, mar. 1997, p. 15-16.

⁹ Sobre a instabilidade e o compromisso do constitucionalismo social, manifesta-se, de forma precisa, Paulo Bonavides: “A instabilidade e o compromisso marcam, ao contrário, o constitucionalismo social, desde o seu advento, fazendo frágeis os alicerces das Constituições que, a partir do primeiro pós-guerra do século XX, buscam formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social. A trégua constitucional em meio ao conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior dessa criação teórica a Constituição de Weimar” (*Curso de direito constitucional*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 232).

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acess to justice: a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1, p. 6-9.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 370-373.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 223-224.

¹³ José Afonso da Silva destaca tal transição na seguinte passagem: “O orçamento, então, como instrumento básico da atividade financeira do Estado, teria que assumir novas funções, para exercer finalidades de política fiscal de relevo nos momentos de depressão ou de prosperidade econômica. A crise de 1929 e depois a guerra de 1939 demonstram a íntima relação existente entre o orçamento público e a economia nacional... A compreensão desse fato e a larga expansão das atividades estatais no campo da economia conduziram os financistas a cogitarem da reformulação das técnicas orçamentárias e dos

princípios informadores do direito orçamentário (anualidade, unidade, universalidade etc.), na perquirição de um tipo de orçamento público que servisse ao Estado intervencionista e fosse instrumento de ação direta na economia e provesse meios de conjurar as crises periódicas que sobressaltam o sistema econômico de mercado. Dessa especulação científica surgiram fórmulas orçamentárias que, não sendo ainda de natureza programática, constituíram avanços importantes na direção da sistemática do orçamento programa, que só mais recentemente começou a ser implantado" (*Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: RT, 1973, p. 3-4).

¹⁴ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Da tributação e do orçamento e a nova constituição (arts. 145 a 169)*. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 195.

¹⁵ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007.

¹⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, cit., p. 314-318.

¹⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 70.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível" (Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27-38.

¹⁹ Cf. SUNSTEIN, Carl; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999, 235 p.

²⁰ SHUE, Henry. *Basic rights: subsistence, affluence and US foreign policy*, Princeton: Princeton University Press, 1980, p. 37-38.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. São Paulo: RT, *Revista de Processo*, n. 164, ano 33, out. 2008, p. 20.

²² Cf. CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²³ A expressão cunhada por Kazuo Watanabe, "acesso à ordem jurídica justa", bem define o alcance da atuação do Poder Judiciário na consecução dos direitos fundamentais (In: Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC. *Ajuris*: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 23, n. 66, p. 160-161, mar. 1996).

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acess to justice: a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978, v. 1.

CASTELLS, Antoni; BOSCH, Núria (Coords.). *El futuro del estado del bienestar*. Madrid: Civitas, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, n. 737, mar. 1997.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GREENE, Theodore Meyer. *Liberalismo: teoria e prática*. Tradução de Leonidas Gotijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1968.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. São Paulo: RT, *Revista de Processo*, n. 164, ano 33, out. 2008.

HALLOWELL, John. *Decline of liberalism as an ideology: with particular reference to german politico-legal thought*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner, 1946.

LUCIUS, Pierre. *Agonie du liberalisme*. Paris: Sirey, 1938.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 5, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Finanças públicas e sistema constitucional orçamentário*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Da tributação e do orçamento e a nova constituição (arts. 145 a 169)*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RUGGIERO, Guido de. *Storia del liberalismo Europeo*. 5. ed. Bari: Laterza, 1949.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível” (Org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SHUE, Henry. *Basic rights: subsistence, affluence and US foreign policy*, Princeton: Princeton University Press, 1980.

SILVA, José Afonso da. *Orçamento Programa no Brasil*. São Paulo: RT, 1973.

STRAUSS, Leo. *Liberalismo antigo e moderno*. Milano: Giuffrè, 1973.

SUNSTEIN, Carl; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. V, 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC. *Ajuris: revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 23, n. 66, p. 160-161, mar. 1996.

AS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO: SUAS DIFICULDADES E DESAFIOS

MÁRCIA REGINA NUNES DE SOUZA VALEIXO
Advogada em Curitiba

GABRIEL BITTENCOURT PEREIRA
Advogado em Curitiba

EXCERTOS

“É importante que os advogados que trabalham com ações que tratam de erro médico se conscientizem de que se torna essencial a realização de uma perícia médica antes do ajuizamento da ação, pois esse trabalho pode até definir que não houve erro médico e, se houve, esse laudo pode balizar a correta propositura da ação judicial”

“Se a prova pericial for desfavorável à vítima, o reflexo é, invariavelmente, a negativa, pelo juiz, do seu pedido de indenização”

“A falta de peritos especializados, o corporativismo profissional, a falta de imparcialidade e a qualidade do trabalho pericial, o descumprimento dos dispositivos legais que definem o proceder do perito, a efetiva apuração das faltas e punição pelos órgãos responsáveis pela categoria, entre outros, são problemas que precisam ser superados, sob pena de constituírem fator desmotivador à apuração judicial da responsabilidade médica”

Com frequência os jornais brasileiros têm noticiado casos de vítimas de negligência médica cujo resultado são sequelas irreversíveis ou até mesmo a morte. Com uma experiência de mais de 20 anos de atuação em causas que envolvem responsabilidade civil, e especificamente na defesa de vítimas, lidamos com a realidade dessas pessoas dia a dia.

Vimos ocorrências de todos os tipos: o caso da jovem que se submeteu a uma simples intervenção cirúrgica estética e veio a falecer na mesa de operação; o do rapaz que sofreu um pequeno corte no joelho num acidente de trânsito e, no fim, acabou por ter a perna amputada; ou o da senhora que, apresentando todos os sintomas típicos de um AVC (acidente vascular cerebral), foi atendida como “caso sem urgência/pressão alta”, vindo a falecer no mesmo dia.

No entanto, quando a vítima ou sua família resolvem entrar com a ação de indenização por erro médico, através da qual buscam a punição da negligência médica e a reparação pela sua perda, elas iniciam uma verdadeira *via crucis*...

Tudo começa com as dificuldades em iniciar os trabalhos judiciais, pois o advogado não conta com o apoio de uma assessoria médica multidisciplinar para lhe apontar o erro: foi na anestesia, foi na cirurgia, foi no pós-operatório? Às vezes o advogado da vítima não possui sequer um único médico para lhe orientar. É o próprio advogado, partindo da queixa do cliente ou do absurdo da situação em si, e lendo e relendo o prontuário e a ficha médica, e depois, pesquisando, e se informando, que descobre onde se encontra a falha médica.

Já o hospital e/ou médico acusado, ao contrário, para se defender, dispõe do seu próprio conhecimento e da sua experiência profissional, além do auxílio/assessoria dos colegas de profissão. Isso lhes garante, por si só – mesmo nos casos em que tenham agido com erro – uma boa argumentação técnica, aparentemente verossímil.

Enfim, até aqui, quando as partes preliminarmente apresentam suas versões (inicial e contestação), em regra o médico ou hospital levam vantagem sobre a vítima.

Por isso é importante que os advogados que trabalham com ações que tratam de erro médico se conscientizem de que se torna essencial a realização de uma perícia médica *antes* do ajuizamento da ação, pois esse trabalho pode até definir que não houve erro médico e, se houve, esse laudo pode balizar a correta propositura da ação judicial. Dependendo do que for alegado nesse momento (petição inicial) pela vítima, fica muito difícil mudar depois.

Até aqui as dificuldades são grandes e muitos desistem, pois ainda há hospitais que dificultam até a entrega do prontuário ao paciente ou aos seus parentes.

Superada essa fase pré-processual, a próxima dificuldade é conseguir que o perito nomeado pelo juiz seja imparcial. E *em geral* não o é. O juiz enfrenta, também, uma gama imensa de problemas para indicar um perito, pois o Estado não disponibiliza esse serviço, a Justiça estadual ainda não remunera o perito do autor carente e não há regulamentação legal do setor. Os médicos que atuam no foro como perito são “conhecidos de conhecidos” e, na maioria das vezes, o próprio juiz o desconhece.

Há ainda muitos médicos que, mesmo sem deter a especialidade necessária, aceitam realizar a perícia.

A sensação de impunidade é outro fator que contribui para que o número de laudos periciais tendenciosos não diminua

Assim, a perícia judicial, hoje, é uma caixa de pandora. Pode vir um trabalho altamente idôneo, como também pode ser entregue um laudo altamente tendencioso ou mesmo assinado por quem não detém o conhecimento especializado exigido.

O que também se vê no fórum, é que, não raro, o médico perito, extrapolando os limites da imparcialidade inerentes à sua função, ao elaborar seu trabalho, atua como verdadeiro advogado do hospital/médico/plano de saúde, réus que são os maiores empregadores do setor e que detêm o poder econômico.

Não é difícil encontrar situações bizarras. Há casos em que, não podendo fugir às evidências, o perito chega a afirmar que o erro médico ocorreu em razão das “intercorrências médicas” ou dos “riscos inerentes à cirurgia”, dando a um erro, a uma falha, o nome de fatalidade.

O que explica esse comportamento? Talvez seja o fato de que a maioria dos profissionais médicos da área se conheça e se proteja. Muitos médicos nos confidenciam que recusaram atuar como perito da vítima no processo (assistente técnico), porque ficariam mal vistos por seus colegas, ou porque foi aluno do fulano, ou porque o sicrano trabalha no mesmo hospital...

A sensação de impunidade é outro fator que contribui para que o número de laudos periciais tendenciosos não diminua. Desconhecemos se algum médico perito já foi punido por parcialidade no seu encargo. Provavelmente não. “A cassação do registro de

médicos acusados de erro no exercício da profissão é quase uma raridade. No Paraná, nenhum profissional recebeu a pena em 2009 ou neste ano, de acordo com o Conselho Regional de Medicina (CRM)."

Voltando ao dia a dia processual, se a prova pericial for desfavorável à vítima, o reflexo é, invariavelmente, a negativa, pelo juiz, do seu pedido de indenização. Vamos analisar o posicionamento do Tribunal de Justiça do Paraná sobre indenizações por erro médico no primeiro semestre de 2010.

No site do Tribunal de Justiça do Paraná, na opção 'jurisprudência', 2º grau, 'pesquisa por verbetes', inserida a expressão "erro médico", e informado 'período/ano' 2010/2010, foram localizados 27 acórdãos. Catorze acórdãos julgaram o mérito, ou seja, a parte ré (médico ou hospital) foi declarada culpada ou não. Dez acórdãos foram julgados improcedentes, o que corresponde a 71,4% do total, e quatro acórdãos foram julgados procedentes, o que corresponde a 28,5% do total. Dos quatro processos julgados procedentes, dois foram com base em perícia que determinou a ocorrência do erro médico e dois foram julgados sem realização de perícia.

Considerando que os números abordados se referem apenas à cidade de Curitiba, e que o TJPR julga processos de todas as cidades do Estado do Paraná, cuja população é de 10.284.503 habitantes, segundo o IBGE (dados de 2007), seria razoável supor que o volume de processos por erro médico fosse maior.

A falta de peritos especializados, o corporativismo profissional, a falta de imparcialidade e a qualidade do trabalho pericial, o descumprimento dos dispositivos legais que definem o proceder do perito, a efetiva apuração das faltas e punição pelos órgãos responsáveis pela categoria, entre outros, são problemas que precisam ser superados, sob pena de constituírem fator desmotivador à apuração judicial da responsabilidade médica. Se isso continuar acontecendo, estarão sendo punidos a vítima, a sociedade, os bons médicos e a medicina.

O PRINCÍPIO COMO PARADIGMA DE INTERPRETAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E A PROPOSTA INADEQUADA DE REDAÇÃO AO ARTIGO 108 DO VINDOURO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*

ALBERTO JUNIOR VELOSO**

Juiz de Direito da 5ª Vara Cível de Londrina

ALESSANDRO MARINELLI DE OLIVEIRA**

Mestre em Direito Negocial (UEL)

EXCERTOS

“O direito é efetivamente composto por normas, como sustentado pelos positivistas, mas estas são informadas por princípios, estão imbuídas de valores que são os valores culturais da própria sociedade”

“O combate ao positivismo através da radicalização hermenêutica (na linha heideggeriana-gadameriana) conduziu, no seio da metódica constitucional, a uma inversão metodológica e a uma transposição de planos”

“É inegável que a constituição, assim como todo o sistema de normas interno ao ordenamento jurídico, deve ser considerada um sistema de regras e princípios”

“O que se espera de uma constituição não é mais o retraimento do Estado frente à sociedade civil, mas sim o estabelecimento de linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece”

“Não há como negar que a ordem jurídica se apresenta como um entrelaçado de regras e princípios, um conjunto de normas que, em diferentes graus, ‘concretizam uma ideia-retora’, a qual, do ponto de vista filosófico, metapositivo, ‘pode ser entendida como a ‘ideia do Direito (Rechtsidee)’, fórmula sistematizadora das ideias de paz jurídica e justiça, mas que, para nós, se condensa positivamente na fórmula política adotada em nossa Constituição: ‘Estado Democrático de Direito’”

* Artigo acadêmico apresentado no Curso de Mestrado em Direito Negocial/UEL. Londrina, 2010. 29p. Orientadores: Vicente de Paula Marques Filho e Zulmar Fachin.

*** Outras qualificações dos autores**

Alberto: Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

Alessandro: Especialista em Direito Civil e Processual Civil (UEL). Especialista em Direito Empresarial (UEL). Advogado.

Introdução

A atividade de mera subsunção dos textos legais aos fatos para a obtenção de uma solução por meio de silogismo, decorre, em grande parte, da preponderante influência do positivismo jurídico, atualmente em crise e fragilizado pelas críticas a ele endereçadas pelo pós-positivismo¹. Instaurou-se, em nossa época, um conflito que, de um lado, objetiva a busca pela efetividade de realização da justiça, enquanto, de outro lado, exigem-se, no interior do próprio direito, mecanismos institucionais para a manutenção da segurança jurídica, o que ainda não está inteiramente resolvido, por ora figurando tais questionamentos como verdadeira aporia a testar os paradigmas jurídicos que se apresentam.

A retomada do diálogo entre o direito e a filosofia pelo viés pragmático da linguagem e a adoção de um ideário difuso que não abre mão de clareza, certeza e objetividade e prestigia a justiça e a igualdade, redefiniram, no pós-positivismo, as relações entre valores, princípios e regras. A distinção das normas jurídicas em regras e princípios e o uso cada vez maior destes últimos para a solução de litígios, em contraponto à dificuldade e os esforços dos julgadores em decidir, tal como lhes é exigido pela lei, passou a sofrer as influências do neoconstitucionalismo, da tábua axiomática expressada na carta constitucional e, por conseguinte, no direito processual civil.

Sob esses influxos analisa-se a inadequação do texto proposto ao artigo 108 do anteprojeto do vindouro Código de Processo Civil, atualmente em discussão no Congresso Nacional, que por ora se apresenta como um arremedo do que já dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e o vigente artigo 126 da lei processual civil, todos eles a regular a indeclinabilidade de jurisdição, carregando apenas a inovação em relação à expressão “princípios constitucionais”, como se fossem um último recurso para a decisão, no caso de necessidade de procedimento de integração da norma (a exemplo do que defendia o positivismo clássico), desprezando o novo paradigma de interpretação apoiada em princípios e desconsiderando que os princípios são normas e por isso já não se prestam a mero preenchimento de lacunas, diante da própria dignidade de norma que carregam.

1. Virada metodológica no século XX na interpretação constitucional

À época da escola pandectista alemã, Windscheid (*apud* WIEACKER, 1980, p. 47) sustentava abertamente que “considerações de caráter ético, político ou econômico não são assunto dos juristas, enquanto tais”.

Em meados do século XX, Kelsen (1984, p. 106) insistia, por sua vez, que, “embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores” e que “o jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito”.

Diversas correntes, na atualidade, e sob as mais diversas denominações, veem no direito mais do que um conjunto de normas, normas ordenadas em função de princípios e valores fundamentais. Na busca de valorações, ao invés de procurarem critérios metafísicos para justificar ou repudiar normas vigentes, como é característico das escolas de direito natural, as escolas realistas, com orientação sociológica (FRANÇA, 1974, p. 28), defendem um estudo do direito na sociedade, procurando examinar as normas à luz das funções por elas desempenhadas na sociedade e dos valores que socialmente as justificam.

Um modelo constituído exclusivamente por regras teria limitada racionalidade prática. Reclamaria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Se por um lado conseguir-se-ia um sistema de segurança, por outro, não haveria qualquer espaço livre para a complementação e o desenvolvimento de um sistema jurídico. Um legalismo estrito às regras não permitiria a introdução de conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (CANOTILHO, 2003, p. 1.162).

O direito é efetivamente composto por normas, como sustentado pelos positivistas, mas estas são informadas por princípios, estão imbuídas de valores que são os valores culturais da própria sociedade. São estes valores que alimentam o sistema jurídico, que o impregnam e que ele deve preservar. A mesma postura é defendida por Reale (1996, *passim*), com a sua teoria *direito – fato, valor e norma*. Até Hart, apesar de positivista, chegou a afirmar, a respeito da interpretação jurídica, que:

“os juízes não estão confinados, ao interpretarem quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha arbitrária, ou à dedução ‘mecânica’ de regras com um sentido pré-determinado. A sua escolha é guiada muito frequentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes” (HART, 1996, p. 220).

O método positivista, com a sua técnica de construção do direito a partir de postulados, conceitos e pirâmides de conceitos, ficou conhecido por *jurisprudência dos conceitos*². Foi a *jurisprudência dos interesses* que abriu a primeira brecha neste método jurídico. Tendo por precursor a figura de von Jhering, ela receberia formulação acabada com Phillipp Heck (1941, *passim*): se toda norma jurídica é editada para prevenir ou resolver conflitos entre os homens, é preciso conhecer os interesses que lhe estão subjacentes para sabermos a qual deles a norma dá prevalência.

A jurisprudência dos interesses foi substituída pela *jurisprudência dos valores*, ou das valorações, cuja formulação deve ser atribuída a outro alemão, Josef Esser (1961, *passim*), e que, no fundo, representa mero desenvolvimento da básica jurisprudência dos interesses: se o legislador fez prevalecer na norma concreta certo interesse, é porque ele fez uma determinada valoração de tais interesses, que lhe permitiu selecionar aquele que, a seu juízo, se afigurava mais merecedor de tutela. Atrás dos interesses estão, portanto, valores que os precedem e que, por isso, devem orientar todo o pensamento jurídico.

O combate ao positivismo através da radicalização hermenêutica (na linha heideggeriana-gadameriana) conduziu, no seio da metódica constitucional, a uma inversão metodológica e a uma transposição de planos em relação aos quais se fará um breve alerta: o intérprete, o problema e os *topoi* substituem a norma; a “atividade produtiva” da jurisprudência quase que se coloca no mesmo plano da “atividade produtiva” da legiferação; a interpretação é mais um “veículo da liberdade judicial” do que um instrumento de aplicação jurídico-normativo (CANOTILHO, 2001, p. 59-60). Trata-se, segundo o constitucionalista português, de “colocar a cabeça hermenêutica dos juristas sobre os pés jurídico-constitucionais e firmar o processo concretizador da lei fundamental sobre uma metódica estruturante que, sendo pós-positivista, não deixe de vincar bem a sua dimensão normativa” (CANOTILHO, 2001, p. 60). É com essas cautelas que se passa a discorrer como se dá, nos dias atuais, a interpretação da Constituição Federal.

2. Interpretação constitucional contemporânea e o paradigma dos princípios. Constituição como processo

Nas últimas décadas foi possível constatar o surgimento de uma nova postura tanto dos teóricos do direito quanto da filosofia, e que se entende altamente significativa, no sentido de retomada do necessário diálogo entre tais disciplinas, fazendo avançar o debate pelo viés pragmático da

linguagem³. Deve ser destacado o trabalho de Habermas, que pretende reabilitar a razão prática⁴ abolida pelo positivismo, na intenção de criação da suposta “ciência pura” do direito, quando afastou do direito a moral e a consideração a respeito dos valores; e também abolida pelo marxismo, quando colocou o direito como instrumento de dominação social.

Para Viehweg (2001, p. 27), o positivismo significa nada mais que uma tendência a substituir a investigação filosófica pela investigação especializada, ou seja, uma investigação basicamente ilimitada por uma investigação de caráter limitado. Na feliz expressão de Cunha (2001, p. 40), para o positivismo, a norma é como um pão feito por um padeiro onisciente e onipotente, que sai perfeito do forno, pronto para ser deglutido:

“Entretanto, esse pão não se engole sem o sal da jurisprudência, que não é um produto lógico, mas o resultado de um consenso social, construído a partir da aplicação da norma à multiplicidade dos casos concretos. Normas são feitas por homens, para homens; abstraindo-se deles, os sistemas normativos tornam-se tão irrealis quanto inumanos.”

A esta altura, não resta senão outra proposta que a conjugação de ambas as experiências, positivista e jusnaturalista, por meio do convívio e diálogo contínuo e informativo. Encontra-se em Barroso (2009, p. 235 e ss.) excelente trabalho sobre os conceitos e histórico da ascensão e decadência do juspositivismo e do positivismo⁵, culminando o autor por afirmar que o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, “no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica” (p. 242)⁶.

É notável o trabalho de sistematização e síntese de Maranhão (2010), que permite perceber com clareza a diferença entre tais paradigmas ao elencar suas características principais.

Para o autor, *no positivismo*: **(i)** o intérprete há de ter uma postura neutra, apenas extraíndo o sentido já embutido no enunciado legal; **(ii)** o sistema jurídico é visto como fechado/completo, marcando-se pela unidisciplinariedade; **(iii)** dá-se a supremacia da lei (foco no texto legal – prevalência da *lex*), destacando-se a normatividade das regras; **(iv)** trabalha-se no âmbito do *ser/dever ser*; **(v)** a interpretação se dá *in abstracto*, ocorrendo a inconstitucionalidade da norma, esta encarada como objeto da interpretação (o preceito normativo é o ponto de chegada – o fato concreto não é valorizado); **(vi)** reina na hermenêutica o método subsuntivo/silogístico (ciência), com predomínio do valor segurança; **(vii)** há rigidez na separação funcional do poder; **(viii)** o papel do juiz é passivo, na função de mero reproduzidor da lei (o juiz descreve a realidade).

Já no pós-positivismo: (i) o intérprete há de ter uma postura construtiva, atribuindo sentido ao enunciado legal; (ii) o sistema jurídico é visto como aberto/complexo, marcando-se pela interdisciplinariedade; (iii) dá-se a supremacia da constituição (foco no contexto fático-jurídico – prevalência do *jus*), destacando-se a normatividade dos princípios; (iv) trabalha-se no âmbito do poder ser; (v) a interpretação se dá *in concreto*, ocorrendo a possibilidade de inconstitucionalidade dos efeitos da norma, esta encarada como resultado da interpretação (o preceito normativo é o ponto de partida – o fato concreto é valorizado); (vi) reina na hermenêutica o método ponderativo (prudência), com predomínio do valor justiça; (vii) há flexibilidade na separação funcional do poder; (viii) o papel do juiz é ativo, na função de verdadeiro produtor do direito (o juiz transforma a realidade).

A constituição,
no momento
contemporâneo,
não é mais apenas
um instrumento de
defesa do cidadão
face ao Estado

Neste novo paradigma, é inegável que a constituição, assim como todo o sistema de normas interno ao ordenamento jurídico, deve ser considerada um sistema de regras e princípios, com o apoio nos seguintes argumentos de Guerra Filho:

“Já se torna cada vez mais difundido entre nós esse avanço fundamental da teoria do direito contemporâneo, que, em uma fase ‘pós-positivista’, com a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo, distingue normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deôntica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade. Esse desenvolvimento recente em sede de teoria do direito resulta, precisamente, de sua aproximação da prática interpretativa de textos constitucionais, revelada no exercício da jurisdição constitucional por parte das Cortes a que ela é atribuída, bem como da doutrina elaborada levando em conta essa prática, municiando-a com um quadro teórico justificativo. São os chamados hard cases, as questões mais tormentosas, aquelas que terminam sendo examinadas no exercício da jurisdição constitucional, as quais não se resolve satisfatoriamente com o emprego apenas de regras jurídicas, mas demandam o recurso aos princípios, para que sejam solucionadas em sintonia com o fundamento constitucional da ordem jurídica” (GUERRA FILHO, 1995, p. 57-63).

A constituição, no momento contemporâneo, não é mais apenas um instrumento de defesa do cidadão face ao Estado⁷. O que se espera de uma constituição não é mais o retraimento do Estado frente à sociedade civil, mas sim o estabelecimento de linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece (GUERRA FILHO, 2002, p. 16).

Com isso, é inegável que a cada dia aumenta a frequência com que se recorre a princípios para a solução de litígios, muito embora para aplicar princípios se exija maior esforço que para aplicação de regras, posto que neste último caso basta a verificação da identidade do fato ocorrido com aquele previsto para se chegar ao tratamento que lhe é dispensado pelo direito.

Bem lembra, aliás, Guerra Filho (2000, p. 27-8) que a necessidade de um procedimento⁸ para aplicação de princípios torna-se ainda mais aguda, e por isso prega que a constituição “possui a natureza (também) de uma lei processual, assim como institutos fundamentais do direito processual possuem natureza material”⁹. Apregoa o autor:

“Já não é possível utilizar-se do esquema de simples subsunção dos fatos a uma previsão legal abstrata anterior. Diante daquela imprevisibilidade, é necessário que as normas determinem objetivos a serem alcançados. Para aplicar regras, é preciso um procedimento para comprovar a identidade entre o fato ocorrido e aquele previsto por alguma delas. Todavia aplicar princípios requer um esforço maior: Nesse caso, ‘a discussão gira menos em torno de fatos do que de valores’. E, à medida que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para solução de problemas jurídicos, cresce de importância o Direito Processual, justamente por ser o ramo do Direito que disciplina os procedimentos” (GUERRA FILHO, 2002, p. 18-9).

Häberle (2001, p. 47-8) desde há muito tempo já pregava que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados naquilo que denominou de direito processual constitucional (que se torna parte do direito de participação democrática), entendendo que se faz evidente uma “íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual”¹⁰.

Bonavides, a respeito do novo constitucionalismo, lembra, entretanto, que boa parte dos conceitos de princípio omite o traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a sua caracterização, ou seja, saber o traço da sua normatividade, e que já é encontrada na sólida conceituação formulada por Crisafulli em 1952:

“Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de um ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém” (apud BONAVIDES, 2002, p. 230).

Ensina o mesmo constitucionalista, ainda, que se na fase jusnaturalista o ideal de justiça impregna a essência dos princípios gerais de direito, no positivismo os princípios entram nos códigos unicamente como “válvula de segurança” e não como algo que se sobreponha à lei de modo a impedir o vazio normativo (BONAVIDES, 2002, p. 234-5), e apenas no chamado pós-positivismo – com o acento da hegemonia axiológica dos princípios nas novas constituições promulgadas – a doutrina (foco especial em Dworkin) passa a pregar a necessidade de se tratar os princípios como direito (p. 238).

Não há como negar que a ordem jurídica se apresenta como um entrelaçado de regras e princípios, um conjunto de normas que, em diferentes graus, “concretizam uma ideia-retora”, a qual, do ponto de vista filosófico, metapositivo, “pode ser entendida como a ‘ideia do Direito (Rechtsidee)’, fórmula sistematizadora das ideias de paz jurídica e justiça, mas que, para nós, se condensa positivamente na fórmula política adotada em nossa Constituição: ‘Estado Democrático de Direito’”, e que, para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, “na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial’” (cf. GUERRA FILHO, 2001, p. 153-4).

3. Impropropriedades do art. 108 do projeto do futuro Código de Processo Civil diante do atual paradigma constitucional

Dentro dos paradigmas da sistematização do direito e da inclusão da pauta de valores na norma, Larenz (1997, p. 414) afirma com muita propriedade:

“Adentro da margem residual de livre apreciação no caso singular, o juiz tem de decidir, segundo o seu prudente arbítrio, tal como lhe é

exigido pela pauta legal ou pelo tipo, mesmo que não possa fundamentar a decisão até o fim. O cientista, para quem se trata sempre apenas do conhecimento, teria aqui de dizer que já lhe não é possível um juízo seguro, porque a pauta é excessivamente imprecisa ou porque o estado do conhecimento lho não permite. O juiz não pode permitir-se um tal non liquet; ele está, ao contrário do cientista, sob uma obrigação de resolver. (...) Tem que se aceitar o inevitável risco de insegurança para a jurisprudência dos tribunais em tais casos. É suficiente que o juiz tenha esgotado todos os meios de concretização de que dispõe, com ajuda de reflexões jurídicas, e que, nestes termos, a sua resolução surja como 'plausível'."

Assim ocorre também no sistema de direito processual civil brasileiro, que, por suas próprias normas e princípios, permite que o juiz encontre solução para todos os casos que lhe são postos, impedindo-o de declinar da jurisdição¹¹. Para tanto, deve-se entender que o juiz tem de utilizar as fontes processuais¹², promovendo encaminhamento adequado do processo e do procedimento, e visando à solução do conflito de interesses jurídicos que exsurge concretamente pela utilização do direito de ação.

Esta atuação processual, entretanto, deve estar em consonância com a chamada *jurisdição constitucional*, que, conforme visto no tópico anterior, deve levar em conta a problemática da justiça como assunto da mais alta relevância¹³. Tal jurisdição não trata apenas de decidir questões constitucionais, mas sim de garantir a observância da constituição, o que torna necessário fomentar "um sistema em que, através do procedimento adequado, se garanta a plena aplicabilidade da Constituição" (LIMA, 2002, p. 16).

Em síntese, cumpre ao juiz sempre atuar como fiscal dos atos normativos que possam eventualmente ofender a constituição¹⁴, sendo certo que tal aplicabilidade¹⁵ somente poderá ser concreta por meio dos conceitos da virada metodológica referida no início desta investigação e, também, pela mudança do paradigma a respeito da caracterização adequada das regras constitucionais, marco do chamado neoconstitucionalismo.

Regras, em geral, são disposições específicas que imputam a um suposto de fato uma consequência jurídica. Os princípios "são mais genéricos do que as regras; corriqueiramente desprovidos de sanção, não se reportam a um fato específico"¹⁶ e, inobstante as diferenciações possíveis, ambas as modalidades possuem validade positiva (ainda que em muitos casos os princípios não estejam necessariamente estabelecidos explicitamente pela legislação, mas decorram do sistema e sejam "fruto

do amadurecimento jurídico, resultado de uma historicidade que os afirma e consolida”), conforme ensina Lima (2002, p. 60-1).

Na lição de Bonavides (2002, p. 248), “princípios são normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos, e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema”. Há muito ficou para trás a anacrônica dualidade, ou seja, o confronto princípio *versus* norma¹⁷, uma vez que pelo novo discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra, não se negando a normatividade do princípio¹⁸.

A respeito do mesmo assunto, pontifica Barroso (2001, p. 78):

*“As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua não observância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não são apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção mero ideário não jurídico.”*¹⁹

Dos marcos do neoconstitucionalismo resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do direito²⁰, o que permite, hodiernamente, afirmar que também o direito processual civil – e, como corolário lógico, o Código de Processual Civil, principal diploma que o regula – deve estar em consonância com as regras (normas e princípios) constitucionais, sob pena de caracterização da inconstitucionalidade²¹.

Com efeito, um dos critérios comumente utilizados para evitar as antinomias, solucionando o conflito entre as normas, é o critério hierárquico, que significa que a norma superior prevalece sobre a inferior, ou seja, se a constituição e uma lei ordinária divergirem, é a constituição que prevalece²², não se devendo olvidar, também, que o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que os institui (BARROSO, 2003, p. 9).

Conforme visto antes, para Guerra Filho (2000, p. 11), os princípios seriam expressão justapositiva de valores, metas e objetivos a serem perseguidos por aqueles que formam a comunidade política, reunida em

torno da constituição, pelo que ela não seria somente um corpo estático de normas, mas contemplaria igualmente uma dimensão processual, que cotidianamente proporcionaria a possibilidade de realização dos objetivos por ela fixados.

É fundamental, diante de tudo isso, reconhecer que há estreita associação entre constituição e processo e que este se torna o instrumento imprescindível na consecução daquela. Isto ocorre ou deve ocorrer em cada processo, e não apenas nas chamadas “ações constitucionais”, diante da possibilidade e do dever dos juízes de realizar o controle da constitucionalidade por via de exceção, conforme o caso concreto. Se há um princípio constitucional que deva ser aplicado em um dado processo concreto, e se o texto da norma infraconstitucional processual o contraria, o juiz está diante de norma (embora principiológica) que deve ter seu comando concretizado imediatamente. Da mesma forma, se a lei processual não trata do problema concreto a ser examinado, mas existe princípio constitucional a ser obedecido, é inegável que o juiz deve igualmente aplicar o princípio, que, como exaustivamente já visto, é norma de efeito concreto e, assim, não há que se falar em lacuna da lei processual.

Toda esta digressão foi necessária para demonstrar que é inadequado o texto proposto do artigo 108 do anteprojeto de renovação do Código de Processo Civil, atualmente em discussão no Congresso Nacional.

Após sessenta e quatro leis que promoveram reforma no atual Código de Processo Civil brasileiro (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973), por iniciativa do Senado Federal, surgiu a proposta de elaboração e aprovação de um novo Código de Processo Civil, mais atualizado a estes novos tempos posteriores à instauração da reforma constitucional do Judiciário – onde não basta mais o devido processo legal, mas o processo em tempo razoável – e, nos mesmos moldes de grupo de trabalho constituído por juristas renomados que analisaram em 2009 o Código de Processo Penal, foi constituído e instalado, por meio do Ato 379, de 30 de setembro de 2009, grupo de trabalho presidido pelo jurista Luiz Fux, à época ministro do STJ (Superior Tribunal de Justiça), e contando na relatoria com a professora Teresa Arruda Alvim Wambier.

Não se pretende ingressar na discussão sobre se é adequada ou não a proposta de novo CPC²³, a uma, porque não é o tema deste trabalho e, a duas, porque diante do que foi realizado pelo grupo de trabalho e do texto ofertado (agora em debate nas casas legislativas, já tendo sido aprovado no Senado), é imprescindível a análise do seu teor, inclusive visando contribuir com o aperfeiçoamento das normas que estão sendo propostas.

Neste esboço, e diante dos novos paradigmas constitucionais acima referidos, assombra o retrocesso que se verifica no texto sugerido para o art. 108 do projeto, que assim dispõe:

“O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

O primeiro fato que chama a atenção – e nisto reside a inadequação da norma proposta – é que o texto é um arremedo do que já dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)²⁴ e o art. 126 do vigente Código de Processo Civil, que tratam da indeclinabilidade de jurisdição, apenas com inovação mais relevante quanto à expressão “os princípios constitucionais”.

Deve ser reputado, aliás, que o artigo 126 do Código de Processo Civil, atualmente em vigor, já era de todo dispensável, posto que a temática está albergada, com contornos similares, no artigo 4º da LICC (Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942), que dispõe:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Ora, se o dispositivo faz referência a tal integração no caso de omissão de lei, claro é que já pregava a observância, em primeiro lugar, das “normas legais”, o que, aliás, consta igualmente do art. 126 do CPC.

Diniz (1996, p. 4-5), ao comentar sobre este dispositivo da LICC, afirma, com toda propriedade, que a referida lei não é uma lei introdutória ao *Código Civil*. Se o fosse, conteria apenas normas de direito privado comum e, além disso, qualquer alteração do Código Civil refletiria diretamente sobre ela. Na verdade, é uma *lei de introdução às leis*, por conter princípios gerais sobre as normas sem qualquer discriminação, ou seja, trata-se de uma *norma preliminar à totalidade do ordenamento jurídico nacional*, sendo “verdadeiro diploma da aplicação, no tempo e no espaço, de todas as normas brasileiras, sejam elas de direito público ou privado”. Se assim é, efetivamente não havia necessidade de norma similar constar do Código de Processo Civil, nem pelo caráter público desse ramo do direito, e menos ainda há necessidade de novamente fazer constar dispositivo similar no projeto do novo Código de Processo Civil.

Em segundo lugar – e aqui se inauguram as impropriedades do texto proposto no projeto – já existe crítica feroz ao dispositivo do art. 126 do CPC vigente, que representa ideias do positivismo puramente formalista,

**Cada dia aumenta
a frequência com
que se recorre a
princípios para a
solução de litígios**

já decadente, além de estar aquém do novo paradigma principiológico antes referido, quando coloca os princípios gerais de direito como um dos últimos recursos para decisão no caso de necessidade de procedimento de integração da norma²⁵. Ocorre que as lacunas são entendidas como uma falha do sistema jurídico, que se revela incompleto (BASTOS, 1999, p. 54-5), e se faz necessária a colmatação diante do princípio da plenitude do ordenamento jurídico (DINIZ, 1996, p. 10). Não há como negar, assim, que só haverá esse procedimento integratório quando não existir norma jurídica a ser aplicada. Contudo, como visto antes, se há princípios constitucionais a serem aplicados, não há razão para este procedimento, já que princípios têm eficácia normativa, ou seja, existe norma e não lacuna.

Em terceiro lugar, e ainda considerando as ideias expendidas nos tópicos anteriores deste trabalho investigativo, o texto sugerido ao art. 108 do anteprojeto do Código de Processo Civil parece ter olvidado todos os novos paradigmas. Basta dizer que o controle de constitucionalidade pode ocorrer inclusive por meio de omissão e, assim, conforme Bastos (1991, p. 91), no controle abstrato da constitucionalidade das leis, as normas constitucionais incidem para determinar a validade ou invalidade das demais normas jurídicas, sejam elas quais forem. Desta forma, a conclusão a que se chega é que se houver omissão da norma infraconstitucional (caso do Cód. de Processo Civil) que ofenda regra constitucional (ainda que seja princípio), o caso é de reconhecer a inconstitucionalidade e aplicar a Constituição, pelo que pouca valia teria o dispositivo ao tratar de integração, já que de fato lacuna não haveria.

Em quarto lugar, os responsáveis pelo projeto olvidaram que os princípios constitucionais – na senda da revolução copernicana do direito público efetuada pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra – representam uma ruptura com relação aos velhos princípios gerais do direito. Essa ruptura implica superar a velha metodologia privatista e introduzir um novo modelo de pensamento com amparo no atual conceito de princípios.

A norma ora em comento, com o texto sugerido, produz, inequivocamente, um retrocesso metodológico. Consoante exaustivamente demonstrado, princípio é *norma* e não fonte de integração de lacuna. Além disso, apesar das divergências doutrinárias sobre o que efetivamente significa a expressão “princípios gerais do direito”, tal instituto tem origem nos gerais princípios do direito romano (viver honestamente, dar a cada um o que é seu etc.), confundindo-se, em última análise, com os fundamentos de normas ou preceitos jusnaturalistas que buscam a ideia da equidade. Inegável, assim, que nem deveria ser mais utilizada em lei que tem

justamente o propósito de atualizar e modernizar os processos e ritos, isto porque, em nosso tempo, princípios são entendidos como normas (direito positivo, portanto) e, desta maneira, só podem ser aplicados diretamente quando adequados ao caso concreto e não como forma subsidiária de integração ou colmatção de lacunas de normas positivas.

Em quinto lugar, e por derradeiro, o texto proposto ao referido artigo, contido no projeto, ainda opõe “princípios constitucionais” e “normas legais”, como se os princípios não tivessem efetivo caráter normativo. Ora, uma vez constitucionalizados, os princípios passam a ser “chave” de todo o sistema normativo (cf. BONAVIDES, 2003, p. 258 e 289), e não há razão para tal oposição entre “princípios constitucionais” e “normas legais”, porque princípios são normas. Nesse sentido, transcreve-se a lição de Mello (2000, p. 748):

“Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada.”

Conclusão

Através desta investigação, conclui-se que, se o século XX foi caracterizado pela intenção de desvincular o direito de qualquer valor, na atualidade há várias correntes ou teorias que defendem um estudo do direito a partir dos valores que socialmente justificam as normas jurídicas, no sentido de corresponder aos interesses de uma sociedade pluralista e aberta, e os exemplos são a teoria tridimensional de Reale (direito é fato, valor e norma) ou até mesmo Hart.

O método positivista, conhecido por jurisprudência dos conceitos, começou a ser substituído pela chamada jurisprudência dos interesses, depois substituída pela jurisprudência dos valores.

Nas últimas décadas foi possível constatar a evolução da doutrina na tentativa de reabilitar a razão prática (abolida pelo positivismo), e há uma destacada tentativa de conjugação das experiências positivista e jusnaturalista por meio do convívio e diálogo contínuo e informativo, movimento que é denominado por alguns autores de pós-positivismo, cujas maiores ideias seriam o alcance de justiça além da lei (derrota do mito da postura neutra do intérprete), e a atribuição de normatividade a todas as regras, inclusive aos princípios (dando-se, ainda, supremacia à constituição).

Um dos marcos do chamado neoconstitucionalismo foi a constitucionalização do direito (passagem da lei fundamental para o centro do sistema, substituindo o Código Civil), o que inclui também o direito processual civil e o Código de Processo Civil, por consequência.

É inadequada, portanto, a redação proposta para o artigo 108 do anteprojeto de reformulação do Código de Processo Civil, atualmente em discussão no Congresso Nacional, porque desnecessária diante da norma similar já contida no art. 4^a da Lei de Introdução ao Código Civil, e equivocada, porque representa ideias do positivismo puramente formalista (em franca decadência) e está aquém do novo paradigma principiológico, ou seja, se há princípios constitucionais a serem aplicados, não há razão para um procedimento de integração de normas jurídicas, pois, se os princípios têm eficácia normativa e se há princípio constitucional a ser aplicado, já existe norma e não é caso de lacuna (que justificaria a integração ou colmatação).

Finalmente, o artigo proposto também é equivocado ao opor “princípios constitucionais” e “normas legais”, esquecendo-se o redator do projeto de que os princípios possuem normatividade, ou seja, são igualmente normas, pelo que se reputa que o ideal seria sua eliminação durante a discussão da proposta no Congresso Nacional, antes de sua aprovação.

Notas

¹ Cecília Caballero Lois, a respeito do pós-positivismo, afirma: “O termo pós-positivismo foi incorporado ao vocabulário dos juristas há pouco tempo e, ainda que não possua um significado unívoco, conseguiu grande aceitação, pois sustenta uma conexão necessária entre o direito e a moral, a qual penetraria no ordenamento jurídico, através da

Constituição, especialmente, a partir dos direitos fundamentais. Tal fato, como é sabido, representa uma contraposição ao positivismo tradicional, ao forçar o conhecimento sobre o direito a assumir para si a necessária carga axiológica que a Teoria Geral do Direito sempre desprezou. Como corolário desse movimento, temas como justiça, moral, legitimidade, democracia, regras e princípios, ponderação etc. passaram a adquirir maior relevância, a ponto de serem identificados como elementos centrais na Teoria e Filosofia do Direito contemporâneas” (apud DUTRA, 2008, p. 10).

² Jurisprudência é palavra aqui usada em acepção próxima da “ciência do direito”, de acordo com o seu significado na língua alemã, onde a expressão “jurisprudência dos conceitos” foi cunhada.

³ “O objetivo no entrelaçamento entre filosofia e ciência é abrir caminho para as mais variadas cooperações...” (BANNWART JÚNIOR, 2005, p. 185-200).

⁴ Cf. BANNWART JÚNIOR (2007).

⁵ No dizer de Alfonso García Figueroa, *Positivismo corrigido e positivistas incorrigíveis* (In: MOREIRA & GONÇALVES JR., 2010, p. 29) “Na filosofia jurídica continental, o argumento do contraste com a prática concentrou-se nas dificuldades do positivismo jurídico para oferecer uma teoria do Direito capaz de explicar as transformações causadas nas normas jurídicas pelo impacto de sua constitucionalização”.

⁶ Continua o autor: “O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalistas: não se trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista da separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente” (p. 248).

⁷ MOREIRA (2010, p. 227) esclarece, que “no neoconstitucionalismo este estágio é alcançado com o correto aproveitamento dos critérios argumentativo-procedimentais, como a razoabilidade, a proporcionalidade, a coerência e a universalidade, não só no mérito e no direito processual, mas também no debate sobre a metodologia constitucional, notadamente quando ela for diferente da costumeiramente usada, mal-aplicável, ou de contexto duvidoso”.

⁸ O autor define procedimentos como uma série de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis. Ainda segundo ele, o Direito define diversos procedimentos e podem ser destacados “aqueles que envolvem a participação e a influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório”, aos quais se reserva a denominação de processo. (GUERRA FILHO, 2002. p. 16-20).

⁹ A dimensão processual da constituição possui mais de uma acepção, sendo que para alguns se situa naquilo que há de processual nos direitos fundamentais, que

são o seu aspecto garantístico, onde se têm direitos, de natureza processual, que são direitos, material ou formalmente, fundamentais (como garantia da independência dos juízes); enquanto que para outros se refere apenas às ações para garantia destes direitos fundamentais (as ações constitucionais, em sentido estrito) ou mesmo aos meios de controle de constitucionalidade concreto ou abstrato. Por fim, não há razão – por não ser objeto específico desta investigação – em se discutir aqui se seria o direito processual constitucional um novo ramo do direito processual, mas apenas para ilustração, remete-se a CINTRA, DINAMARCO & GRINOVER (2007, p. 85-6), que reputam não ser um ramo autônomo, mas “um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a constituição”.

¹⁰ CANOTILHO (2001, 91), aliás, tratando da constituição como “processo público”, à luz das lições de HÄBERLE, prega que “a verdadeira constituição é sempre o ‘resultado’ (e resultado temporário) de um processo de interpretação conduzido à ‘luz da publicidade’. A ênfase na ‘abertura’, ‘publicidade’ e ‘pluralidade’ do processo de interpretação conduz a teoria häberliana a um dos seus elementos caracterizadores: a constituição é ela mesmo um ‘processo’ e daí a sua insistência no ‘processo’ em vez de conteúdo, na ‘compreensão pluralística normativo-processual’, nas ‘alternativas’, na ‘pluralização da legislação constitucional’, na ‘pluralidade de intérpretes’, na ‘força normativa da publicidade’.”

¹¹ No dizer de CAMPILONGO (2002), o que se pede, ou melhor, o que se exige do juiz é uma decisão e “ainda que a legislação seja vaga, contraditória, passível de várias interpretações ou omissa, o juiz está sempre obrigado a decidir os casos que se lhe apresentam com fundamento no ordenamento jurídico” e a proibição da denegação de justiça, ou seja, o *non liquet* é justamente o “coroamento da unidade do ordenamento jurídico” (p. 80) no referencial da teoria dos sistemas por ele adotado, e tal proibição confere fechamento ao operativo do sistema.

¹² Fontes do direito seriam os meios de produção ou expressão da norma jurídica. No dizer de CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO (2007, p. 92-5), as fontes abstratas do direito processual seriam as mesmas fontes do direito em geral, abrangendo, primeiramente, a lei em sentido amplo, ou seja, a Constituição Federal (os princípios constitucionais e suas normas), as Constituições Estaduais, as leis complementares, leis ordinárias (*stricto sensu*) e leis delegadas, e depois os usos e costumes, ou até mesmo o negócio jurídico (fonte reduzida, até pela natureza pública do processo, mas que não pode ser desconsiderada, como ocorre, v.g., no caso de questões atinentes à eleição de foro).

¹³ Mas não basta, por óbvio, a mera disposição dessa intenção no texto, sob pena de a Constituição efetivamente se tornar um “mero papel” (Lassale). NALLINI, no artigo *Do Poder Judiciário* (in GANDRA & REZEK, 2008, p. 395), sustenta que “o constituinte estava plenamente consciente de que a implementação de um renovado projeto de nação dependeria de outro Poder Judiciário. Ofereceu ele à Justiça, o instrumental mais apto e idôneo ao exato cumprimento do indeclinável dever constitucional de

mudar a sociedade. Prestigiou o processo como ferramenta de se garantir o justo [art. 5º, LIII, da CF/88). Enfatizou o devido processo legal”. Sobre o tema, ainda, afirmou o processualista BARBOSA MOREIRA (1988, p. 154) que dar remate às construções constitucionais é, grande parte, missão do Poder Legislativo, “mas ao Judiciário, repita-se, cabe igualmente, sem sobra de dúvida, tarefa de primeira importância no particular. Uma postura tímida, por parte da jurisprudência, já importará renúncia a extrair da Constituição as virtualidades que nela palpitam”.

¹⁴ DIMOULIS (2008, p. 37), embora pregue a necessidade da doutrina analisar criticamente as atuais tendências de legitimação preferencial do controle judicial da constitucionalidade pelas dificuldades de determinar critério sobre o balanceamento de bens e direitos, reconhece que “a atuação do Judiciário como fiscal da Constituição é possível e necessária em relação a todos os atos normativos (salvo exceções pontuais previstas no texto constitucional)”.

¹⁵ Para HESSE (1998, p. 44), a “força normativa da Constituição está condicionada por cada vontade atual dos participantes da vida constitucional de realizar os conteúdos da Constituição. Como a Constituição, como toda ordem jurídica, carece da atualização pela atividade humana, sua forma normativa depende da disposição de considerar seus conteúdos como obrigatórios e da determinação de realizar esses conteúdos”. O fazer da Constituição uma fundamental *law* integral pressupõe a construção, pela dogmática constitucional, de categorias suficientes para dar conta da violação da constituição por ato normativo ou mesmo omissivo (cf. CLÉVE, 2000, p. 312). Nesse sentido, PIOVESAN (2003, p. 24), inclusive citando HESSE, sustenta que “o fato de a constituição estar aberta ao tempo não implica na dissolução ou diminuição da força normativa de seus preceitos, na medida em que o texto constitucional apresenta força jurídica obrigatória e vinculante” e, ainda, destaca que a tarefa de realização das normas constitucionais deve, ademais, estar em consonância com o sentido essencial dos princípios consagrados pela Constituição e que é necessária a “a convicção de que se trata de uma ordem a realizar, através de atos de vontade dos implicados no processo constitucional” (p. 18).

¹⁶ Não por outra razão que NALLINI (2008, p. 395) afirmou que “os princípios contêm essa mágica potencialidade de servirem a multifárias situações. Insubmissos à antinomia que preside a aplicação das regras, são normas plásticas, flexíveis, suscetíveis de ponderação caso a caso”.

¹⁷ Sobre a diferenciação, indica-se, ainda, ALEXY (1993, p. 82 e ss.).

¹⁸ “Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata” (BARROSO, 2003, p. 328).

¹⁹ BARROSO (2008, p. 104-111), aliás, sempre tem mantido sua posição de que a quadra atual é assinalada pela superação – ou talvez sublimação – dos modelos puros do positivismo e do jusnaturalismo e que “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status*

de norma jurídica” – o que seria um dos símbolos do chamado “pós-positivismo”) apontando que talvez o trabalho de maior importância para isso tenha sido o de HESSE, *La fuerza normativa de la Constitución*. Escritos de Derecho Constitucional (1983), que tem versão em português: *A força normativa da constituição*, 1991, trad. Gilmar Mendes.

²⁰ A passagem da Lei fundamental para o centro do sistema foi progressivamente se consumando no Brasil, como havia ocorrido na Alemanha no pós-guerra, superando até mesmo uma anterior preponderância que era atribuída ao Código Civil. A respeito do fenômeno: PERLINGIERI (1997, p. 6); CANOTILHO (*Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?* In: GRAU & GUERRA FILHO, 2008, p. 108-115). Em CANOTILHO & MOREIRA (1991, p. 45) lê-se: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”.

²¹ Conforme NEVES (1988, p. 73), é a estrutura hierárquica do ordenamento jurídico da qual é corolário a supremacia da Constituição, conduz ao problema da lei inconstitucional, que é aquela cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se expressa ou implicitamente, ao conteúdo de dispositivos da Constituição. [Bem se vê que não há ressalvas e isto abrange também a contrariedade aos princípios].

²² Essa prevalência já era pregada há muito tempo por CAMPOS (1956, p. 395), ao afirmar que “uma provisão constitucional, exatamente porque se contém no instrumento da Constituição, é uma provisão essencial, indispensável e imperativa, por envolver de fato ou por pressuposto do legislador constituinte – pressuposição irremovível por argumentos em contrário – matéria de interesse público ou relativa a direitos individuais, de ordem substancial, portanto”.

²³ Inobstante críticas diversas e severas de vários processualistas, inclusive por conta do fato que o processo do futuro será virtual e somente quando implementado efetivamente este novo paradigma se justificaria um novo Código, totalmente pensado para a nova sistemática, o que não ocorre agora.

²⁴ RÃO (1999, pp. 274-280) ao tratar do tema das lacunas das leis, menciona que algumas legislações incluem entre as fontes subsidiárias do direito, além dos costumes, os princípios gerais do direito, como ocorre no art. 4º da LICC brasileira e art. 16 do Código Civil argentino.

²⁵ Para Zeno Veloso, apoiado no R. Limongi França e outros, “os princípios gerais de direito, nos dias de hoje, ganharam novo significado, e não podem mais ser compreendidos como simples – e última! – fonte supletiva para aplicação de direito. (...) É grave equívoco imaginar que o juiz só atenderá aos princípios gerais de direito (muitos deles já incorporados à Carta Magna) nas hipóteses em que não há outro meio de resolver a demanda”.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BANNWART JR., Clodomiro José. Modernidade e o novo lugar da filosofia: a ideia de reconstrução em Habermas. In *Mediações – Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v. 10, n. 1, pp. 185-200, jan.-jun. 2005.

_____. *As implicações entre direito e moral pós-convencional em Habermas: uma análise pré-teoria da ação comunicativa*, publicado em 2007 in *Diritto & Diritti*, <http://www.diritto.it/pdf/26423.pdf>, acessado em 18 de setembro de 2010.

_____. *O direito e as humanidades*. In: Folha de Londrina. Edição 11 de outubro de 2009, p. 2.

_____. *Estruturas normativas da teoria da evolução social de Habermas*. Tese de doutorado. Orientador Marcos Nobre. Campinas: Unicamp, 2008.

_____. *A estrutura jurídica na teoria social crítica habermasiana*. (in mimeo)

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O poder judiciário e a efetividade da nova Constituição*. RF 304/152, Rio de Janeiro, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, in FACHIN, Zulmar (coord.) *20 anos da Constituição Cidadã*. São Paulo: Método, pp. 101-148, 2008.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito constitucional: e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Limites ao poder do Estado*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1a. ed. 2a. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. *Pressupostos, características e tendências do controle de constitucionalidade*, in FACHIN, Zulmar (coord.) *20 anos da Constituição Cidadã*, São Paulo: Método, pp. 29-39, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la Elaboracion Jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1954.

FRANÇA, R. Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1a. ed. 2a. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 719, p. 57-63.

_____. (org). *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1a. ed. 2a. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 192-193.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, reimpressão, 2001.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003b, v. II.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbekian, 1996.

HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Coimbra: Armênio Amado, 1941.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. *O fenômeno pós-positivista: considerações gerais*. Disponível em <http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001573.pdf>, e acessado em 12/11/2010.

MARTINS, Ives Gandra. REZEK, Francisco. (coord.). *Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JR., Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena (org.) *Hermenêutica constitucional*. Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. São José: Conceito Editorial, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

TAVARES, André Ramos. *Princípios fundamentais na Constituição de 1988: estudo de sua evolução em 20 anos*. (in Constituição Federal. *Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, p. 13-29, 2008).

_____. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VELOSO, Zeno. Comentário ao art. 4º da LICC [p. XXXVIII e XXXIX]. In: *Código Civil Comentado*. SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

VIEHWEG, Theodor. *Topica y filosofia del derecho*. Trad. Edição espanhola: Jorge M. Seña, 1a. ed. Barcelona: Gedisa, 1991.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Gulbenkian, 1980.

A FUNÇÃO DOS “GRUPOS DE APOIO À ADOÇÃO” NA PREPARAÇÃO DOS POSTULANTES E SUA CONSEQUÊNCIA PARA A ATIVIDADE DO MAGISTRADO: O GRUPO DE APOIO À ADOÇÃO DE TOLEDO/PR (GAAT)

RODRIGO RODRIGUES DIAS*

Juiz de Direito Titular da Vara da Infância e da Juventude, Família e
Anexos da Comarca de Toledo/PR

RESUMO

A Lei 12.010/09 trouxe significativa inovação ao processo de habilitação de pessoas à adoção: um período de preparação psicossocial e jurídica, por meio de um programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude (ECA, arts. 50, § 3º, e 197-C, § 1º). A lei positivou uma experiência que já existe em vários lugares no país, os conhecidos “grupos de apoio à adoção”. Apesar da importância deste advento, a doutrina jurídica não lhe tem dado a devida atenção, restringindo-se a comentar que tal programa passou a existir e que é uma nova obrigatoriedade no processo de habilitação. O artigo busca, justamente, contribuir para o preenchimento desta lacuna, expondo qual a função desse serviço no processo de adoção e sua consequência para a atividade do magistrado. O artigo apresenta, ainda, a experiência do Grupo de Apoio à Adoção de Toledo/PR, criado em 2008, como um modelo de programa, expondo os resultados de quatro anos de existência.

*** Outras qualificações do autor**

Bacharel em Direito pela USP. Mestre em Ciências Sociais pela Unioeste – Campus Toledo/PR. Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na FASUL. Professor de Direito Civil no curso de pós-graduação lato sensu em Direito da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Membro da Associação dos Magistrados e Promotores de Justiça da Infância, Juventude e Família (AMPIJ).

Introdução

A Lei 12.010/09, que recebeu o nome de Nova Lei de Adoção, entre várias alterações ao instituto da adoção e seus procedimentos, positivou os “grupos de apoio à adoção”, tornando-os obrigatórios, como uma fase no processo de habilitação para adoção. De fato, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê, no art. 50, § 3º, “um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude” e, no art. 197-C, § 1º, “programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar”. Melhor conjugando os dispositivos, poderíamos falar em um período de preparação psicossocial e jurídica, por meio de um programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude.

A despeito da grande relevância da introdução de um período de preparação, por meio de um programa – os conhecidos “grupos de apoio à adoção” –, a doutrina jurídica não lhes deu muita atenção, restringindo-se a comentar a criação e a exigência de tal trabalho, sem gastar mais muitas linhas. Não há abordagem das razões de inserção dos grupos nos procedimentos, nem mesmo os resultados esperados e, eventualmente, já alcançados, considerando que esse tipo de trabalho precede à lei. A Justiça da Infância e da Juventude parece também não ter dado importância ao assunto, o que se nota principalmente quando o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná não tem iniciativa em cumprir a determinação legal e apoiar a formação do serviço, que é de sua responsabilidade por expresse comando legal.

A proposta do artigo é, primeiramente, suprir a lacuna apontada, contribuindo para uma discussão mais aprofundada do tema, destacando qual a função dos “grupos de apoio” na preparação dos postulantes e qual a consequência para a atividade do magistrado nos processos de adoção. Num segundo momento, diante do pouco crédito dado pela cúpula da Justiça¹ a este tipo de trabalho, trataremos da experiência do Grupo de Apoio à Adoção de Toledo, criado em 2008, que funciona junto ao Serviço Auxiliar da Infância, na Comarca de Toledo/PR, como sugestão de uma forma de fazer aos colegas magistrados.

O papel dos grupos de apoio no processo de habilitação

A adoção é a forma mais completa de inserção de uma criança ou adolescente em família substituta. Depois de extinto o poder familiar, para preservar o direito à convivência comunitária e familiar, evitando períodos longos de acolhimento, cabe ao magistrado diligenciar a inserção da criança ou do adolescente em uma família diversa da biológica nuclear.

A família natural é definida pelo art. 25, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Por tal motivo, qualquer inserção em família que não seja junto dos detentores ou do detentor do poder familiar, já autoriza que se fale em família substituta.

A pergunta seguinte é: qual família?

Quando o artigo 19 do ECA dá primazia à inserção na família natural, devemos analisar a viabilidade de ser na própria família de origem. Afinal, por força do art. 42, § 1º, do ECA só não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando, o que permite, por exemplo, que tios e primos adotem.

A Lei 12.010/09 positivou o conceito de família extensa ou ampliada como aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais as crianças ou adolescentes convivem e mantêm vínculos de afinidade e afetividade.

Portanto, demonstrada a possibilidade de manutenção da criança ou do adolescente na família extensa, concorrendo vínculos de afinidade e afetividade, bem como sendo a medida compatível com o melhor interesse do adotando, nada obsta – ressalvado o art. 42, § 1º, já transcrito – que a adoção se concretize no seio da família natural.

Aliás, o próprio art. 50, § 13, do ECA dispensa o prévio procedimento de habilitação, na hipótese de requerimento por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade.

Convém ressaltar que a manutenção na família extensa depende da concorrência de vínculos de afinidade e afetividade. Não raro, crianças e adolescentes que estão expostos a situação de risco na companhia dos pais, que só tenha sido possível de ser remediada pela medida protetiva excepcional de acolhimento institucional ou familiar, são almejadas por parentes que nunca tiveram contato ou cujos contatos foram muito frágeis.

Muitas vezes movidos por um sentimento de culpa, já que “seu sangue” vai para a “doação”, ou procurados pelos pais que infligiram a violação de direitos, que fazem verdadeira chantagem emocional

como último recurso para manter os filhos próximos, atravessam-se nos processos de destituição para requerer a guarda.

Nestes casos, não concorrem os requisitos da afinidade e da afetividade. Na realidade, nos levam a questionar como deixaram – já que tão próximos e já que amam tanto tais crianças ou adolescentes – que os pais violassem direitos a ponto de chegarmos a medidas extremas como o acolhimento e a destituição do poder familiar.

Em outras palavras, entregar a criança ou o adolescente para esses parentes, pelo mero fato de serem parentes, é o mesmo que os entregar a uma família estranha. A bem da verdade, como seguiremos discutindo, para a família estranha, ou melhor, sem vínculos sanguíneos, haverá a vantagem de ter sido previamente habilitada e preparada para os desafios da adoção.

Não sendo, pois, hipótese de inserção, na modalidade adoção, da criança ou adolescente na família extensa ou ampliada, o próximo passo é pesquisar as pessoas e casais habilitados à adoção.

Essas pessoas, motivadas pelo desejo de serem pais pela adoção, saem da inércia e se apresentam à Vara da Infância e da Juventude, independentemente da representação por advogado, e pedem a habilitação. Juntam uma série de documentos, provando sua idoneidade física, moral e material, na forma do art. 197-A do ECA, e são submetidos a um estudo prévio pela equipe técnica multidisciplinar – com profissionais, principalmente, do serviço social e da psicologia. Depois desta etapa, que chamaremos de *documental*, e de avaliação técnica prévia, são submetidos ao período de preparação psicossocial e jurídica, por meio de um programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude. Esta fase chamaremos de *avaliação técnica final*.

Qual a importância desse programa?

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz, em seu texto, um enfoque no trabalho com a alteração de perfis de adoção. Dispõe o art. 197-C, § 1º, que o trabalho incluirá orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. E, para viabilizar o objetivo, o parágrafo seguinte estabelece que, sempre que possível e recomendável, a etapa obrigatória da preparação incluirá o contato com crianças e adolescentes em regime de acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados.

É de conhecimento geral que há dificuldades em inserção de crianças nos perfis mencionados no artigo supracitado. No Cadastro Nacional de Adoção, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, em consulta realizada em 30 de agosto de 2012, às 18h03min, havia 28.244

pretendentes à adoção e 5.270 crianças e adolescentes disponíveis para serem adotados. Em tese, não deveria existir crianças e adolescentes em regime de acolhimento.

Entretanto, 4.044 delas, 76,74% do total, têm irmãos, das quais 1.872 – 35,52% – têm irmãos também inscritos no CNA. Entre os pretendentes, todavia, 23.246, o que representa 82,30% do total, pretendem adotar somente uma criança. Este é só um exemplo, mas temos outros, porque a maioria quer criança de até três anos, restringe sexo e não aceitaria crianças de outras raças.

A extrema restrição dos perfis é um dos grandes entraves à concretização do sonho dos pretendentes a se tornarem pais. Contudo, o discurso de que é culpa deles a permanência de crianças e adolescentes nos regimes de acolhimento, por conta das aludidas restrições, é, no mínimo, leviano. Com efeito, duas pessoas se encontram, apaixonam-se, constituem uma família e, naturalmente, chegam à decisão de ter um filho. Não obstante, a natureza, em certos casos, lhes traz uma surpresa desagradável: a infertilidade. Alguns ainda buscam a ajuda da medicina, outros partem diretamente para a adoção. É natural que queiram, então, um bebê. Por que censurá-los? Há, ainda, os que formam famílias homoafetivas e não podem conceber filhos e os que optam por dar ensejo à maternidade ou paternidade sozinhos, pois decidiram não constituir família com um homem ou uma mulher. Ainda nesses casos, a vontade de passar por todas as fases de uma criança, desde recém-nascido, é compreensível.

Há, além desse desejo natural, a carga de preconceito que as pessoas têm em relação às crianças mais velhas e aos adolescentes. Todos nós, salvo os que já militam na área, temos a impressão de que crianças acima de dois ou três anos já vêm com “a personalidade formada” e temos medo de como lidar com esse ser humano que já fala, já reage, já diz ‘não’, já carrega um caráter supostamente formado.

Por isso, não é conveniente falar em culpa dos pretendentes. É preciso que os profissionais da área da Infância e da Juventude façam seu trabalho e esclareçam a situação aos pretendentes por meio de orientação e atividades, entre elas a aproximação de crianças e de adolescentes em regime de acolhimento.

Cabe a estes profissionais, incluído aí o juiz de direito, responsável principal em garantir o direito de convivência familiar e comunitária, na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente, explicar e mostrar que eles podem satisfazer seu desejo de serem pais e mães adotando grupo de irmãos, crianças mais velhas, adolescentes, crianças de outras raças ou com problemas de saúde.

Este é um dos grandes objetivos dos grupos de apoio: contribuir para a reflexão acerca da adoção, principalmente dos perfis, buscando, de um lado, o esclarecimento e a orientação e, de outro, preparando os pretendentes acerca dos desafios que eventualmente terão quando mudarem os perfis.

Todavia, este não é o único objetivo.

É preciso, ainda, explorar com os pretendentes as motivações que os levaram à adoção. Se já enfrentaram o luto da infertilidade, por exemplo, e compreendem que a adoção não é uma forma subsidiária de serem pais, uma segunda opção recheada de frustrações. Se essas questões não forem bem trabalhadas, a adoção tem tudo para não dar certo. É preciso identificar se eles possuem a nítida noção do que é a adoção e do que ela significa, de modo a garantir o sucesso da relação que se estabelecerá.

A adoção é a forma mais completa de inserção de uma criança ou adolescente em família substituta

Os postulantes vêm cheios de expectativas e ideias equivocadas sobre a constituição de família por meio da adoção, as quais devem ser reelaboradas. Muitos idealizam demais o filho, sendo indispensável que eles lidem com a realidade da adoção, único meio para que possam concretizar, com consciência, o sonho perseguido e, assim, dar à criança ou ao adolescente a garantia de uma saudável convivência familiar, em ambiente de proteção integral.

Os pretendentes devem entender que as crianças e os adolescentes não são uma página em branco, que eles têm uma história que não pode ser ignorada. Entretanto, essa história não é marca indelével impressa em suas personalidades. A orientação deve abranger o que fazer com essa história, como preservá-la e como contar a seus filhos sobre ela. O que fazer se a curiosidade pela família biológica emergir?

Grande parte das pessoas que procura o caminho da adoção não tem a exata noção desses temas, que precisam ser mostrados, debatidos e preparados.

Ademais, quando os pretendentes se aproximam da equipe técnica do Poder Judiciário, bem como do juiz de direito e do promotor de justiça, sentem-se amparados pela poder público – responsável pelo processo de adoção – minimizando os sintomas da ansiedade e da espera pela concretização da almejada maternidade e paternidade.

Tornam-se, também, porta-vozes da adoção legal. Passam a compreender a razão de a adoção ser um processo formal, que deve ter começo, meio e fim perante o Poder Judiciário. As pessoas que

estão no aguardo de um filho, muitas vezes pela ânsia de curar as feridas da infertilidade biológica, buscam caminhos alternativos, como a adoção *intuitu personae*, concretizando adoções irregulares, com as inconveniências que delas decorrem.

Ao receberem as orientações pertinentes, principalmente do juiz, que os esclarece sobre as questões jurídicas da adoção, passam a ser defensores da adoção legal e denunciam situações de irregularidade e exposição de crianças e adolescentes em situação de risco.

Por derradeiro, é fundamental que o magistrado esteja presente nos trabalhos de preparo dos pretendentes, não só para gerar uma proximidade, nos termos já expostos, mas para conhecer de perto quem serão os candidatos à família de suas crianças e adolescentes, dividindo a decisão com a sua equipe técnica.

Somente conhecendo os casais e pessoas postulantes é que o juiz pode decidir com base no melhor interesse da criança e do adolescente, regra que regula todo o sistema da Infância e da Juventude e suplanta a genérica previsão de que deve ser observada a ordem cronológica. Com o acompanhamento dos trabalhos do grupo de apoio, poderá o magistrado encontrar a família adequada para a criança ou o adolescente que precisar ter o direito de convivência familiar e comunitária garantidos, por meio de inserção em família substituta.

Assim, a decisão deixa de ser delegada à equipe técnica e permanece com o magistrado, que pode opinar, em conjunto com aquela, acerca da melhor família para determinada criança ou adolescente.

O Grupo de Apoio à Adoção de Toledo/PR (GAAT)

O Grupo de Apoio à Adoção de Toledo (GAAT) foi criado pelo art. 11 da Portaria 17/2008, de 26 de junho de 2008, da Vara da Infância e da Juventude. Diante da preocupação e da necessidade dos indivíduos sentirem-se “preparados” com as especificidades do processo de adoção, como alhures dissertado, desde a criação do grupo, são realizados encontros mensais em conjunto, quando as pessoas interagem e discutem seus anseios, preocupações, medos, fantasias e emoções.

No início do ano, é feito um Grande Encontro, de abertura dos trabalhos do GAAT, em que são convidadas todas as pessoas que possuam interesse na adoção. A primeira reunião serve para aproximar os interessados e os atores do processo de adoção: juiz de direito, promotor de justiça, técnicos do Serviço de Atendimento à Infância (SAI), acadêmicos do Curso de Serviço Social da Unioeste e acadêmicos do curso de Psicologia (PUC Oeste).

Na sequência, são organizados, com base na ordem cronológica e de disponibilidade para adotar, casais e pessoas habilitadas que vão participar de seis encontros, um em cada mês, com cerca de duas horas cada.

A metodologia empregada é a dos “Seis Passos da Adoção”, que contemplam assuntos como: 1) Legislação previdenciária e vínculo, 2) Adoção: o que é legal?, 3) A criança e sua história, 4) A família, 5) Receber, amar e educar filhos I, 6) Receber, amar e educar II. Contudo, os temas a serem tratados nestes “seis passos” se dão de acordo com as características e as especificidades de cada grupo formado. A última reunião, que seria um sétimo passo, é uma confraternização, na qual os certificados são conferidos e participantes habilitados das edições anteriores são convidados, permitindo, assim, maior proximidade entre as famílias formadas pela adoção, o que gera a naturalização do processo e permite que entre eles seja formada uma verdadeira corrente de apoio e orientação mútua.

Cada reunião com os pretendentes da adoção inscritos no GAAT demanda outras duas reuniões da equipe técnica, incluindo o juiz de direito. Uma reunião é de avaliação do trabalho realizado e de diagnóstico dos resultados, e outra, de preparação do próximo passo, em que é discutido o tema que deverá ser abordado e de que forma, com base nos resultados da avaliação.

A família adotiva possui uma essência igual à família biológica, mas suas características são diversas e não devem ser perdidas de vista. O amor de uma família adotiva é construído da mesma forma que o de uma família biológica; não é ter o mesmo sangue ou compartilhar genes que vai garantir o amor ou o sucesso da relação.

A adoção é um assunto muito amplo e complexo, que envolve sentimentos variados, medos e esperanças, afetando profundamente as famílias. No Brasil, a adoção ainda é pouco divulgada, principalmente a adoção da criança pelos interesses da própria criança como prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente e não apenas para resolver o problema das pessoas que não têm filhos.

O direito à convivência familiar, antes de ser um direito constitucional, constitui-se em uma necessidade vital para a criança, pois é por meio da família, do amor e dos cuidados individualizados que se processa a sua socialização na comunidade, por ser a família um lugar, por excelência, de proteção e inclusão social. Existem muitos mitos e preconceitos em relação à adoção; um deles diz respeito aos problemas que surgem com os filhos, por serem adotivos, e outro é em relação aos pais que entregam seus filhos para adoção. A questão envolve

complexas relações sociais e afetivas, que têm que ser trabalhadas por profissionais e pela sociedade para garantir à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar. Tudo isso deve ser inserido nas discussões com os postulantes para que possamos alcançar uma “nova cultura de adoção”.

No grupo, os candidatos podem ampliar a consciência frente a suas possibilidades diante das escolhas, reconhecendo também os seus limites. Assim, não existe um “perfil” ideal de pais “adotivos”, nem de crianças ou adolescentes “adotáveis”, pois o êxito de uma adoção está em evitar grandes idealizações acerca do outro; os pais adotivos devem estar conscientes sobre os seus limites e de seus filhos.

Outrossim, o grupo constitui-se em um fórum permanente de referência sobre o assunto na Comarca de Toledo e região, incentivando a discussão da adoção e contribuindo para a naturalização do processo adotivo, ou seja, adotar é somente outra forma de ser pai ou mãe. Ao promover o direito à convivência familiar e comunitária, o GAAT, contribuindo para as adoções em geral, confere às crianças e adolescentes em situação de risco efetivo direito a ter direitos, ou seja, cidadania, o que só pode ser atingido dentro de um ambiente de amor e proteção, isto é, de uma família.

Como resultado do trabalho, temos que a cultura da adoção está se disseminando em Toledo/PR e região. Anteriormente, existiam muitos casos de adoção ilegal, ou “adoção à brasileira”, que significa o registro de filho alheio como próprio, não se obedecendo aos parâmetros legais. Os motivos que levam a adotar por esse método são os mais variados, mas fácil é intuir que, dentre eles, estão a esquiva a um processo judicial de adoção demorado e dispendioso, mormente quando se tem que contratar advogado; o medo de não lhe ser concedida a adoção pelos meios regulares e, pior ainda, de lhe ser tomada a criança, sob o pretexto de atender a outros pretendentes há mais tempo “na fila” ou melhor qualificados; ou ainda, pela intenção de se ocultar à criança a sua verdadeira origem.

No Grupo de Apoio à Adoção essas questões são bem trabalhadas, visando à preparação dos futuros pais. Com a iniciativa, altera-se uma realidade na qual as pessoas eram habilitadas à adoção com base, exclusivamente, em documentação e dois ou três contatos com a equipe técnica, só voltando à vara, três, quatro ou cinco anos depois, no momento em que eram chamados para receber uma criança ou adolescente. Considerando que a adoção é feita para o melhor interesse da criança, o grupo possibilita a escolha de pessoas com base na compatibilidade com o perfil que certas crianças ou adolescentes exigem.

Destaca-se que o número de adoções legais e de crianças mais velhas e grupos de irmão tem crescido desde 2008, quando o GAAT foi criado. Naquele ano ocorreram sete adoções, sendo que as crianças com oito, sete e nove anos tiveram de ser integradas em família por meio da adoção internacional. Em 2009, o número dobrou para catorze, apesar das idades continuarem no limite máximo de um ano, com a exceção de uma criança de quatro anos. Em 2010, houve um total de 22 adoções, tendo ocorrido 14 adoções de crianças entre três e onze anos. Em 2011, foram 32 adoções, sendo 10 de crianças entre três e onze anos. Diante do trabalho realizado fica claro que o processo de escuta e fala entre os candidatos oferece um momento reflexivo de grande valor na sua tomada de decisão, bem como iniciativa, autonomia, e meios para aceitar e lidar com suas próprias expectativas e com a espera de um filho. As adoções que já aconteceram foram, todas, de grupos de irmãos e com idade superior a dois anos. O interessante é que se formaram três famílias por adoção, sendo que em duas delas o perfil era de uma única criança, com até um ano de idade.

A extrema restrição dos perfis é um dos grandes entraves à concretização do sonho dos pretendentes a se tornarem pais

Outro fator de sucesso é a aproximação entre os participantes – que passam a compartilhar uma identidade – e a aproximação deles com os atores da adoção: juiz de direito, promotor de justiça, equipe técnica do SAI.

A participação direta e efetiva do juiz de direito representa uma grande inovação do trabalho do GAAT, além de ser um trabalho interinstitucional. Neste diapasão, o grupo foi concebido, é supervisionado e conta com a participação ativa do juiz de direito, o que dá outro rumo aos processos de adoção.

O próprio responsável por indicar a melhor família para a criança ou o adolescente trabalha na concepção de cada reunião, no desenvolvimento dela e na avaliação subsequente. Tal fato não só gera a aproximação dos pretendentes, como permite uma mais apurada avaliação. O peso da palavra do juiz é muito grande e a sua atuação ativa imprime maior credibilidade aos trabalhos e às propostas de alteração de perfil. Outra inovação é o trabalho interinstitucional com o Ministério Público e com duas universidades (Unioeste e PUC Oeste), trazendo todos os enfoques sociais necessários. Por derradeiro, a prática tem dado resultados concretos na conferência de direito à convivência familiar e comunitária, dando efetiva oportunidade para que crianças e adolescentes sejam

titulares de direitos e exerçam a cidadania, diminuindo, sobremaneira, o período de acolhimento institucional ou familiar.

As edições de 2009 e de 2010 do GAAT foram objeto de pesquisas de duas acadêmicas do Curso de Serviço Social da Unioeste, as quais foram estagiárias do Serviço Auxiliar da Infância da Comarca de Toledo e atuaram no GAAT, Idiane Fátima Hermes (2010) e Mariana Wadi Tierling (2011).

Em relação ao primeiro trabalho, é importante trazer à luz algumas conclusões, com base em entrevistas dos participantes da edição 2009.

No que tange ao preparo para a adoção, de forma concreta e não idealizada, segundo os entrevistados, “é essencial que aqueles que pretendem adotar estejam *preparados* para receberem a criança e/ou adolescente e, que a adoção se concretize sobre as ‘malhas’ da verdade, do esclarecimento e do ‘pé no chão’ porque nem tudo ‘(...) *são flores e, não só espinhos também*’ (Entrevistados V, 2010, grifo nosso)” (p. 61).

Quanto à disseminação da adoção legal, o trabalho atestou que alguns dos entrevistados contaram a respeito de propostas recebidas para efetivarem uma adoção ilegal. Entretanto, com base nas orientações recebidas, relataram que indicaram para tal mãe o caminho correto para entregar o filho para a adoção. Demonstraram, ainda, que reconhecem a criança enquanto um sujeito de direitos, ao pronunciarem que ela não é um “objeto” e ainda, prestaram informações sobre os procedimentos da adoção legal (p. 63).

O grupo formou uma identidade própria, sendo que eles passaram a se identificar como “Família GAAT”. Esse vínculo possibilitou que eles formassem, entre si, uma corrente de solidariedade e apoio no que se refere à adoção. Segundo a pesquisadora:

“Apareceu em todas as exposições o sentimento de pertencimento e compartilhamento de um objetivo em comum: a adoção. Os entrevistados consideraram-se integrantes de uma família, a Família GAAT, mediante a qual puderam perceber a existência de sentimentos idênticos, sendo o mais evidente: a ansiedade. Destacaram que na convivência grupal puderam compartilhar e expressar os seus diversos sentimentos e, assim, paulatinamente, foram se sentindo preparados e, conseqüentemente, se tranquilizando, porque conseguiam visualizar que não estavam sós nesse processo” (p. 55).

No segundo trabalho, que explorou o grupo de 2010, que também usou o recurso metodológico da entrevista, em 50% dos casos houve adoção de crianças com idade superior à constante no pedido inicial de habilitação (p. 49). Segundo a pesquisadora, “a partir das falas dos

entrevistados, pode-se observar que participar dos ‘Passos’ os tornou mais disponíveis, flexíveis e abertos para refletirem sobre possíveis mudanças de perfis do filho esperado” (p. 53).

Nas entrevistas, os postulantes reiteraram a importância do grupo na preparação, bem como na reflexão quanto às motivações para a adoção e, por consequência, para amenizar a ansiedade, *in verbis*:

“Os participantes não sabem o tempo exato que a criança/adolescente irá nascer para eles, mas começam a ser trabalhados a acreditar que chegará no momento certo. Estar participando do GAAT torna ‘essa gestação’ menos angustiante, aprendendo juntos a lidar com as variadas fases da adoção (...) Este tempo de preparação e espera é fundamental para que os postulantes possam refletir sobre a intenção de adotar, isto é: se realmente desejam constituir/ampliar a família através da adoção e se estão preparados para a maternidade/paternidade afetiva” (p. 52).

Para os postulantes de 2010, o fato de o grupo ter se desenvolvido sob a égide do Poder Judiciário transmite confiança, viabilizando a abertura para novas discussões e diferentes narrativas, demonstrando que esses encontros são de caráter legal. Fortalecem-se para resistir e combater as ofertas ilegais de crianças, como evidenciam os Postulantes IV (2011) – *“A partir dos encontros nós divulgamos o trabalho do grupo que é sério, porque se você quer adotar a forma ilegal, sempre consegue”* –, e compreendem que por meio do Judiciário terão segurança e tranquilidade (p. 59).

A equipe do GAAT já há quatro anos leva a experiência para discussão no curso de direito da Unipar, na matéria ‘direito de família’ e, recentemente, esteve, a convite, na Câmara Municipal de Toledo/PR, esclarecendo os vereadores acerca da adoção.

O GAAT tem contribuído, a partir dos dados, significativamente para uma nova cultura de adoção no âmbito da comarca de Toledo/PR e região, colocando o tema na pauta da sociedade.

Considerações finais

O artigo buscou mostrar a importância efetiva do trabalho dos grupos de apoio à adoção no processo de habilitação, tanto para os postulantes, como para a equipe técnica, o promotor de justiça e o magistrado, e também para as crianças e adolescentes, que precisam ter o direito à convivência familiar e comunitária preservado.

É indispensável, segundo avaliamos, que o grupo esteja vinculado ao Poder Judiciário ou que, como determina a lei, seja de perto supervisionado por ele. Afinal, a adoção se dá somente sob a égide deste poder e uma de suas fases mais fundamentais deve permanecer em seu âmbito, conferindo credibilidade e seriedade à avaliação técnica dos postulantes.

É recomendável – sendo no caso de Toledo/PR indispensável – que o magistrado frequente o grupo, conheça as pessoas para as quais ele entregará a vida de uma criança ou de um adolescente, tomando a dianteira na decisão, não se restringindo a pedir, nos autos, indicação de casal ou pessoa habilitada para sua equipe técnica, delegando tão crucial parte da decisão. Aliás, a equipe serve de apoio, sendo a decisão final do magistrado. Entretanto, ela só poderá ser efetivamente por ele próprio fundamentada se o juiz tiver conhecimento do que ocorreu no período de preparação, no curso do trabalho do grupo.

O grupo, pois, tem o potencial de divulgar a prática da adoção (formas e maneiras legais); de ser um espaço de informação, de reflexão e de apoio para os habilitados à adoção legal (durante o período de espera); de orientar os pretendentes à adoção, através de encontros, palestras e depoimentos visando prepará-los para as responsabilidades subsequentes à adoção; de estimular posturas favoráveis à adoção (seja a de caráter tardio, a de outros padrões étnico-racial, a de limitações físico-mentais); de colaborar com a garantia do direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária, inscrito no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Toledo, Projeto de Intervenção do GAAT, 2008a, s/p); e de servir para fundamentar a decisão do magistrado quando da indicação de pretendente à adoção para determinada criança ou adolescente, concretizando, de forma efetiva, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente.

Nota

¹ O artigo 6º da Lei 12.010/09 impõe prazo de um ano, a partir da sua entrada em vigor, para que as pessoas e casais já inscritos nos cadastros de adoção frequentem a preparação psicossocial e jurídica, sob pena de cassação de sua inscrição no cadastro, o que deixa claro que o prazo para que, oficialmente, o programa fosse instituído seria de no máximo um ano.

Referências

ANGAAD. Associação Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção. *Uma família de verdade*.

Niterói: ANGAAD, 2011.

BIDARRA, Zelimar Soares; OLIVEIRA, Luciana Vargas Netto. Infância e adolescência: o processo de reconhecimento e de garantias de direitos fundamentais. In: *Revista Serviço Social e Sociedade*, n. 94, ano XXIX, jun./2008, São Paulo: Cortez, 2008, p. 154-175.

BITTENCOURT, Sávio. *Nova lei de adoção: do abandono a garantia do direito da convivência familiar e comunitária*. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

HERMES, Idiane Fátima. *Grupo de apoio à adoção de Toledo (GAAT): fortalecendo o caminho da adoção legal e a defesa do direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária*. 2010. 85 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Serviço Social) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Toledo, 2010.

RIZZINI, Irene (Coord.); RIZZINI, Irma; NAIFF, Luciene; BAPTISTA, Rachel. *Acolhendo crianças e adolescentes: experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNICEF; CIESPI; Rio de Janeiro, RJ: PUC-RIO, 2007.

SANTOS, Lucinete Silva. Adoção no Brasil: desvendando mitos e preconceitos. *Revista Serviço Social e Sociedade*. São Paulo, n. 54, ano XVIII, p. 158-172, julho de 1997.

_____. Adoção ou abrigos de tipo ideal? In: *Revista Serviço Social e Sociedade*. São Paulo, n. 63, ano XX, p.76-92, julho de 2000.

SCHEREINER, Gabriela. *Por uma cultura da adoção para a criança?: Grupos, associações e iniciativas de apoio à adoção no Brasil*. São Paulo: Editora Consciência Social, 2004.

TIERLING, Mariana Wadi. *Grupo de apoio à adoção de Toledo (GAAT): um “pré-natal” para a filiação afetiva*. 2011. 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Serviço Social) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Toledo, 2011.

TOLEDO. Projeto de Intervenção: Criação e Funcionamento do Grupo de Apoio à Adoção de Toledo/PR – GAAT(PR). Toledo: Novembro de 2008a. Não paginado.

TOLEDO. Relatório de Execução de Atividade Grupo de Apoio à Adoção de Toledo – GAAT/PR. Toledo, novembro de 2008b.

TOLEDO. Relatório de Execução do Projeto do Grupo de Apoio à Adoção de Toledo – GAAT/PR. Toledo, dezembro de 2009c. Não paginado.

VIEIRA, Joice Melo. *Os filhos que escolhemos: discursos e práticas da adoção em camadas médias*. Dissertação de Mestrado, Antropologia, UNICAMP, 2004.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADEQUADA GESTÃO PÚBLICA: BUSCA-SE A ÓTIMA OU A EFICIENTE?

PHILLIP GIL FRANÇA*

Doutor e mestre em Direito do Estado pela PUC-RS

EXCERTOS

“A eficiência administrativa indica a atuação estatal em conformidade com padrões de conduta preestabelecidos e conforme verificação de atendimento de tais requisitos de correção dos exercícios públicos, voltados ao atendimento de objetivos definidos como hábeis para a viabilização do sistema estatal”

“A noção de administração pública ótima vem, de forma geral, da perspectiva econômica de se agir sem poder ter forma mais adequada possível do que tal ação, independente do critério subjetivo (participação humana), segundo padrões preestabelecidos para tal”

“É possível introduzir outras considerações na avaliação do êxito das pessoas e, portanto, da sociedade. A otimalidade de Pareto capta os aspectos da eficiência apenas do cálculo baseado na utilidade”

*** Outras qualificações do autor**

Professor da Escola da Magistratura do Paraná e da Escola Superior da Advocacia – OAB/PR. Professor convidado do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro do Instituto Internacional de Altos Estudos de Processo. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/PR. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais-PUCR/RS (Cnpq). Autor do livro Controle da Administração pública, 3. ed. RT, São Paulo, 2011. Advogado e consultor jurídico.

I. Introdução

Ao pensar em gestão pública, 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 do Estado nacional estabelecidos no art. 3º da CF/88.

Desta forma, temos como desiderato desta breve reflexão sobre a atuação estatal o enfrentamento da questão sobre a qual gestão pública devemos nos render como cidadãos. Isto é, concederemos legitimidade social (aceitaremos como adequada) a gestão estatal *eficiente* ou a *ótima*?

Importa saber a diferença entre estas duas formas de atuação do Estado para atendimento das nossas sempre renovadas necessidades, pois o caminho escolhido levará nossa vida a rumos diversos. O trilha 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 esforço factível para alguém imbuído de ônus público. O empenho *eficiente* significa destinar o maior e melhor esforço humano possível na realização da gestão pública a partir da assunção de que a máquina estatal é operada por pessoas. Nesta condição, são incapazes de agir conforme os critérios de constante *perfeição*.

O outro caminho, da administração *ótima*, onde erros não acontecem e todos os reclames da sociedade são prontamente atendidos, leva o Estado a uma realidade utópica e inaplicável. Assim, o discurso da gestão pública *ótima* interessa ao Estado que precisa constantemente demonstrar sua necessidade de existência, a partir da carência do cidadão em ter seus problemas integralmente solucionados – sempre de forma imediata. Trata-se, como será visto, da promessa *religiosa* de um futuro sempre melhor do que a realidade que se vive, fato que, por si, quebra a fundamental justificativa de existência do Estado, qual seja: *ente criado para agir em prol do homem, uma vez que esse próprio homem reconhece sua incapacidade de autorregular suas relações com os outros partícipes do seu grupo social, bem como, com os demais elementos do meio onde está inserido*.

Deste modo, trataremos, primeiramente, sobre algumas noções de ‘adequada gestão pública’. Após, colecionaremos ideias relacionadas ao princípio administrativo da *eficiência* e da administração *ótima*

para, posteriormente, sugerir alguns caminhos acerca desses raciocínios contrapostos sobre a gestão pública e o melhor vetor a se seguir para bem atender ao cidadão.

Cabe registrar que o nosso intento é de abrir um debate sobre os temas sugeridos e não trazer, pretensiosamente, respostas definitivas para tais. Queremos, sim, que se sintam provocados e, destarte, levem as questões aqui levantadas para os mais democráticos palcos do bom debate sobre administração pública como instrumento de proteção e promoção do cidadão.

II. Gestão pública

Apresentamos como noção de gestão pública a concatenação de ideias estatais para alcançar um claro objetivo predeterminado, mediante um planejado caminho, a partir da demonstração objetiva de realização de um interesse público constitucionalmente previsto. Observamos, então, para a caracterização da anunciada *adequada gestão pública* a observação dos seguintes fatores – pelo menos:

a) *Concatenação de ideias*: para se imaginar a implantação de atividade de gestão, parte-se, logicamente, da harmonização de ideias previamente debatidas e escolhidas como as melhores para a viabilização do objetivo a ser buscado. Para tanto, o Estado precisa manter o foco no interesse público a ser realizado mediante a política pública definida. Assim, importante para tal organização é o exercício de minimização das *externalidades negativas*¹ que podem atrapalhar o caminho a ser percorrido.

b) *Definição de um objetivo*: o desiderato de determinada gestão pública deve ser claro, factível e determinado. As metas que se pretende alcançar devem estar bem definidas desde o início do planejamento da gestão 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).

c) *Planejamento de ações para dar efetividade ao objetivo predeterminado*: trata-se da ideia de feixe de atos administrativos voltados ao atendimento de um determinado interesse público², 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 o caminho organizado para a realização concreta da gestão pública, como reflexos diretos no desenvolvimento intersubjetivo do homem. É no planejamento e aplicação do exercício administrativo – por meio da regulação estatal –, consubstanciada 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 a execução de um constitucional interesse público.

Sem cair em um discurso comum (que pode se tornar vazio, em razão da sua utilização sem critérios rígidos), tem-se como eixo central da adequada gestão pública a *dignidade da pessoa humana*, conforme proposta de conceituação jurídica de Ingo Wolfgang Sarlet: *“tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e*

*consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”*³.

Para tanto, a gestão estatal do ônus público precisa trazer benefícios concretos ao cidadão (ser humano inserido no Estado). Mas qual cidadão dever ser protegido? Conforme expressa a Constituição, tem prioridade máxima a criança e proteção especial o idoso, índio, mulher, trabalhador etc. Vale frisar que tal proteção, inclusive, deve ser estabelecida conforme a possibilidade e limites concretos para tal, tendo como norte sempre a viabilidade de proteção do maior número possível de cidadãos. Não existe outra razão para o Estado existir senão para trazer o bem para o homem que o criou. E esse bem é mensurado mediante o real desenvolvimento da qualidade de vida de cada pessoa partícipe deste Estado.

Assim, para uma adequada gestão pública, parte-se de diretrizes básicas de verificação de sua efetiva legalidade e conformação com

O cidadão que
concede força para
a administração
funcionar espera
nada menos
que qualidade
proporcional
ao empenho
concedido quando
financia o Estado

os valores do direito, notadamente dos deveres do Estado junto ao cidadão para concatenar o respectivo sistema jurídico com fito de, assim, alcançar a realização de tal atividade e o concreto desenvolvimento almejado. Deste modo, são diretrizes básicas para uma adequada gestão pública a verificação da eficácia, eficiência e efetividade do seu exercício:

a) *eficácia*: consubstancia-se em fazer o *correto*, ou seja, agir em conformação com o sistema legal e com os valores do direito estabelecidos;

b) *eficiência*: significa fazer bem, isto é, cumprir tarefas no menor tempo e com máxima qualidade possível e factível ao homem (sem cair no agir ótimo, que demanda permanente e integral perfeição da administração);

c) *efetividade*: que se resume na viabilidade administrativa das ações para trazer concretos resultados positivos para a vida do cidadão.

Como dito, essa sinérgica atuação precisa ter, necessariamente, a proteção e promoção do cidadão como a central de comando de uma boa gestão pública, possuindo como nuclear objetivo a melhoria da qualidade de vida dos administrados.

Ainda sobre o tema da ‘boa gestão pública’, vale enfatizar que tal rótulo é conferido principalmente aos órgãos e entes estatais que viabilizam o controle de suas atividades – sem medo, formalismos e desvios de condução do verdadeiro fim público. Então, por maior que se apresente a discricionariedade administrativa (por maior que seja a complexidade técnica do Executivo em alguns casos), por mais que critérios de conveniência e oportunidade de determinada gestão estejam nos limites da margem legal que a administração possui para gerir suas ações em prol da dignidade humana, é indispensável que esta atuação estatal venha acompanhada de meios objetivos que viabilizem o seu controle. Principalmente o controle social, pois possui o poder legítimo de torque do Estado onde se encontra (sem olvidar o autocontrole, o controle do Legislativo, do Tribunal de Contas, do Ministério Público, do Judiciário e o controle social).

III. Princípio da eficiência

O princípio da eficiência da administração pública está estampado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal como um dos limites do agir administrativo do Estado. A eficiência administrativa indica a atuação

estatal em conformidade com padrões de conduta preestabelecidos e conforme verificação de atendimento de tais requisitos de correção dos exercícios públicos, voltados ao atendimento de objetivos definidos como hábeis para a viabilização do sistema estatal.

Conforme Juarez Freitas: “torna-se conveniente frisar que tal princípio constitucional está a *vedar, terminantemente, todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou aquelas escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor*”⁴.

Vale destacar, por oportuno, que a busca da otimização é bem diferente do agir de forma ótima. Essa busca é própria do caminho de desenvolvimento humano, sempre trilhado enquanto se mantém viva sua existência. Assim, o agir eficiente se coaduna com a prática do empenho dos esforços para se alcançar o ótimo, que, por si, sempre será renovado em razão da sua vinculação com aquilo que se representa como o melhor para o homem, fato que demanda constante atualização, pois o melhor é um objetivo sempre a ser alcançado, em função do inescapável dever humano de atendimento do seu instinto de desenvolvimento.

Destarte, sob a perspectiva do princípio constitucional da eficiência da administração pública, não podemos esperar uma atuação perfeita desta, mas sim uma contínua busca de excelência em suas atividades. O cidadão que concede força para a administração funcionar espera nada menos que qualidade proporcional ao empenho concedido quando financia o Estado – pelos tributos – e quando trabalha para auxiliar no bom funcionamento da máquina pública. Desse modo, a *eficiência* é o bem agir para bem atender o cidadão, sem pretensões de perfeição, mas com objetivos claros de desenvolvimento e metas sólidas, responsáveis, sindicáveis e que oportunizem a participação de todos nesse *bem comum*.

IV. Princípio da administração ótima

A noção de administração pública *ótima* vem, de forma geral, da perspectiva econômica de se agir sem poder ter forma mais adequada possível do que tal ação, independente do critério subjetivo (participação humana), segundo padrões preestabelecidos para tal. Ao contrário do agir eficiente, o qual determina os melhores esforços para agir conforme padrões preestabelecidos, a administração *ótima* exige perfeição; a administração eficiente, esforços e resultados positivos.

Temos na administração *ótima* critérios que não se coadunam com a natureza humana falível. Vemos na eficiência um raciocínio que parte dessa possibilidade de falhas para assim definir possibilidade de resultados entendidos como adequados para o desenvolvimento da administração. Logo, a ideia estabelecida da administração ótima seria excelente, caso aplicada conforme valores sociais e subjetivos, fato que, no direito, certamente descaracterizaria a sua essência.

Isto porque a administração ótima parte claramente do instituto econômico da *otimalidade* de Pareto. Amartya Sen explica que '*Ótimo de Pareto*' é um conceito de economia desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto. Para o autor, uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico. Explica que numa estrutura ou modelo econômico podem coexistir diversos ótimos de Pareto. Um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável. Por exemplo, a concentração de rendimento ou recursos num único agente pode ser ótima no sentido de Pareto.

Segue sua lição dizendo que “a otimalidade de Pareto às vezes também é denominada ‘eficiência normativa’”. Segundo Amartya Sen, “considera-se que um determinado estado social atingiu um ótimo de Pareto se e somente se for impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa. Esse é um tipo muito limitado de êxito e, em si mesmo, pode não garantir grande coisa. Um Estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando no luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos”⁵.

Como visto, ainda conforme o autor, a otimalidade concerne exclusivamente à máxima aplicação de resultados no espaço das utilidades, deixando de lado as considerações distributivas relativas à utilidade. Porém, em outro aspecto é inadequado, uma vez que todo o enfoque da análise neste caso continua sendo a utilidade, e esse é um legado da tradição utilitarista anterior. Conclui que, obviamente, é possível introduzir outras considerações na avaliação do êxito das pessoas e, portanto, da sociedade. A *otimalidade de Pareto* capta os aspectos da eficiência apenas do cálculo baseado na utilidade⁶.

Como visto, a administração ótima – demonstrada pela *otimalidade de Pareto* –, vista apenas por esta ótica, torna-se vazia. Não presta para o alcance da resposta imposta pela Constituição.

Assim, mister se faz a produção de sua filtragem, por meios dos valores do direito⁷ – para que tenha serventia concreta para uma boa administração pública.

V. Considerações finais e conclusão

Conforme anunciamos, estas foram apenas breves reflexões que tiveram como desiderato a abertura de um debate (talvez) útil para a consideração real sobre *o que, como e qual* administração pública queremos ou esperamos para as nossa vida. Este foi o diálogo sugerido: *devemos apostar as fichas em uma administração pública ótima ou temos que ser atendidos por um Estado eficiente?* Vale lembrar, já que nos encontramos nas conclusões do raciocínio supra-aventado, que a ideia de administração ótima pode ser considerada, também, como uma versão retórica da eficiência administrativa. Mas não é essa linha a tratada neste texto. Senão vejamos:

a) A primeira conclusão é de que a administração pública atua conforme o que se espera da atuação humana, pois é por meio de homens que se exterioriza. Temos que parar com a ilusão de que Estado é simplesmente o ente imaginário que reveste as nossas esperanças e anseios de um futuro melhor e, assim, muitas vezes, ente que encobre as frustrações humanas da própria existência sem perfeição.

É preciso reconhecer que *uma razoável, proporcional e determinada margem de erro é normal, aceitável e necessária* para o desenvolvimento de qualquer sistema – inclusive o estatal (feito e aplicado por homens). Isto porque, a partir das falhas dos sistemas, observamos como *o melhor* pode ser idealizado e alcançado. Sem elas, ficamos na falsa impressão de que o limite da qualidade foi alcançado e nada mais pode ser feito; fato que provavelmente tirará a cobertura da autofrustração humana sobre sua imperfeição e, assim, cabalmente trará retrocesso no seu desenvolvimento. Tal situação certamente será insuportável ao homem e determinará a procura de novas falhas no mundo onde vive, justamente para viabilizar renovados espaços de atuação ainda melhores frente à situação anteriormente vivida. Em outras palavras, não é pecado aceitar o erro, ou melhor, a necessária margem de erro que viabiliza as manobras evolutivas do Estado, porque é deste modo que o sistema estatal recebe novos elementos viabilizadores de melhorias na prestação de atividades em prol do cidadão – mas é fundamental controlá-las e corrigi-las

prontamente, conforme valores republicanos e demais elementos constitucionais que conformam nosso Estado Democrático de Direito.

b) Concluimos, outrossim, que pregar a administração ótima é imaginar que um dia o sistema administrativo pátrio chegará ao ponto que não mais precisará de ajustes e atualizações – situação que desencadeará a ruptura desse próprio sistema intitulado como perfeito. Ou seja, a *administração ótima* é uma contradição de termos. Isto porque, a *administração*, como suprademonstrado, é organização para atingir determinados objetivos. ‘Ótima’ retrata a impossibilidade de representar algo melhor do que o definido como tal. Então, para *planejar, estabelecer e buscar* objetivos, temos que assumir, anteriormente, que existe *algo melhor a se alcançar*, constantemente – fato que afasta a afirmação definitiva da expressão *ótima*.

A otimalidade
concerne
exclusivamente à
máxima aplicação
de resultados
no espaço das
utilidades

Logo, estamos com aqueles que aceitam a *administração eficiente*, pois determina que o melhor sempre pode ser renovadamente alcançado em prol de um sistema administrativo em constante desenvolvimento.

c) Destarte, naturalmente concluimos que o Estado – na plenitude de suas possibilidades – deve observar qual é o melhor caminho para que o máximo dos valores fundamentais e sociais do homem possa ser atendido com o mínimo de impacto negativo do cidadão, de forma *eficiente, eficaz e efetiva*. Isto é, deve-se utilizar os instrumentos jurídicos existentes de proteção e promoção do homem de forma a atender ao primordial sentido da ordem estabelecida, qual seja, manter condições ambientais jurídicas para que o homem se *insira* no Estado; *trabalhe* para o progresso deste e para o seu desenvolvimento pessoal e intersubjetivo; *propulsione* a organização e a atuação estatal; e, assim, receba a *suficiente intervenção do Estado em sua vida – nem em demasia, tampouco insuficiente, mas a necessária para a sua promoção como personagem principal da república*.

A adequada informação e o máximo empenho administrativo de gerenciá-la com lealdade ao núcleo essencial da Constituição, de igual relevância, a atuação pública condicionada a exprimir permanentemente os valores fundamentais no cotidiano do cidadão, são fatores obrigatórios do bem agir do Estado. Nada mais importante do que bem manejar a ferramenta maior de elo entre o criador e

a criatura – entre o homem e o ente *Estado*, arquitetado para sua promoção qualitativa e quantitativa como ser humano que busca o breve e ininterrupto desenvolvimento – sem a ilusão do derradeiro alcance do *ótimo*.

Finalmente, impende lembrar a responsabilidade estatal de exercer a atividade administrativa voltada ao bem do homem para que, destarte, os valores conformadores da Constituição finalmente sejam sentidos e praticados do acordar ao dormir de cada partícipe da sociedade. Isso faz parte do constante esforço do homem para uma vida sempre melhor do que se vive. Do contrário, no agir *ótimo*, não podemos esperar, ou cobrar, qualquer benefício além do congelado na perfeição imprópria dos homens que sobrevivem, fundamentalmente, da *esperança do melhor, da certeza que podem alcançá-lo, mas na dúvida de quando realizá-lo*.

Notas

¹ 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 de propriedade sejam negociados a custo zero. Assim, na observação de transações econômicas, destaca-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 influem em maior ou menor grau nessas transações são elementos que conformam os *custos de transação*.

² Nesta linha, vide: COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr.-jun. 1998.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In *Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Org. Ingo W. Sarlet. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2005, p. 37.

⁴ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 75.

⁵ SEN, Amartya. *Sobre a ética e economia*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999, p. 47-48.

⁶ *Idem, ibidem*.

⁷ *Principalmente*: moral, justiça e liberdade.

A DESPROPORCIONALIDADE PROGRESSIVA DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ EM FACE DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E DO PROCESSO ELETRÔNICO

MAX PASKIN NETO*

Juiz Substituto do Estado do Paraná

MARIA DANIELLE ROSA PADILHA RIBEIRO*

Advogada

EXCERTOS

“O sistema da oralidade é, sem dúvida, um dos pilares do processo civil brasileiro, que possui como característica principal o predomínio da palavra falada sobre a escrita”

“A parametricidade constitucional para a afirmação de que o princípio do juiz natural é progressivamente inconstitucional afronta o princípio da democracia”

“A finalidade da identidade física do juiz é preservar a impressão pessoal do julgador que presidiu a audiência de instrução e julgamento”

“Não mais encontra fundamento constitucional democrático o princípio da identidade física do juiz no que se refere à vinculação do magistrado que presidiu a instrução ao julgamento da causa”

*** Outras qualificações dos autores**

Max: *Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – EMAP e Escola dos Servidores Judiciários do Estado do Paraná – ESEJE.*

Maria Danielle: *Bacharel em Direito pela Faculdade Maringá do Estado do Paraná. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil “Latu Sensu”, e Escola da Magistratura do Paraná.*

Objetivo

Após as recentes evoluções tecnológicas no meio forense, até que ponto ainda se justifica, à luz de uma análise teleológica, a existência do princípio da identidade física do juiz em sua vertente de vincular a pessoa física do magistrado que presidiu a instrução à prolação da sentença de mérito?

1. Introdução

Vale pontuar, desde logo, uma premissa juridicamente científica: a de que o poder decorrente da soberania estatal é um só. Este poder, que é a capacidade de fazer uso da violência legítima para impor vontade própria sobre vontade de terceiros, é dividido em três funções – executiva, legislativa e judiciária – constitucionalmente delineadas.

Estas, por sua vez, guardam o principal objetivo de facilitar a implementação eficaz das vontades constitucionais e, é claro, garantir a manutenção da ordem vigente, através de um eficaz sistema de autolimitação (freios e contrapesos) para conter o caminho natural de autodestruição que tende a percorrer o poder absoluto, como há muito nos ensinaram Jellinek, Maquiavel e Montesquieu.

Desta forma, é imperioso reconhecer que as funções executiva, legislativa e judiciária do poder caminham na mesma direção, pois guardam o mesmo desiderato de satisfazer ao máximo os objetivos constitucionais a elas impostos.

Ocorre que, conquanto caminhem rumo ao mesmo alvo, é igualmente preciso afirmar que não caminham diametralmente lado a lado. Cada qual traz seu ritmo, natural e inerente, à luz das atribuições típicas e atípicas de suas funções. Justamente em razão deste descompasso natural, acrescido do ritmo acelerado das evoluções sociais, é que as funções de poder se revezam no alcance formal de cada avanço social.

Nesse sentido, as funções do poder são *dialógicas*, comunicam-se e se entreolham umas as outras. Nessa vida dinâmica, quase orgânica, determinados movimentos podem causar alterações das mais variadas, tendo em vista o *ripple effect* ou efeito de consequentialidade próprio da mudança inicial operada.

Nesta seara é que se deve analisar até que ponto a evolução do processo para a sua forma eletrônica não operou efeitos de mutação constitucional e legal sobre o princípio da identidade física do juiz como corolário do princípio do juiz natural.

2. Sistema da oralidade como subprincípio da identidade física do juiz e sua mitigação em face do processo eletrônico

O sistema da oralidade é, sem dúvida, um dos pilares do processo civil brasileiro, que possui como característica principal o predomínio da palavra falada sobre a escrita, e se informa não só pelo princípio da oralidade mas também por outros subprincípios, destacando-se o da identidade física do juiz, com o escopo de fazer com que o mesmo magistrado que colheu a prova oral profira o julgamento, pois, em tese, reuniria melhores condições para fazê-lo, tendo em vista o seu contato direto com a prova.

Segundo lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “O subprincípio da identidade física do juiz consiste no dever que tem o magistrado que concluiu a audiência de instrução e julgamento de proferir a sentença de mérito no processo civil. O magistrado que iniciou a audiência e a suspendeu, para continuar em outra oportunidade, fica desobrigado de julgar a lide. A norma estipula a vinculação do juiz que concluiu a audiência, obrigando-o a julgar a lide. A incidência do princípio se dá pelo fato do juiz colher a prova oral em audiência. Caso não haja essa colheita de prova oral, não há a vinculação do juiz para proferir a sentença.”¹

O princípio da identidade física foi introduzido no Código de Processo Civil, em 1939, com a seguinte redação:

“Art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo.

O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício.

Parágrafo único. Si, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário” (grifos nossos).

Atualmente, encontra-se disciplinado no artigo 132 do Código de Processo Civil, da seguinte forma:

“Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará

os autos ao seu sucessor. (Redação dada pela Lei nº 8.637, de 1993) (grifos nossos).

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas (Incluído pela Lei nº 8.637, de 1993).”²

A finalidade da identidade física do juiz é, portanto, preservar a impressão pessoal do julgador que presidiu a audiência de instrução e julgamento com produção de prova oral à prolação da sentença. Isso se deve ao fato de que haveria impressões e conclusões a serem extraídas do depoimento oral que somente seriam plenamente perceptíveis pelo próprio magistrado que esteve pessoalmente na presença do depoente, sendo que tais noções escapariam à mera leitura da ata da audiência.

Vale dizer, para que a prova oral produzida em audiência tenha extraído o seu máximo potencial probatório, necessário se faz que o mesmo magistrado que a colheu também profira a sentença³.

Aqui, é oportuno mencionar que a vinculação do magistrado ao processo nasceu com contornos de relatividade, pois não ocorrerá caso se configure alguma das exceções previstas no dispositivo supracitado, quais sejam, *convocação, licença, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria*. Desta feita, fácil concluir que o princípio em si já foi concebido dentro de um quadro de relatividade.

Vislumbra-se da redação anterior do dispositivo em foco que a *vinculação do julgador, que se perpetuava inclusive na hipótese de promoção, passou a ter como marco, a partir de 1973, o início da audiência, obrigando o julgador a promover sua conclusão e proferir a decisão. Mais tarde, com a edição da Lei 8.637/93, o signo da identidade física do juiz passou a ser o chamado encerramento da audiência.*

3. Processo eletrônico e art. 132 do CPC

A Lei 11.419/06 dispõe sobre a informatização do processo judicial e altera o Código de Processo Civil, adaptando-o ao meio eletrônico nos dispositivos em que seu uso pode ser aplicado.

Impende frisar que a lei em comento trouxe grande avanço e buscou aprimorar a eficácia dos procedimentos judiciais, principalmente no que diz respeito à sua celeridade e à economia processual.

Sobre o tema faz-se oportuno trazer a lume estas considerações da obra do desembargador Elpídio Donizete, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais,

“Uma interpretação teleológica da Lei n. 11.419/2006 permite afirmar que se admite a prática de todos os atos processuais por meio eletrônico, o que engloba a própria transmissão e anexação aos autos virtuais (armazenamento), em qualquer modalidade de processo (civil, penal, trabalhista, eleitoral), em qualquer órgão do poder judiciário, qualquer que seja a atividade do Magistrado (cognitiva, executiva ou acautelatória) e qualquer que seja o procedimento adotado (ordinatório, sumário, especiais, ou o adotado pelos Juizados).”⁴

Analisando o artigo 132 do CPC à luz dos avanços tecnológicos, de plano, é possível realizar duas constatações objetivas:

A *primeira* é que o artigo 132 do CPC, desde seu nascimento legislativo, apresenta contornos de relatividade. Pode, então, ser lido de maneira a entendê-lo como uma sugestão cogente do legislador, nos casos em que sua realização for materialmente possível.

A *segunda* constatação é que a introdução legislativa do dispositivo é datada do ano de 1993, época em que a ideia de um processo eletrônico e uma audiência gravada em mídia eletrônica, com possibilidade de reprodução de voz e imagem, era futurista e materialmente inconcebível.

A previsão legislativa tinha por claro escopo colocar o magistrado julgador em contato com as ocorrências sensoriais da audiência e, portanto, além das meras impressões escritas do digitador do ato.

Desta forma, o magistrado poderia valorar não somente o conteúdo formal das expressões transcritas pelo intérprete, mas também as emoções envolvidas na fala, as expressões corporais do orador, os olhares, ou seja, as impressões que a mera palavra escrita não capta. Assim, enriquecia-se o juízo axiológico (valorativo) derramado sobre a prova. Garantia-se uma decisão mais justa sobre o objeto da causa.

O legislador da época mostrou-se cuidadoso com o critério de justiça que perseguia ao delinear a regra e, para a época, agiu com indubitável acerto. Todavia, como já dito alhures, à época o processo eletrônico era inconcebível na prática, não podendo o legislador do período projetá-lo e normatizá-lo.

Ocorre que a sociedade evoluiu e com ela os avanços tecnológicos em passos galopantes.

Entretanto, em face da complexidade da sociedade moderna comparada ao natural vagar do processo legislativo de elaboração de normas, com habitualidade ocorrem descompassos, deixando o ordenamento jurídico, globalmente concebido e vigente, em visível desarmonia e falho.

Daí a importância da aplicação das regras de hermenêutica integrativa e interpretativa da função judiciária do poder, que, enxergando as lacunas e contradições sistêmicas, tem por pulso vital harmonizá-las.

Como uma das formas de realizar esta tarefa podem-se adotar demasiados caminhos, sendo que, para os fins do presente pensar, limitar-nos-emos somente às que nos interessam diretamente. Portanto, deve ser perquirido a respeito da razão legitimadora da norma e se ainda persiste o pilar que a apoia, a razão teleológica da norma.

4. Aplicação da teoria da inconstitucionalidade progressiva e princípio do juiz natural

É denominada pelo Supremo Tribunal Federal como “norma ainda constitucional” ou, conforme a doutrina, “declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade” ou mesmo “inconstitucionalidade progressiva”; são situações constitucionais imperfeitas que se situam entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta, nas quais as circunstâncias fáticas vigentes naquele momento justificam a manutenção da norma dentro do ordenamento jurídico⁵.

Sobre o tema Marcelo Novelino Camargo⁶ didaticamente nos ensina:

“Trata-se de uma técnica de decisão judicial utilizada para a manutenção de uma determinada norma no ordenamento jurídico em razão das circunstâncias fáticas existentes naquele momento. São ‘situações constitucionais imperfeitas’ nas quais a norma se situa em um estágio intermediário entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade absoluta. Enquanto permanecer uma determinada situação, a lei deve ser considerada ainda constitucional, seja por razões de segurança jurídica, seja porque os prejuízos causados pela sua invalidação poderão ser maiores que os benefícios decorrentes de sua manutenção temporária. Na verdade, ocorre uma

modulação temporal dos efeitos da decisão, mas sem fixação do momento para o início da declaração de inconstitucionalidade.”

A parametricidade constitucional para a afirmação de que o princípio do juiz natural é progressivamente inconstitucional afronta o princípio da democracia.

Em qualquer Estado que se autoproclama *democrático de direito*, uma norma jurídica somente deve ser válida se puder ser justificada, ou seja, não basta que esteja revestida de legalidade formal, mas também deve haver uma causa legitimadora da norma à luz dos princípios constitucionais. Deve, portanto, passar pelo duplo crivo da legalidade e da legitimidade.

A legitimidade, por sua vez, também pressupõe a observância do princípio da proporcionalidade, no seu tríplice alcance de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*, na forma preconizada por Humberto Ávila.

No que se refere à análise do art. 132 do CPC ora questionado e do princípio da identidade física do juiz, devem ser formuladas as seguintes perguntas:

Primeira: o princípio da identidade física do juiz, na forma como preconizado no art. 132 do Código de Processo Civil, verifica-se adequado para atingir seus fins?

Evidentemente a resposta para essa pergunta é *sim*. Na medida em que garante ao juiz prolator da sentença contato mais próximo com a prova, prioriza um julgamento mais justo da causa.

A *segunda* pergunta deve ser: a norma é necessária?

A resposta para esta pergunta parece ser *depende*. Nas comarcas, varas e salas de audiência em que já tiver sido implantado o sistema eletrônico de gravação de voz e imagem, pensamos que não mais se justifica a necessária vinculação entre o magistrado que presidiu a audiência de colheita da prova à prolação da respectiva sentença. Isso porque, por meio do sistema eletrônico de captura de voz e imagem, permite-se a qualquer pessoa que assista ao disco compacto (CD) ter as mesmas impressões pessoais do interlocutor (receptor da mensagem), como se estivesse presente ao evento processual.

Já nas comarcas em que ainda não tiver sido implantado o sistema eletrônico, manter hígido o princípio da personalidade física do juiz por meio da vinculação do magistrado que presidiu a instrução à prolação da sentença parece ainda ser uma medida necessária.

Trata-se, portanto, de hipótese de aplicação analógica da teoria da inconstitucionalidade progressiva, que o Supremo Tribunal Federal

(STF) aplicou ao artigo 68 do Código de Processo Penal no julgamento do Recurso Extraordinário 135.328, legitimando o Ministério Público a promover a ação de reparação de danos de vítimas economicamente menos favorecidas até a implantação da instituição constitucional e relevante da Defensoria Pública nas respectivas localidades.

Pela mesma sistemática, na medida da implantação da audiência gravada em CD capturando imagem e som, sustentamos a tese de que não mais subsiste o fundamento justificador do princípio da identidade física do juiz.

Ressalto que a norma torna-se inconstitucional, pois violaria o próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que não mais se justificaria ou se legitimaria.

Deve ainda haver uma *terceira* e derradeira pergunta: a norma atinge seus fins com o menor esforço operacional possível ou existe meio mais eficaz?

Ao responder a esta pergunta, parece que nas salas de audiências nas quais exista o sistema de gravação de som e imagem, este sistema moderno se afiguraria mais adequado aos seus fins do que a vinculação pessoal do magistrado.

A vinculação do magistrado ao processo nasceu com contornos de relatividade

A modernização do sistema trouxe, sem prejuízo de outros, uma série de benefícios. Um primeiro (a) é permitir uma melhor revisão do julgado por meio do órgão revisor de jurisdição. Muitas vezes, a turma ou câmara ficava a ratificar o entendimento do juiz singular a respeito de um fato que envolvia a impressão pessoal do magistrado singular sobre a pessoa do orador, por não haver elementos suficientes para reabrir a instrução em segundo grau de jurisdição. Isso não é mais um problema, uma vez que desembargadores e ministros podem participar efetivamente da instrução ao simplesmente inserir o disco no leitor de mídia (computador).

Como o acórdão tem efeito substitutivo, inclusive em relação à sentença, podemos concluir neste ponto que o princípio da identidade física do juiz, se não relegado à total inutilidade prática, resta bastante mitigado.

Um segundo benefício da nova sistemática (b) é a de trazer maior segurança jurídica, tanto para pessoa a ser julgada, como para o magistrado prolator da sentença que em razão do volume excessivo de serviço, similaridade de casos, fator de esquecimento, muitas vezes

ao reaver a instrução em CD tem a impressão de estar assistindo pela primeira vez, novamente. O sistema, portanto, auxilia na realização material da justiça.

Há ainda um terceiro benefício, (c) o de permitir que outros magistrados que venham a incorporar a competência para o julgamento da causa em razão das próprias exceções do princípio da identidade física do juiz (aposentadoria, licença, promoção, férias, afastamentos etc.) possam ter a mesma solidez de convicção daquele magistrado que efetivamente presidiu a instrução, ao julgar a causa, sem necessidade de repetição do ato. Portanto, também em consonância com a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República).

Evidente que a nova sistemática das audiências, quase que integralmente implementada, ao menos no Estado do Paraná, tem por objetivo assegurar a amplitude de defesa, o devido processo legal e o contraditório da forma mais concreta possível. Igualmente certo é que atinge esses objetivos com muito mais eficácia do que o princípio da identidade física do juiz na forma em que consagrado pelo art. 132 do Código de Processo Civil (1993), motivo pelo qual este não mais se justifica, guardadas as ressalvas anteriores.

Conclusão

À luz de tudo que foi exposto, não mais encontra fundamento constitucional democrático o princípio da identidade física do juiz no que se refere à vinculação do magistrado que presidiu a instrução ao julgamento da causa.

Desde que gravado o ato de colheita de prova oral em mídia eletrônica de captura de voz e imagem, é desimportante a pessoa física do magistrado. O processo deve ficar desvinculado do magistrado que presidiu o ato e seu julgamento poderá ser realizado pelo magistrado no exercício da função no momento da conclusão dos autos para sentença.

Não mais se admite, à luz dos avanços tecnológicos implementados e especialmente à luz da moderna teoria das nulidades onde *‘pas de nullité sans grief’* (não há nulidade sem prejuízo), qualquer alegação de nulidade com base na violação da normativa principiológica da identidade física do juiz. Simplesmente, os avanços sociais superaram a utilidade normativa do princípio.

Notas

¹ NERY JUNIOR, NELSON. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 392.

² A nova redação dada pela Lei 8.637/93, de 31 de março de 1993. Esta era a antiga redação: “Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas”.

³ <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/o-principio-da-identidade-fisica-do-juiz-e-o-julgamento-dos-embargos-de-declaracao/#topo>. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume III, periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: www.redp.com.br – Acesso em 10.01.2012.

⁴ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 103.

⁵ <http://concursospublicoseoabprvc.blogspot.com/2011/03/da-inconstitucionalidade-progressiva-no.html> – Acesso em 10/01/2012.

⁶ NOVELINO, Marcelo. *Formas de declaração da inconstitucionalidade*. Material da 3ª aula da disciplina Direito Constitucional, ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* tele virtual em Direito Público – Anhanguera-Uniderp|Rede LFG.

OS CRÉDITOS TRABALHISTAS NA FALÊNCIA DO EMPREGADOR: PROCESSO DE EXECUÇÃO SINGULAR OU COLETIVO?

BENIGNO CAVALCANTE*

Mestre em Direito Civil e especialista em Direito Empresarial

RESUMO

Temos por objetivo analisar os efeitos jurídicos da sentença judicial declaratória da falência em relação aos credores trabalhistas do empregador falido, investigando-se quais os limites do privilégio creditício, estabelecidos pela norma falimentar em favor dos credores trabalhistas, e se existem hipóteses de escolha, desse credor, entre o processo de execução coletivo (falência) e a execução singular.

ABSTRACT

The current article aims to analyze the legal effects of a declaration of bankruptcy in relation to the employees as creditors of the declared bankrupt employer, investigating the limits of the credit privilege, established by law for the creditors, and if there are hypotheses of choice, of the employee as creditor, between the collective execution proceeding (bankruptcy) and the singular execution.

* Outras qualificações do autor

Professor de Direito Empresarial e Direito Civil na Faculdade Educacional de Medianeira – FACEMED-PR, e Direito Empresarial nos programas de Pós-graduação da Escola da Magistratura do Paraná e União Dinâmica de Faculdades Cataratas – UDC de Foz do Iguaçu. Orientador de Prática jurídica no curso de Direito da UNIFOZ. Autor dos livros: Evolução dos Direitos da Personalidade (2009), Locação Predial Urbana e Condomínio Edilício (2010) e Manual de Direito Empresarial (2010). E-mail: benigno.cavalcante@yahoo.com.br.

1. Introdução

O processo legislativo brasileiro, a par de sua complexa extensão, impõe ao intérprete jurídico árdua tarefa de aplicação do direito, segundo o sistema positivo vigente, sem descuidar-se da necessária sistematização como método de interpretação da norma jurídica.

Dentre tantas hipóteses normativas reguladas por diversos subsistemas jurídicos, destaca-se o processo de execução civil, cuja variedade de normas estabelecidas, segundo a conveniência do credor ou a legitimidade do devedor, sempre em nome do interesse público, demonstra, em certa medida, o descompasso na eficiência (não eficácia) das normas de caráter processual exequendas.

E este descompasso se revela na inserção, no direito processual civil, do processo de execução singular contra devedor solvente (art. 646 do Código de Processo Civil) ou contra o devedor insolvente (art. 748 do Código de Processo Civil). A Lei 5.689, de 11 de janeiro de 1973, revogou o Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939, substituindo uma norma processual que vigorou durante quase meio século. Entretanto, passados sete anos, promulga-se a Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, dispondo sobre a cobrança judicial da *dívida ativa* da Fazenda Pública, como a demonstrar a ineficiência do processo de execução singular.

De igual modo, o processo de falência, em vigor desde 1945, por meio do Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho, derogando o Código Comercial na parte referente às quebras, estabeleceu um processo de execução ainda mais rigoroso, destinado exclusivamente aos comerciantes.

Neste cenário legislativo, é promulgada, então, a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio da Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, estabelecendo regras de proteção ao contrato de trabalho, e, para a efetividade deste direito, insere-se o art. 889, emprestando, ao processo de execução da sentença trabalhista, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal¹.

Este emaranhado legislativo, como seria de esperar, provocou, no dizer de Arruda Alvim², a evolução do direito processual, exigindo, nos dias atuais, profundas modificações. Neste processo evolutivo legislativo, encontra-se a Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que dispõe sobre a falência e a recuperação da empresa, a qual estabelece uma limitação aos privilégios dos credores trabalhistas do falido.

Paralelamente, mantém-se a especialidade dos créditos da fazenda pública, que não se sujeita ao processo falimentar, mantendo-se, igualmente inalterada a Consolidação das Leis do Trabalho, notadamente quanto ao rito processual da execução dos julgados trabalhistas, que vincula, subsidiariamente, as mesmas normas aplicáveis aos processos de execução fiscal.

Nesta perspectiva, podem os credores trabalhistas do empregador falido optar pelo processo de execução fiscal ignorando o direito concursal? Assim posta a questão, passemos à análise sistêmica dos dispositivos legais aplicáveis.

2. Objeto do processo falimentar

O processo falimentar, desde o advento da Lei Federal 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, seguindo uma tendência jurisprudencial, não se presta à execução de obrigação líquida representada por título executivo. Por outras palavras, não se pode valer o credor do procedimento falimentar para compelir o devedor a pagar sua obrigação.

Com efeito, dispõe o art. 75 da Lei 11.101/05 que “a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa”. Portanto, o objetivo do processo falimentar não é o de promover a execução dos bens do falido para atender aos interesses do credor, mas otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, visando, ainda, cumprir a função social e econômica da empresa.

Certamente o propósito da liquidação do ativo do devedor falido, para satisfazer, tanto quanto possível, os direitos dos credores, não foi afastado. Representa assim, no dizer de Luiz Tzirulnik³, a garantia dos credores congregados. José Candido Sampaio de Lacerda⁴, citando Bonelli, registra ser a falência uma organização legal e processual de defesa coletiva dos credores em face da insolvência do devedor.

Entretanto, com a nova redação legal da falência, já não nos parece incondicionalmente aceitável o clássico conceito de que a falência é um processo de execução coletiva contra devedor empresário ou sociedade empresária insolventes⁵.

Os créditos trabalhistas encontram-se amparados privilegiadamente, tanto no sistema falimentar anterior quanto no atual. Todavia, no modelo atual do processo falimentar, os direitos trabalhistas são limitados a

cento e cinquenta salários mínimos, por credor, para efeitos do privilégio concursal, transferindo-se o saldo restante para a classe dos credores quirografários.

Seja como for, os credores trabalhistas, do empregador falido, têm privilégio sobre todos os demais credores, inclusive os credores extraconcursais. Mesmo assim, é o princípio *par conditio creditorum* que preside os direitos dos credores do falido, no juízo concursal, visando instituir a igualdade no rateio do ativo do falido.

3. Classificação dos créditos trabalhistas na falência

A verificação dos créditos, no processo falimentar, consiste em procedimento incidental de aferição da veracidade e legitimidade dos créditos apresentados ao juízo da falência e submetidos a homologação. Desta verificação resulta a classificação dos créditos, necessária, segundo José da Silva Pacheco⁶, para se preservar o princípio *par conditio creditorum*, segundo o qual a todos os credores do falido deve ser assegurada igualdade de condições no concurso patrimonial da massa.

Não obstante, como ressalva Sampaio Lacerda⁷, esta igualdade não deve ser considerada de modo absoluto, posto que diversas são as classes de credores e é em cada uma dessas classes que se observa a igualdade entre os credores do falido.

Nesta classificação, os credores trabalhistas se apresentam com absoluta precedência sobre os demais credores, pois, na justificativa esposada por Silva Pacheco, *“a empresa é fruto do capital e trabalho; se ela cai, a este cabe a participação prioritária no produto da massa a que se reduz a empresa”*.

Não estão sujeitos a este privilégio os créditos trabalhistas originados da relação laboral com a massa falida, isto é, após a declaração judicial da falência do empregador, tendo a massa continuado no exercício da empresa.

O privilégio dos créditos trabalhistas, no processo falimentar, resulta de comando normativo contido no art. 449 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual *“os direitos oriundos da existência do contrato de trabalho subsistirão em caso de falência, concordata ou dissolução da empresa”*. Acrescentava o § 1º do art. 449 da CLT constituir-se crédito privilegiado a totalidade dos salários devidos ao empregado e um terço das indenizações a que tiver direito, constituindo-se crédito quirografário os dois terços restantes. A Lei

6.449, de 14 de outubro de 1977, alterou este dispositivo estatuinto que a totalidade de salários e a totalidade das indenizações a que tiver direito o empregado constituirão crédito privilegiado.

Esta disposição normativa, no entanto, encontra-se em dissonância com a Lei 11.101/05, cujo art. 83, inciso I, limita o privilégio dos créditos derivados da legislação do trabalho a cento e cinquenta salários-mínimos por credor, e aos decorrentes de acidentes de trabalho.

A habilitação do crédito trabalhista pressupõe a existência de título executivo judicial gerado pelo juízo do trabalho. E para se tornar efetiva a prestação jurisdicional no juízo falimentar, pode o credor trabalhista requerer a reserva da importância que estimar devida na recuperação judicial ou na falência, e, uma vez reconhecido líquido o direito, será o crédito incluído na classe própria⁸.

Isto é assim, no dizer de José Augusto Rodrigues Pinto⁹, porque o salário é compreendido, pelo legislador, com o caráter alimentar, regra geral que reveste os recursos de subsistência do trabalhador. Mas o art. 6º da Lei 11.101/05 dispõe que a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Este comando normativo da lei de falências é combatido por Sergio Pinto Martins¹⁰, pois violaria o princípio constitucional da universalidade jurisdicional ao suspender o trabalhador de exercer seu direito de ação em face do empregador enquanto pendente o processo falimentar. Todavia, não há vedação ao direito do credor trabalhista de promover a ação, mas sim a universalização da competência jurisdicional do juízo da falência para conhecer esta ação.

Entendemos que não poderia ser diversa a orientação legal, posto que inviabilizaria o princípio da indivisibilidade¹¹ do juízo da falência, consoante o art. 76 da Lei 11.101/05. Ademais, conforme dispõe o § 1º do art. 76 da Lei Falimentar, terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

4. Processo de execução trabalhista

No universo litúrgico do direito, executar significa cumprir uma determinada obrigação, qualquer que seja sua fonte (vontade, lei ou a sentença judicial), voluntária ou forçadamente.

Se voluntariamente cumprir o devedor sua obrigação, está-se diante do pagamento. Em sentido oposto, isto é, estando em mora o devedor ou se opondo, injustificadamente, ao cumprimento da obrigação, ao credor não restará alternativa senão buscar, na tutela jurisdicional, a execução forçada.

É nesta segunda hipótese que se examina a execução dos créditos trabalhistas, isto é, no plano processual. Nesta perspectiva, tanto o processo falimentar como também o processo trabalhista, em que pese estarem alicerçados, subsidiariamente, no Código de Processo Civil, contemplam regras processuais próprias.

Historicamente, assinala José Augusto Rodrigues Pinto¹², os primeiros órgãos criados no Brasil para dirimir os conflitos do trabalho, individuais e coletivos, não se vinculavam à função jurisdicional propriamente dita, mas à esfera administrativa e, por esta razão, afastados das regras de direito processual comum. Consequentemente, faltava a estes órgãos de solução dos conflitos, em matéria de direito do trabalho, o necessário poder de *imperium*, conforme assinalou Wilson de Souza Campos Batalha¹³.

Antonio Ferreira Cesarino Junior¹⁴ informa que a gênese da justiça do trabalho, no Brasil, está na Lei Paulista 1.869, de 10 de outubro de 1922, regulamentada pelo Decreto 3.548, de 12 de dezembro de 1922, que atribuiu aos Tribunais Rurais, compostos pelo juiz de direito da comarca e mais dois outros membros brasileiros natos, ou naturalizados, indicados livremente pelas partes, a competência para julgar as questões decorrentes da interpretação e execução dos contratos de locação de serviços agrícolas. A revolução constitucionalista de 1930 alavancou a estruturação da Justiça do Trabalho, instituída pelo art. 139 da Constituição Federal outorgada em 1937, nesses termos:

“Art. 139 – Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.”

A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.”

Assim, afasta-se a função jurisdicional do trabalho das normas de organização judiciária comum e suas normas somente se alteram por força de lei federal. Consequentemente, afasta-se também das regras comuns do processo de execução das obrigações de natureza trabalhista.

4.1. Posição jurisprudencial sobre a competência jurisdicional para a execução trabalhista

No sistema falimentar anterior, a execução dos créditos trabalhistas, quando o empregador se encontrasse em concordata, não alterava a competência do juízo do trabalho, como já era pacífico o entendimento jurisprudencial, consolidado na Súmula 227 do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo que a concordata não impedia a execução dos créditos trabalhistas perante o juízo do trabalho¹⁵.

É que, na vigência do Decreto-Lei 7.661, de 21 de junho de 1945, o instituto da concordata sujeitava, tão somente, os credores quirografários, excluindo-se, portanto os credores com garantias reais, os créditos tributários e os créditos trabalhistas.

Todavia, no processo falimentar, todos os credores civis e comerciais sujeitavam-se aos efeitos da sentença declaratória da falência. Na interpretação do art. 23 da lei falimentar de 1945, excluía-se os créditos fiscais, restando a incerteza quanto aos créditos trabalhistas, pois divergiam os doutrinadores acerca de sua natureza jurídica.

O Tribunal Superior do Trabalho, em voto do ministro Orlando Teixeira Leite¹⁶, consignou o seguinte entendimento:

“A controvérsia é relativamente nova, mas já se encontra registrada na doutrina e em alguns poucos julgados. Ninguém ignora que, em princípio, é no juízo da falência que devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais, civis ou especificamente trabalhistas, alegando e provando seus direitos. Ocorre que essa regra, contida no art. 23 da Lei de Falências, possui exceções e uma delas refere-se às ações e execuções trabalhistas iniciadas antes da falência. Quem a registra é o art. 24, § 2º, item I, dessa mesma lei.”

Com feito, assim dispunha o art. 24, § 2º, item I, do Decreto-Lei 7.661/45:

“Art. 24. As ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento.

(...)

§ 2º Não se compreendem nas disposições deste artigo, e terão prosseguimento com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado:

I – os credores por títulos não sujeitos a rateio”.

Por fim, a ementa dos autos de conflito de jurisdição da relatoria do ministro Cunha Melo, em 1962, sintetiza o pensamento jurisprudencial da época, consagrando o entendimento de que, na reclamação trabalhista, a liquidação de sentença processa-se na Justiça do Trabalho, muito embora haja sido decretada a falência do empregador. Crédito de empregado, por salários, já havido como certo, incontestável, por decisão transitada em julgado, não está sujeito a concurso de credores nem a habilitação em falência ou concordata¹⁷.

A isenção dos créditos trabalhistas do processo de verificação de crédito, na falência do empregador, encontrava embasamento no § 1º do art. 449 da CLT, art. 1º da Lei 4.389, de 18 de novembro de 1965, Decreto-Lei 192, de 24 de fevereiro de 1967, e art. 186 do Código Tributário Nacional. Entretanto, era no art. 889 da Consolidação das Leis do Trabalho, fazendo remissão ao processo de execução fiscal, que se encontrava o maior fundamento para excluir os créditos trabalhistas do rateio no processo falimentar.

4.1.1. Aplicação subsidiária da Lei 6.830/80

Dispõe o art. 889 da Consolidação das Leis do Trabalho que “aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”. Reconhece-se, assim, a aplicação subsidiária da Lei 6.830/80, que rege as execuções fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa.

O crédito fiscal, assim como o crédito trabalhista, se reveste de caráter especialíssimo, o primeiro por expressa disposição do art. 187 do Código Tributário Nacional e o segundo pelo caráter alimentar do salário. Nesta perspectiva, se é o processo fiscal, para cobrança judicial da dívida ativa, que se aplica subsidiariamente ao processo de execução trabalhista, logo, os créditos de natureza trabalhista não se sujeitam ao rateio no processo falimentar.

É o que preceitua o art. 5º da Lei 6.830/80: *“A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário”*.

No mesmo sentido dispõe o art. 29, segundo o qual *“a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento”*.

A exegese destes dispositivos normativos da Lei 6.830/80 indica a aplicação subsidiária na execução trabalhista, por força do art. 889 da Consolidação das Leis do Trabalho, conduzindo ao entendimento de que fica excluído qualquer juízo especial para processar a execução trabalhista.

Este entendimento, no entanto, viola o princípio *par conditio creditorum*, que preside os direitos dos credores do falido e torna inócua a classificação dos créditos, ainda que se considere o privilégio da precedência dos créditos trabalhistas sobre os demais credores. Não obstante, este era o fundamento dominante na jurisprudência¹⁸ trabalhista, segundo o qual o crédito trabalhista não se subordina ao rateio com concorrentes de menor preferência, mas o rateio se impõe entre empregados diversos, pois na execução fiscal o credor é único, enquanto na trabalhista, podem ser muitos os credores e, para que não haja prejuízo a qualquer deles, lança-se mão do juízo universal¹⁹.

5. Liberdade de escolha do processo de execução

No sistema do direto falimentar anterior, como se viu, ao credor trabalhista era facultada a escolha do processo de execução de seus créditos, em razão da exegese do art. 24 do Decreto-Lei 7.661/45. Aliás, não só o credor trabalhista, mas também o credor civil e comercial, que não preferissem participar do concurso de credores, poderiam optar pela suspensão da execução singular e retomá-la após a sentença de encerramento da falência. A distinção, porém, estava na possibilidade de continuidade da execução singular perante o juízo trabalhista.

Observe que este critério torna inútil a classificação dos credores no processo falimentar, incluindo-se como privilegiados os créditos trabalhistas. Por outro lado, o mesmo se verifica em relação aos créditos fiscais.

Todavia, com o advento da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, dispondo no art. 6º, § 7º, que se excluem do rateio as execuções de natureza fiscal, entende-se fixada a competência do juízo falimentar para execução do crédito trabalhista.

O Supremo Tribunal Federal mudou a orientação jurisprudencial com relação ao tema. No Recurso Extraordinário RE 583955 do Rio de Janeiro, julgado em 28 de maio de 2009, por maioria de votos, deliberou-se que é competente a justiça estadual para processar a execução de créditos trabalhistas em face de empregador e recuperação judicial, observando-se o que dispõe o art. 114 da Constituição Federal²⁰.

Mesmo entendimento foi esposado pela ministra Ellen Gracie²¹ nos autos de suscitação de conflito de competência, nos seguintes termos:

“Quanto ao mérito, tenho por competente o Juízo suscitante, uma vez que, a natureza privilegiada do crédito trabalhista, conferida por força de lei, somente pode ser concebida no próprio âmbito do concurso dos credores habilitados na falência. O processo falimentar é uma execução coletiva, abarcando, inclusive, credores de mesma hierarquia, que não podem ser preteridos, uns pelos outros, pelo exaurimento do patrimônio da massa falida nas execuções individuais, impedindo-se, assim, o justo rateio entre seus pares, na execução falimentar. Conflito conhecido para declarar a competência do suscitante, o Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Americana – SP.”

Por fim, a própria Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 768, determina a prioridade, sobre todas as fases do processo, do dissídio que houver de ser executado perante o juízo da falência. Reconhece-se, assim, que os créditos trabalhistas devem ser executados no juízo da falência, quando falido o empregador, e não no juízo do trabalho.

6. Considerações finais

Os direitos trabalhistas, conquanto tenham assegurado o privilégio na eventual concorrência com outros créditos, se sujeitam à regra do concurso de credores quando declarada a falência do empregador.

Por outro lado, o direito processual do trabalho é peculiar aos interesses laborais, notadamente quanto ao processo de execução dos julgados trabalhistas, aplicando-se, subsidiariamente, a Lei 6.830/80, que visa à cobrança das dívidas ativas.

Esta aplicação subsidiária da execução fiscal, cujo comando normativo exclui expressamente os créditos fiscais de qualquer juízo concursal, leva à exegese de que os créditos trabalhistas também se excluem do rateio no juízo falencial. Tal interpretação decorre da redação do art. 24 do Decreto-Lei 7.661/45, que permitia aos credores do falido optar pela suspensão da execução singular e sua continuidade após o encerramento da falência, sem se sujeitar ao processo de rateio e concorrência com outros credores.

Nem mesmo o caráter alimentar da obrigação trabalhista, equiparando-se ao caráter fiscal das obrigações tributárias, confere a

mesma especialidade capaz de justificar o deslocamento da jurisdição falimentar para a jurisdição trabalhista.

O Supremo Tribunal Federal, ainda na vigência da lei falimentar anterior, já se mostrava dividido quanto ao tema. Porém, parece-nos que não mais existe razão para a dualidade de interpretação da competência para a execução dos créditos trabalhistas, visto que a Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, no art. 6º, § 7º, exclui do rateio tão somente as execuções de natureza fiscal, reconhecendo-se, assim, a competência do juízo falimentar para a execução dos créditos trabalhistas.

Este entendimento não só consagra o princípio da igualdade de condições de concurso entre os credores do falido, no juízo falimentar, como evita que se torne letra morta a disposição legal que limita o privilégio dos credores trabalhistas a cento e cinquenta salários mínimos por credor. Além disso, entre os credores de uma mesma classe, mesmo que se trate de credores trabalhistas, não só é possível o rateio e o concurso, como é absolutamente indispensável para assegurar a igualdade entre eles.

Observe-se que a especialidade que reveste os créditos fiscais e os trabalhistas é de natureza processual, em razão do caráter alimentar das verbas salariais, mas os distingue na medida em que o credor fiscal é solitário, enquanto o credor trabalhista nem sempre o é.

Mantendo-se a competência do juízo da falência para executar os créditos trabalhistas, estar-se-á emprestando à Lei 11.101/05 interpretação harmoniosa e sistêmica com o art. 768 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Notas

¹ Consolidação das Leis do Trabalho – Art. 889 “Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”.

² ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2, p. 76.

³ TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 32.

⁴ LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 12. ed. rev. e atual. por Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, p. 17.

⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17.

⁶ PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências; doutrina prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 467.

⁷ LACERDA, José Candido Sampaio de. *Op. cit.*, p. 189.

⁸ Lei 11.101 de 09.02.2005 – Art. 6º § 3º.

⁹ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução trabalhista*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1998, p. 60.

¹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho – doutrina e prática forense*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 677.

¹¹ Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

¹² PINTO, José Augusto Rodrigues. *Op. cit.*, p. 32.

¹³ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 1977, p. 171.

¹⁴ CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. *Direito social*. São Paulo: LTr, 1980, p. 583.

¹⁵ Súmula 227 do STF: “A CONCORDATA DO EMPREGADOR NÃO IMPEDE A EXECUÇÃO DE CRÉDITO NEM A RECLAMAÇÃO DE EMPREGADO NA JUSTIÇA DO TRABALHO.”

¹⁶ Apud PINTO, José Augusto Rodrigues. *Op. cit.*, p. 61.

¹⁷ ADJ data 29-11-1962 pp-00789 ement vol-00520-01 pp-00025 RTJ vol-00024-01 pp-00013.

¹⁸ TRT-DF, AP 294/89, Ac. 1. T.

¹⁹ CARRION, Valentin. *Nova jurisprudência em direito do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 210.

²⁰ RE 583955 / RJ – RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 28/05/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

²¹ DJ 23-08-2002 PP-00070 EMENT VOL-02079-01 PP-00122.

Referências

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de falência e recuperação de empresa*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 1977.

CARRION, Valentin. *Nova jurisprudência em direito do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

LACERDA, José Candido Sampaio de. *Manual de direito falimentar*. 12. ed. rev. e atual. por Jorge de Miranda Magalhães. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho – doutrina e prática forense*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PACHECO, José da Silva. *Processo de falência e concordata: comentários à lei de falências; doutrina prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução trabalhista*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1998.

TZIRULNIK, Luiz. *Direito falimentar*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DOS AVANÇOS AOS LIMITES NECESSÁRIOS E A PROTEÇÃO À INTIMIDADE NOS AMBIENTES VIRTUAIS

RENATA CARVALHO KOBUS*

Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná

DANIEL SIQUEIRA BORDA*

Pós-graduando pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

RESUMO

O presente texto versa sobre os impactos decorrentes da internet em relação aos direitos à integridade moral. Analisam-se os limites do direito à informação em confronto com os direitos da intimidade, assim como a solução mais equitativa a ser aplicada. Além disso, observa-se a relevância das questões econômicas em face da efetividade de certos direitos supostamente garantidos pela Constituição Federal.

ABSTRACT

This article is about the impact of internet and other means of communication in regards to the right to privacy. It will be studied the limit of the right to be informed and the privacy rights, and the best solution to be applied. Adding to that, we shall observe the relevant economic problems in face of the effectiveness of human rights.

*** Outras qualificações dos autores**

Renata: Pós-graduanda pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Advogada da Coelho & Gonçalves Advogados Associados.

Daniel: Advogado da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini.

1. Solução acerca dos princípios conflitantes e das antinomias existentes no ordenamento jurídico

A interpretação das regras se faz por intermédio da análise de elementos gramaticais, sistemáticos, históricos e teleológicos. Existindo divergentes regras para solucionar um mesmo conflito, este se saneia com a aplicação de uma regra e a exclusão de outras.

Demonstra-se impossível a utilização conjunta de regras conflitantes para uma mesma situação. Sempre que duas regras entrarem em contradição, uma delas não será validada, restará inaplicável.

Com a Constituição de 1988, o direito deixou de ser concebido como um sistema unicamente de regras, passando a ser visto também como um “sistema de princípios”, pois está rodeado por valores e garantias principiológicas¹.

A materialização do direito não se concretiza unicamente com a aplicação de certa regra ou princípio. O que se aplica é o *direito* em sua integralidade, e não normas jurídicas isoladas. A invocação reduzida do direito não consegue corresponder aos anseios sociais, tornando-se ineficaz.

Os princípios possuem dentre seus objetivos atribuir valores ao ordenamento jurídico, vislumbrando, de tal forma, a aplicação mais justa possível das normas. Porém, em diversos casos, o gestor da lei se encontra diante de barreiras que dificultam o esclarecimento da decisão mais equitativa a ser determinada. Diante destas circunstâncias, o jurista deve abandonar plenamente a função de “boca da lei” e passar a analisar os casos mediante uma visão holística.

A partir desta visão holística, analisada por Fritjof Capra², o direito passa a ter uma ligação realista com a sociedade. Regras já esquecidas pelos usos e costumes se tornam irrelevantes. Não há sentido em ter a evolução da sociedade humana desacompanhada da mutação de suas leis. A aplicação das leis em desconformidade com as mudanças na sociedade seria um impeditivo às novas conquistas tecnológicas e sociais. Com a ascensão dos princípios o direito conquistou tanto eficácia quanto a sua positivação direta e imediata.

Tendo em vista a complexidade para a modificação do ordenamento jurídico, cabe aos princípios garantir a interpretação mais adequada da lei. O procedimento para a concretização desta afirmação se faz mediante a ponderação de valores. Havendo conflito

entre princípios, deve-se realizar uma análise minuciosa de cada caso, almejando a primazia daquele que se enquadra mais perfeitamente à situação em pauta.

O emprego de um princípio que se encontra em conflito com outro não faz deste último um princípio descartável, não haverá exclusão total de um princípio para a aplicação de outro. O que ocorre é que, a depender do caso em voga, é possível a validação de princípios que, entre si, possuem ideais distintos. Nestas hipóteses ocorre a prevalência do princípio que se enquadra mais perfeitamente ao caso concreto, pelo fato de satisfazer em maior grau o conflito de interesses levado a juízo³.

No equacionamento de problemas sociais, soluções fundamentadas deverão surgir, independentemente da complexidade da lide, sempre considerando – *prima facie* – os direitos e garantias constitucionais e a resultante valorização do bem comum.

Após a primeira guerra mundial, ficou visível que não seria possível obter a felicidade humana por meio do progresso tecnológico, mas sim a maturação psicológica das pessoas resulta numa ampliação das capacidades mais especificamente humanas, como a fraternidade e o altruísmo.

A crise de percepção abordada por Capra⁴ é a crise resultante do individualismo. No momento em que os conceitos e valores são atingidos pelo racionalismo científico, parece haver uma liberação coletiva de pensamentos agindo contra o bem-estar comum.

Capra⁵ declara que a sobrevivência humana somente será possível se formos capazes de mudar radicalmente os métodos e os valores subjacentes à nossa cultura individualista e materialista.

O paradigma sistêmico obtém como princípio o alcance pelo conjunto, pelo todo, o qual é constituído por características próprias e independentes dos seus elementos constituintes. Este é um modelo holístico no qual prevalece a completude do sistema e não a análise separada de seus componentes.

2. Aspectos gerais dos direitos personalíssimos à integridade moral garantidos pela Constituição Federal

Os direitos da personalidade são garantidos a todos os indivíduos, independente de cor, raça, estado social ou padrão econômico, desde o momento de seu nascimento.

Com fulcro no princípio da igualdade, todas as pessoas nascem titulares de direitos personalíssimos, não sendo necessária a prática de qualquer ato de aquisição, basta unicamente o nascimento com vida⁶. Os direitos são explicitamente reconhecidos pelo texto constitucional⁷ e são garantidos tanto em face da coletividade e dos indivíduos, quanto em face do Estado Democrático de Direito.

Pode-se mencionar que os direitos personalíssimos se dividem em dois grandes grupos: direitos à *integridade física* e direitos à *integridade moral*. Estudar-se-á no presente trabalho o segundo grupo, o qual é constituído pelo direito à honra, à vida privada, à intimidade, à liberdade, dentre outros que possuem valores nesta mesma corrente.

Em linhas gerais, o direito à honra está profundamente relacionado ao direito da dignidade da pessoa humana, pois vislumbra garantir a reputação do indivíduo perante a coletividade e ao Estado, protegendo, de tal maneira, a integralidade de sua dignidade pessoal.

Ressalta-se que este não é um direito absoluto, tendo em vista certas exceções à sua aplicabilidade, a saber: se o fato imputado ao indivíduo é verdadeiro ou repercute no interesse público. Tais exceções possuem restrições, a depender do caso concreto. Diversas são as divergências acerca do assunto em decorrência do subjetivismo que engloba o direito à honra.

Em relação ao direito à privacidade, sua principal função é impossibilitar que a curiosidade alheia adentre na vida particular dos indivíduos. Por óbvio, esta privacidade tem graus de intensidade distintos a depender das situações a serem analisadas.

Por exemplo, a doutrina e a jurisprudência⁸ possuem entendimento singular no que diz respeito à exclusão do direito à privacidade em relação às personalidades públicas. Tal entendimento se deve ao fato do trabalho destas pessoas necessitar de sua exposição ao público. Outra exceção ao direito à vida privada é quando o caso já está sob o domínio público (a falta de sigilo acarreta a perda do objeto do princípio tutelado).

O direito à imagem possui como escopo a proteção de traços que permitam o reconhecimento da pessoa, caso não haja autorização

A maturação
psicológica
das pessoas
resulta numa
ampliação das
capacidades mais
especificamente
humanas, como a
fraternidade e o
altruísmo

do titular (em regra). A este direito cabem as exceções mencionadas anteriormente.

Atualmente, a exacerbada influência do capitalismo e a alteração no comportamento social fazem com que os valores morais sejam negligenciados, acarretando, deste modo, a não aplicabilidade das garantias constitucionais. São vários os casos em que os interesses políticos e econômicos se sobrepõem em face dos valores principiológicos. Como salienta José Afonso da Silva:

“O intenso desenvolvimento da complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com a sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendam a vida dos indivíduos, sem a sua autorização e até sem o seu conhecimento.”⁹

Para que novas evoluções em nossa sociedade venham a ocorrer, a quebra de paradigmas se apresenta como elemento fundamental. Thomas Kuhn afirma que é somente através das revoluções científicas que os paradigmas serão quebrados¹⁰. Porém, estariam as novas revoluções respeitando os valores principiológicos? Eis um assunto a ser abordado no decorrer deste artigo.

3. A tutela do direito à liberdade de informação e à liberdade de manifestação do pensamento

Uma das primeiras legislações a recepcionar o direito de informação foi a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, da ONU, em seu artigo 19, que dispõe: *“Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por qualquer meio e independentemente de fronteiras”*.

O Estado Liberal, através de seus ideais pluralistas e partidários, assegura a todos a livre informação, objetivando, de tal forma, o enriquecimento do conhecimento e da cultura de seus cidadãos¹¹. O resultado ideal conquistado mediante o direito da informação é uma sociedade participativa nas questões políticas e sociais, e o

consequente desenvolvimento tecnológico, econômico e cultural proveniente de tal conhecimento.

Além disso, a livre informação aperfeiçoa o sistema democrático ao deixar em evidência o direito à liberdade. O indivíduo possui o livre arbítrio em relação à informação a ser transmitida, o meio a ser utilizado e o momento oportuno.

Por óbvio, caso esta informação venha a desrespeitar os demais direitos fundamentais, como por exemplo, denegrir a imagem de pessoa idônea, o noticiante poderá ser responsabilizado pelos danos morais ou materiais (esfera cível) e até mesmo ser penalizado.

O receptor da informação não pode ser considerado sujeito passivo, aquele que apenas absorve as informações. Ele é também sujeito ativo, por ser titular do direito de receber as informações e de estar bem informado a respeito dos acontecimentos e fatos que transitam na sociedade¹².

Almeja-se que os indivíduos não fiquem restritos a uma única vertente política. Pretende-se que os indivíduos tenham acesso às visões distintas para, assim, não se pautarem em uma única perspectiva e serem dominados por aquilo que talvez não corresponda à realidade.

Neste processo de receber e repassar informações, a imprensa é fundamental para o pluralismo de ideias, assim como a informática. Porém, estariam eles cumprindo adequadamente suas funções? Infelizmente, o sistema capitalista e a sua consequente pressão econômica, bem como o abandono alienado da população aos seus direitos básicos, como a própria privacidade, dominam praticamente a integralidade dos meios de comunicação.

Os interesses políticos e a busca pelo enriquecimento prevalecem sobre a transmissão da informação verdadeira. As notícias são manipuladas, sendo repassadas à sociedade somente as informações condizentes aos ideais dos emissores das comunicações. Como exemplo, pode-se mencionar os órgãos de comunicação que exercem proteção a certos candidatos a cargos políticos, enquanto apenas denigrem ou omitem a imagem dos demais, bem como a exposição exagerada e infundada de pessoas consideradas públicas em seus momentos de intimidade.

Outro ponto lamentável acerca da transmissão das informações é o nível intelectual e cultural mostrado pelas emissoras de televisão, rádio, internet, entre outros. Estabelece o artigo 221 da Constituição Federal que “a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (...) IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Os indivíduos (de forma genérica), prejudicados por uma sociedade que há muito tempo deixou de dar ênfase à informação verdadeira, estão habituados a assistir programas que nada acrescentam em termos culturais, ao contrário, em muitas ocasiões acabam influenciando no uso de drogas, no cometimento de delitos, na crença de dados inverídicos e nas demais situações prejudiciais ao desenvolvimento do bem comum e do convívio social.

Saliente-se que as informações do hoje serão a história do amanhã. Assim sendo, a informação dos dados e acontecimentos deve ser feita de maneira nítida e autêntica, sob pena de nossa história ser vista sob um enfoque errôneo. Nas palavras de Rui Barbosa em “A imprensa e o dever da verdade”:

“Três âncoras deixou Deus aos homens: o amor à pátria, o amor da liberdade, o amor da verdade.

Damos a vida pela pátria.

Deixamos a pátria pela liberdade. Mas pátria e liberdade renunciamos pela verdade. Porque este é o mais santo de todos os amores.”¹³

Desta maneira, a informação verdadeira deve se livrar do monopólio de certa casta da população, a qual é dominada unicamente pelos ideais capitalistas e destituída de valores principiológicos, evitando-se, assim, que as informações sejam filtradas e transmitidas sem veracidade.

Não há de se falar em liberdade de informação se esta informação é repassada de forma desleal. Deve-se exigir dos meios de comunicação o dever de lealdade – lealdade não somente em respeito à transmissão da informação, mas também em respeito à sociedade e seus direitos, à descrição de uma história verídica.

Adentrando na liberdade de manifestação de pensamento, esta tutela o direito dos indivíduos exporem à sociedade suas manifestações intrínsecas em geral: planos, ideias, valores, descontentamentos, entre outros. O Estado Democrático de Direito assegura esta liberdade de expressão sob duas óticas: proteção à exteriorização da manifestação de pensamentos e a proibição de sua censura.

A garantia constitucional está disposta no inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal: “é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato”, e em seu artigo 220: “a manifestação do pensamento, sob qualquer forma, processo ou vinculação, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição, vedada qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística”.

Sublinhe-se que esta liberdade não é absoluta. A convivência em sociedade exige o respeito recíproco entre os cidadãos, o que delimita o direito da manifestação de pensamento. Atingida a integralidade física ou moral de outro indivíduo, a este último é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, cabendo, ainda, indenização (por dano material, moral ou à imagem a depender do caso em análise). Pois são justamente esses conflitos, impulsionados pelos desafios tecnológicos impostos por uma nova era, que passamos a ponderar.

4. O preço da evolução. Os riscos do compartilhamento de dados e informações na internet

Não restam dúvidas de que a sociedade hodierna atingiu um nível de organização extremamente complexo. A consequência lógica desta formatação social está na velocidade de suas transformações. Segundo Teresa Ancona Lopez, “nunca, em nenhuma das ‘idades’ da sociedade, a transformação dos fatos sociais se deu tão rápida e intensamente como na era da globalização”¹⁴.

Justamente esta transformação, derivada de uma evolução científica que agrega tantos benefícios, facilidades e comodidades ao ser humano e ao seu cotidiano, carrega consigo um ônus: o preço da evolução. As benesses que emergem de um novo utilitário não anulam os riscos de danos e prejuízos, muito pelo contrário. O que se nota cronicamente é uma expansão destes, gerados por aquele mesmo progresso que prometera um incremento positivo na vida do ser humano.

Malgrado não se possa olvidar do fruto salutar que qualquer invento bem intencionado porta consigo, negligente será aquele que esquece que, por diversos fatores, sejam intrínsecos do produto ou extrínsecos deste em relação à sua utilização e à sua adaptação ao ambiente, uma nova tecnologia carrega consigo a incerteza dos riscos e a potencialidade de danos.

Pois bem, a partir daí, questiona-se qual o parâmetro limitativo da evolução, quando o estado atual da arte não é capaz de prever de maneira precisa os riscos e a potencialidade dos danos que podem advir da produção tecnológica. Em suma, quem deve suportar estes riscos: os produtores e os beneficiários diretos, ou a sociedade que passará a conviver com um possível problema advindo do novo, ainda que também possa desfrutar dos sucessos da inserção destas novas tecnologias?¹⁵.

Teresa Ancona Lopez bem sintetiza os anseios e a relação que temos com estes questionamentos:

“Porém, a preocupação maior daqueles que têm incumbência de dirigir as políticas públicas é com o risco, a incerteza que acompanha o progresso material da humanidade. Quanto mais inovações, mais riscos. Todos queremos as facilidades das novas criações, das novas descobertas, mas não queremos ter de absorver a incerteza de danos que pesa sobre essas utilidades e facilidades.”¹⁶

O discurso se intensifica quando da análise do instituto que alterou todos os paradigmas comunicativos e as fronteiras distanciais entre as pessoas. Isso possibilitou a troca de dados e informações com uma velocidade jamais vista.

Indiscutível o papel da rede mundial de computadores no padrão de vida social e comportamental do ser humano

Indiscutível o papel da rede mundial de computadores no padrão de vida social e comportamental do ser humano. A internet alterou todos os modelos e maneiras de comunicação, vantagens estas possibilitadas em decorrência de seu dinamismo e a velocidade com que se desenvolve. Por outro lado, tende-se a observar um caráter danoso deste veículo, que não diz respeito somente às questões meramente materiais.

Irradia-se, também, para a seara dos danos morais.

Inúmeros são os casos de pessoas que são atingidas moralmente pelo conteúdo veiculado nos sítios e páginas da internet. Nem sempre o conteúdo veiculado nesses sítios é agressivo a ponto de causar alguma lesão. Constatase que a facilidade e a falta de um controle rígido da informação publicada na internet atraem cada vez mais pessoas mal-intencionadas que possuem o escopo claro de denegrir a imagem e a honra de diversos sujeitos.

O maior problema que surge diante disto é a potencialidade lesiva derivada principalmente da velocidade com que tais informações são espalhadas. Sítios como Youtube, Orkut e Twitter são virtuosos exemplos da democratização da informação, bem como da extrema rapidez com que dados e arquivos de conteúdos variados podem tomar proporções de popularidade gigantesca. Além disso, muitas vezes estes dados não guardam nenhuma relação com o caráter despretensioso do sujeito que os inseriu.

Bruno Lewicki, em percuente estudo sobre a privacidade e a imagem¹⁷, trouxe à tona o exemplo da modelo Daniela Cicarelli,

flagrada em momento de intimidade com seu namorado em praia na Espanha. A divulgação do vídeo no Youtube ganhou proporções mundiais, tendo milhares de acessos em questão de poucas horas.

Ganha relevo tal análise, quando a questão extrapola a seara do tema sempre discutido das figuras públicas. Como dito anteriormente, o ambiente virtual é muito mais democrático que os folhetos, jornais e outros veículos de massificação da informação. Os sítios mencionados são de fácil acesso e manuseio, gratuitos, e de postagem imediata. Ou seja, o lançamento de dados e informações se dá de forma instantânea e a fiscalização da qualidade de conteúdo tem padrões mínimos.

Marco Antonio de Barros, em estudo sobre os crimes informáticos¹⁸, buscou no “Livro Verde”, elaborado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia do Brasil, a definição de internet que bem demonstra o caráter popular que este meio disponibiliza, sendo um:

*“sistema de rede de computadores – uma rede de redes – que pode ser utilizado por qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo, onde haja um ponto de acesso, e que oferece um amplo leque de serviços básicos, tais como correio eletrônico, acesso livre ou autorizado a informação em diversos formatos digitais e transferência de arquivos.”*¹⁹

Em suma, trata-se de um meio de comunicação e compartilhamento de dados manuseado por entes privados do mundo todo. O discurso do medo se acentua em relação às angústias do passado e ainda do presente quanto ao tipo de informação, aos filtros e controles da veiculação de ideias e notícias pela imprensa. Mas, especificamente no campo da rede mundial de computadores, as informações são veiculadas por qualquer particular contra ou a favor de qualquer pessoa.

Ao cidadão também é garantida a liberdade de expressão e não há ambiente mais facilitador para a sua propagação do que a internet. A grande problemática é que este mesmo solo é compartilhado por todos e a dificuldade de saber o que cada um planta é enorme.

A qualidade da plantação está estritamente atrelada à qualidade daquilo que se semeia, e nem sempre os produtores estão bem intencionados. Este solo de tão boa qualidade faz florescer com rapidez incrível o fruto bom e o ruim. O problema é que, quando este apodrece, a capacidade de contaminação é enorme, comprometendo toda a horta.

É justamente neste ponto que retomamos o discurso inicial. Não se trata de renegar os avanços tecnológicos, mas de saber conviver e potencializar aquilo que a globalização e a internet trouxeram de melhor, diminuindo os riscos de lesão aos direitos das pessoas tanto no espaço virtual como nos danos que são carregados para fora desta dimensão, ou seja, nas relações do dia a dia (se são do dia a dia, são reais).

O escopo fundamental que se deve perquirir está arraigado na proteção dos *direitos fundamentais* e em especial na questão dos *direitos personalíssimos* (sempre afrontados em um espaço onde predomina a barbárie), em prol de uma sociedade civilizada.

Destarte, a evolução traz consigo o seu preço quanto ao avanço prestado pela popularização da internet. Cobra-se da sociedade respostas aos riscos e aos danos constatados pela facilidade e amplitude da veiculação de dados e informações.

Lesões aos direitos personalíssimos são frequentes neste meio. Corporificam-se nas formas de invasão da privacidade, dano à honra e à integridade moral, quando são atropeladas noções de convivência e respeito mútuo em prol de divulgações que tomam dimensões catastróficas, fruto da má utilização da liberdade de expressão e manifestação de pensamento proporcionada pelos diversos sítios da rede mundial de computadores.

5. Sites de relacionamento. A afronta aos direitos personalíssimos e os desafios protetivos à privacidade e a honra, sem restrições à liberdade de expressão e livre manifestação

Orkut, Twitter, Facebook... Sites de relacionamento que viraram febre nesta década e agregaram uma nova opção de comunicação e compartilhamento de dados ao infinito número de usuários da rede mundial de computadores.

Estes sítios trouxeram benefícios imensuráveis, aproximando cada vez mais as pessoas distantes, tornando-se um meio rápido e simples de visualizar aquilo que amigos ou conhecidos estão fazendo, onde estão, ou mesmo divulgar informações inerentes a si próprio, bem como viabilizar a troca de milhares de dados e arquivos.

Perquirindo a fundo na internet, visando entender o que é o Twitter, à guisa elucidativa, chegamos a informações de que esta página da internet se caracteriza por ser uma rede social e servidor

para *microblogging* que permite ao usuários enviar e receber atualizações pessoais de outros contatos, por meio do *website* do serviço, por mensagens de celular e por *softwares* específicos de gerenciamento²⁰.

Não há como contestar o progresso que estes meios de comunicação e relacionamento trouxeram. Hoje com um celular uma pessoa troca informações com o mundo em questão de segundos e independentemente do local em que esteja.

Pois bem, analisando outra rede da internet, o Orkut²¹, também encontramos um amplo ambiente de relacionamento com capacidade de armazenamento de fotos e vídeos de qualquer natureza, dados inerentes à pessoa, v.g, idade, nome, preferências e gostos, ou seja, um cadastro de dados riquíssimo sobre o sujeito e de vasta publicidade.

Ademais, é fácil procurar e encontrar pessoas que aderem a esses sítios de relacionamento. Quando os usuários não bloqueiam suas informações, restringindo a um grupo de pessoas escolhidas o acesso aos seus dados, ficam vulneráveis a tudo e a todos²², modo operacional semelhante ao encontrado em outro site, o Facebook.

Não obstante os avisos e advertências que estes mecanismos virtuais oferecem, tanto no acesso quanto nas suas políticas de privacidade e segurança, não é raro nos depararmos com notícias de pessoas atingidas pelo uso indevido de dados ou por divulgações maldosas, em geral sem a anuência desses indivíduos.

Questões como a promoção de vídeos pornográficos capturados indevidamente, fotos modificadas com o intuito de denegrir a imagem e a honra das pessoas, entre outras ações mal-intencionadas, tomam um espaço grande pela celeridade com que os arquivos são espalhados. Podem gerar danos irreparáveis a uma pessoa, ainda que tais arquivos venham a ser publicados despreziosamente.

Quando alguém adentra a um site deste grau ele se torna vulnerável em relação à sua privacidade, imagem e nome. Além disto, convivemos com as questões que fogem do próprio controle pessoal. Os dados inseridos nesses sítios e o controle de veracidade, bem como o tratamento de possibilidade e concordância da veiculação destas informações por parte daqueles que as detêm, não acompanham a velocidade da divulgação desses dados.

O ambiente virtual
é muito mais
democrático que
os folhetos, jornais
e outros veículos
de massificação da
informação

Na realidade, nada impede que um terceiro utilize informações pessoais de outra pessoa e divulgue sua privacidade de maneira indevida, denegrindo sua honra e causando estragos irreparáveis por tal informação não ser retirada a tempo dos meios de relacionamento²³. A bem da verdade, os meios atuais oferecidos pelas políticas públicas, na forma de leis e órgãos de fiscalização, não acompanham a presteza com que estas informações tendem a circular.

Lewicki compendia claramente a preocupação como determinismo tecnológico²⁴ que neste caso específico serve à liberdade de expressão e manifestação de pensamento particular, muito embora estejam sendo lesados direitos fundamentais inerentes ao homem. Em tais ocasiões há negligência a uma leitura constitucional plena e ponderada da proteção da dignidade humana.

Mesmas inquietações apresentaram Luciana Antonini Ribeiro²⁵ e Danilo Doneda²⁶ quanto à privacidade e à salvaguarda dos dados. Não se põe em xeque em ambos a discussão acerca da proteção preponderante que se deve atribuir a este direito fundamental, visando claramente à blindagem da honra e da intimidade, mesmo quando se observa a aquiescência por parte daquele que divulga um dado inerente a si próprio, pois a autorização de veiculação da imagem e de dados pessoais não implica sua utilização prejudicial por quaisquer pessoas. Os direitos personalíssimos são indisponíveis²⁷ até mesmo para aqueles que os detêm.

Não se trata, portanto, de renúncia expressa à liberdade de expressão e à manifestação de pensamento, muito menos do regresso aos árduos tempos da censura, mas da ponderação e equalização dos valores sociais.

O excesso de liberdades guarda traços com a barbárie. A informação e a manifestação não devem nunca ser desvinculadas da prestação de um serviço idôneo a garantir a difusão de pensamentos altruístas ou que contribuam com a verdade necessária. Assim vem sendo nos casos em que tanto o Orkut como o Twitter servem como único contato dos cidadãos com o mundo nos regimes de autoridade e estados de guerra.

Não obstante o valor agregado trazido pelo progresso tecnológico, observa-se que a violação da vida privada, em seu sentido mais amplo, correlacionado à utilização da internet, potencializa a geração de estragos individuais irreparáveis e afronta claramente os direitos fundamentais capitaneados pela nossa Carta Magna²⁸.

Mister se faz uma reestruturação hermenêutica dos princípios e normas, com o claro escopo de adequar o direito às constantes

mutações de um sistema ditado pela tecnologia e o progresso. A derrocada de limítrofes físicos antes considerados intransponíveis, culminando na legítima construção dos sistemas informatizados que sem dúvidas proporcionam tantas vantagens às pessoas, necessita também de uma mínima organização em prol do resguardo aos direitos personalíssimos.

6. Sopesamento de princípios: uma alternativa condizente com o futuro

A realidade hodierna, por óbvio, não será a mesma de amanhã. A chegada do novo século, ilustrada pelos avanços tecnológicos e os progressos científicos, dá conta de demonstrar que qualquer lei, por mais bem elaborada que possa ser, torna-se antiquada com a incrível capacidade de mutação das relações sociais²⁹, impulsionadas principalmente por todas as questões trazidas até este ponto.

À guisa conclusiva, não obstante a escassa produção legislativa acerca do tema e as dificuldades processuais condizentes ao novo espaço virtual criado pela informática, não enxergamos a transposição de nenhum óbice à aplicação dos princípios constitucionais já positivados em nossa Constituição.

Preza-se pela proteção tanto da liberdade de expressão e manifestação, barrando-se qualquer tipo de censura, como pela blindagem de todos os direitos personalíssimos enquanto expressões máximas do *princípio da dignidade humana*.

O professor Francisco Amaral defende um sistema aberto com princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados como sustentáculos de um sistema jurídico capaz de acompanhar e responder às constantes transformações sociais, sem engessar o direito³⁰.

Luhman³¹ compartilha desta ideia de que o sistema não deve ser totalmente fechado, repressor dos fatores extrínsecos. Afirmar que o sistema deve ser “normativamente fechado” e “cognitivamente aberto”, isto é, com aberturas para não ficar defasado. O sistema se adapta às evoluções ao fagocitar certos aspectos do ambiente, o qual é constituído por todos os aspectos que se encontram fora do sistema, fenômeno este denominado de acoplamento estrutural.

Assim, uma vez constatada a coexistência de princípios em um mesmo caso, solução mais coerente de resolução do conflito de aplicação destes é o seu sopesamento. É preciso acima de tudo questionarmos acerca dos interesses juridicamente tuteláveis

a partir das diretrizes principiológicas, que em relação ao caso, fornecerão ao intérprete subsídios com o fim de prevalecer determinado princípio.

Especificamente nas questões envolvendo a internet e afronta aos direitos personalíssimos, o intérprete legislativo deverá sempre fazer imperar o princípio da dignidade humana, não importando a qualificação pessoal dos sujeitos envolvidos, pois uma figura pública ou anônima, acima de tudo, é pessoa e, portanto, merecedora de tutela da dignidade.

A veiculação de imagens, dados e arquivos nos sites de relacionamento, amparada pela livre manifestação, autodeterminação pessoal e liberdade de expressão, encontra limites na eminência de lesão dos direitos personalíssimos, tanto de terceiros, como para si próprio.

Deve-se considerar ainda a potencialidade dos riscos e danos da informação lançada nos meios fornecidos pela internet. Os casos recentes dão conta de exemplificar o caráter de irreversibilidade e irreparabilidade dos danos provocados às pessoas que tiveram o infortúnio de ver sua intimidade violada em função dos fatores econômicos.

Enfim, não se pode barrar o progresso, muito menos desconsiderar os benefícios trazidos pela internet e a gama de serviços oferecidos por esta ferramenta tecnológica. Igualmente não se pensa em renunciar a uma conquista tão sofrida como o fim da censura e a positivação da liberdade de expressão, autodeterminação e manifestação.

Cabe ao direito e aos seus intérpretes a busca incessante pelo justo, consubstanciada no limite dos excessos, pois a história demonstra que na ausência da coerência e na prevalência do abuso, operou sempre o regime da barbárie, nunca o de um Estado Democrático de Direito.

Notas

¹ “Os princípios possuem, pois, pretensão de complementariedade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisões. Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementariedade e de parcialidade. As regras possuem, em vez disso, pretensão terminativa, na medida em que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm

a pretensão de gerar uma solução específica para a questão. O preenchimento das questões de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras. As regras são, pois, normas preliminarmente decisivas e abarcantes” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77).

² CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

³ “(...) a escolha do princípio há de ser feita, pelo intérprete (sempre diante de um caso em concreto), a partir da ponderação do conteúdo do próprio princípio, ao passo que a declaração da validade de cada regra, diante de cada caso, depende da consideração de critérios formais, exteriores a elas” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 178).

⁴ *Idem* 2.

⁵ *Idem* 2.

⁶ “O direito da personalidade nasce imediatamente e contextualmente com a pessoa (direitos inatos). Está-se diante do princípio da igualdade : todos nascem com a mesma titulariedade e com as mesmas situações jurídicas subjetivas” (TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional brasileiro*. In: Temas de direito Civil, 2001, p.42).

⁷ Dispõe o art. 5º inciso “(...) V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem. (...) X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁸ A título exemplificativo: “Indenização por danos morais – Calúnia, difamação e publicação não autorizada de informações pessoais do Autor – Ação julgada improcedente – Não constitui dano moral a informação, ainda que dura e pesada, porém verídica, a que as pessoas públicas estão sujeitas – As informações veiculadas não tiveram o condão de abalar sua honra, visto que faziam menção exclusivamente a fatos ocorridos e de conhecimento público – O fato de o apelante ser pessoa pública enseja que sua vida particular seja exposta – Negado provimento ao Apelo do Autor” (TJ/SP, Emenda do acórdão da Apelação Cível nº 994061390459 (4650814500), Relator Ribeiro da Silva, 8ª Câmara de Direito Privado, julg. em 05/05/2010, publicação em 17/05/2010).

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 209-10.

¹⁰ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

¹¹ Carlos Roberto de Siquira Castro caracteriza o direito de informação como sendo “sendo um desses valores de superlativa importância social, por seu irreversível alcance humanístico na escalada da civilização” (... *O devido processo legal e a razoabilidade da lei na nova constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 153).

¹² Dispõe o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

¹³ BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Com-Arte; Editora da Universidade de São Paulo, 1990 (Clássicos do Jornalismo Brasileiro; 2).

¹⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 1.

¹⁵ “O desafio com que se defrontam os juristas e filósofos torna-se ainda mais problemático na medida em que, ao mesmo tempo em que avança o conhecimento científico e as suas aplicações tecnológicas, o direito é convocado a estabelecer limites e resolver conflitos oriundos dessa nova realidade social” (BARRETO, Vicente. *O “admirável mundo novo” e a teoria da responsabilidade*. In *O direito e o tempo, embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 995.)

¹⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 21.

¹⁷ O flagra foi obra de um *paparazzo*, o qual à distância e valendo-se dos modernos recursos de sua câmera, conseguiu imagens que, divulgadas no popular site Youtube, rodaram o mundo em poucas horas (LEWICKI, Bruno. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*. In *O direito e o tempo, embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 104.)

¹⁸ CONTE, Christiany Pegorari; BARROS, Marco Antonio de; GARBOSSA, Daniela D’Arco. *Crime informáticos e a proposição legislativa: considerações para uma reflexão preliminar*. In *Revista dos Tribunais*, 865, nov./2007 – 96º ano.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *A sociedade da informação no Brasil – Livro Verde*, p. 171.

²⁰ O site www.wikipedia.org também elucida como se dá as atualizações das informações da seguinte maneira: “As atualizações são exibidas no *perfil* de um usuário em tempo real e também enviada a outros usuários seguidores que tenham assinado para recebê-las. As atualizações de um perfil ocorrem através por meio de *site* do Twitter, por RSS, por SMS ou programa especializado para gerenciamento. O serviço é gratuito pela *internet*, entretanto, usando o recurso de SMS pode ocorrer a cobrança pela operadora telefônica”. In www.wikipedia.org/wiki/twitter

²¹ O site www.orkut.com é introduzido da seguinte forma: “Conecte-se aos seus amigos e familiares usando recados e mensagens instantâneas. Conheça novas pessoas através de amigos de seus amigos e comunidades. Compartilhe seus vídeos, fotos e paixões em um só lugar”.

²² «Recorde-se, entre tantos exemplos pitorescos, o recente uso de informações extraídas do Orkut em entrevistas de emprego...» (SCHRIEBER, Anderson. *Os*

direitos da personalidade e o código civil de 2002. In *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. II, p. 259.)

²³ “Eis o problema evidente que se extrai de outro caso colhido no cenário brasileiro, em que se extrai de outro caso, colhido no cenário brasileiro, em que dois adolescentes, munidos apenas de um computador com *webcam*, registraram por minutos o contato mais genuíno entre um deles e sua namorada, que ignorava a existência da câmera. O vídeo foi difundido de forma planetária por meio da internet e os graves danos causados à menina podem ser verificados na delaração do representante do Ministério Público, que reconheceu, na ocasião, a absoluta impossibilidade de retirar o filme da rede mundial, ‘pois ele virou uma espécie de cult entre os pedófilos e circula nos mais diversos sites, desde estrangeiros até nacionais. Nós o encontramos em páginas de luta livre e até no Orkut’” (SCHRIEBER, Anderson. *Os direitos da personalidade e o código civil de 2002*. In *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. II, p. 234.)

²⁴ “Esta suposta renúncia à privacidade, que seria ínsita à vida pública é apenas a face mais visivelmente perigosa que se detecta na reprovação quase generalizada aos protestos de Parreira e Cicarelli. A não menos problemática face oculta é o determinismo tecnológico, já sintetizado no axioma de ‘que tudo que é possível será feito’, tamanha a compulsão gerada pela irresistível ‘tecnociência’ contemporânea. Assim, a criação de novos engenhos que possam constranger a privacidade a privacidade redundaria não numa corresponde preocupação com a necessidade de proteger a personalidade humana, mas sim em um crescente conformismo que recebe as vozes dissonantes como uma anacrônica manifestação de hipocrisia.” (grifo nosso) (LEWICKI, Bruno. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*. In *O direito e o tempo, embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.106.)

²⁵ “Com o desenvolver das teconologias e a necessidade de geração de receitas, a privacidade dos cidadãos enfrenta novos desafios, contra inimigos diversos” (RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na internet – Uma primeira reflexão. In *Revista de Direito do Consumidor*, 41.)

²⁶ “No panorama do ordenamento brasileiro, o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental não deriva de uma dicção explícita e literal, porém da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da prersonalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada” (DONEDA, Danilo. *Dados pessoais e direitos fundamentais*. In *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nubia Fabris, 2008, p. 106).

²⁷ “O art. 11 do Código Cível de 2002 assim dispõe “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

²⁸ Bruno Lewick ao discorrer sobre o embate entre a liberdade de expressão arrima-se a Rodotà e Rosen concluindo que “Para Rodotà, o máximo de opacidade deve ser assegurado às informações suscetíveis de provocar discriminações, enquanto o máximo de transparência deve se destinar àquelas que, inerentes à esfera econômica, possam influir sobre decisões de relevância coletiva. Rosen, em sintonia adverte que a sociedade que adotar a transparência patológica acabará não só nostálgica do tempo em que a opacidade ainda era um valor possível, mas também chocada ao descobrir o que acontece quando ela não é mais o é” (LEWICKI, Bruno. *Realidade refletida: privacidade e imagem na sociedade vigiada*. In *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.103.)

²⁹ Luiz Edson Fachin refere-se a estas situações como “a revolta dos fatos contra o Código”, dando-se conta do distanciamento entre a realidade fática e aquela positivada nos velhos textos dos Digestos. Preceitua então o grande mestre “a necessidade de um novo mapeamento, cuja descrição não pode ser previamente construída nem se deve antecipar a emolduração do objeto ainda em curso” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 320-322). Embora a crítica seja especificamente no âmbito do Direito Civil, não vemos problema em adequá-la a qualquer seara interpretativa do Direito, visto a volúvel configuração social.

³⁰ AMARAL, Francisco. *Uma carta de princípios para um direito como ordem prática*. In *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.132.

³¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Rui. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Com-Arte; Editora da Universidade de São Paulo, 1990 (Clássicos do Jornalismo Brasileiro; 2).

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional: tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto de Siquira. *O devido processo legal e a razoabilidade da lei na nova constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COLUSSI, Vittorio; ZATTI, Paolo. *Lineamenti di Diritto Privato*. 12. ed. Milão: Cedam, 2009.

DONNINI, Oduvaldo; DONNINI, Rogério Ferraz. *Imprensa livre, dano moral, dano à imagem e sua quantificação à luz do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil – À luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

EM
DESTAQUE

**RESPONSABILIDADE
CIVIL POR DANO
AMBIENTAL
DECORRENTE
DA REVENDA DE
COMBUSTÍVEIS:
IMPUTAÇÃO
PROPORCIONAL ÀS
DISTRIBUIDORAS E AOS
POSTOS DE COMBUSTÍVEIS**

EDSON FERREIRA FREITAS*

Advogado em São Paulo-SP

EXCERTOS

“No campo ambiental também prevalece o princípio geral de direito de que todo aquele que causar dano a alguém fica obrigado a repará-lo. Para que esse dever se caracterize, é necessária a reunião de determinados pressupostos, que variam de acordo com a responsabilidade analisada, subjetiva ou objetiva”

“Com relação à comercialização de combustíveis, está-se diante de uma típica atividade de risco, reconhecida pela legislação ambiental e normas técnicas, de modo que se considera como ação ou omissão o simples exercício de atividade perigosa, que em caso de dano impõe ao agente o dever de reparar”

“Com relação à lesão ambiental provocada por culpa de terceiro, entendemos que deve, sim, ser aplicada a excludente do caso fortuito e força maior quando clara a inexistência do nexo causal entre o dano e a conduta dos responsáveis pela atividade em foco”

“O licenciamento para os postos de combustíveis consiste nas fases de investigação, avaliação de risco, remediação e monitoramento, abrangendo desde a inquirição de compostos voláteis no solo, com a determinação de seus índices de inflamabilidade, até a caracterização do uso e ocupação das áreas vizinhas num raio de até 200 metros no entorno do posto”

*** Outras qualificações do autor**

Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (1992-1993). Mestre em Direito Constitucional (Ciências Jurídico-Políticas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2010) – Portugal. Professor Universitário. E-mail: edson@mcff.adv.br.

I.I. Introdução

1 Houve uma grande reviravolta no setor de distribuição e revenda de combustíveis na capital paulista a partir da vigência do Decreto 38.231/99, da Prefeitura de São Paulo. Esta legislação determinava a troca dos tanques e a adaptação dos equipamentos dos postos de gasolina (ou combustíveis) às legislações ambientais e de segurança.

2. Pouco tempo depois, isto é, em 29 de novembro de 2000, veio a lume a Resolução Conama 273/2000, que dispõe que todos os postos de combustíveis, em operação ou os novos, devem obter a licença (LO – Licença Operacional ou LA – Licença Ambiental e outras nomenclaturas, dependendo de estado para estado) junto ao órgão ambiental competente para operarem ou continuar operando; no caso de São Paulo, este órgão ambiental é a Cetesb – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo¹.

3. Para o Estado do Paraná o organismo administrativo governamental equivalente é o IAP – Instituto Ambiental do Paraná². A Lei Estadual 14.984, de 28 de dezembro de 2005, e as Resoluções Sema 021/2011 e Sema 034/2011 obrigam os postos de combustível a obterem licenciamento ambiental para funcionamento³. Interessante se ter em mente que o IAP adota, através da *Decisão de Diretoria 263/2009/P*, de 20 de outubro de 2009, que dispõe sobre a aprovação do ‘Roteiro para Execução de Investigação Detalhada e Elaboração de Plano de Intervenção em Postos e Sistemas Retalhistas de Combustíveis’, o mesmo *roteiro e procedimento*⁴ definido e elaborado pela Cetesb do Estado de São Paulo.

4. A introdução do texto legal da Resolução Conama 273 principia por mencionar “*uso das atribuições legais que lhe foram conferidas pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981*”; logo, denota-se que toda competência do Conselho Nacional do Meio Ambiente é calcada na Lei 6.938/81.

5. Em função das normas e procedimentos acima apontados e da consequente *ação* (procedimento) do órgão ambiental paulista, através da Cetesb (*modus operandi* que também é adotado pelo IAP no Paraná), estes fatos implicaram grande revolução para a atividade dos postos revendedores de combustíveis e as distribuidoras de derivados de petróleo. A forma de transação comercial entre as distribuidoras e os seus distribuidores, os postos, que há *décadas* consistia em um contrato de distribuição (Contrato de Distribuição-Intermediação e Comodato⁵)

associado a um pacto de comodato dos equipamentos, passou a ser única e exclusivamente um contrato de distribuição-intermediação dos derivados de petróleo (combustíveis em geral).

6. E isso se deve às normas *supraelencadas*, posto que hoje as distribuidoras não mais desejam ser proprietárias dos equipamentos⁶ que armazenam os combustíveis derivados de petróleo e o etanol (álcool). Aliás, as distribuidoras só se interessavam em deter a titularidade de propriedade dos equipamentos de armazenamento – tanques (subterrâneos ou aéreos) de armazenamento e as bombas –, visando unicamente manter a *fidelização* do posto revendedor, uma vez que este não poderia utilizar os equipamentos comodados de armazenagem para revender produtos que não tivessem sido fornecidos pela empresa comodante.

7. A mudança de atitude é decorrência da legislação ambiental. O que buscam agora as grandes distribuidoras de petróleo com tal atitude é evitar assumir *única e exclusivamente a responsabilidade civil (financeira) pela remediação do passivo ambiental*, assim como, pela *reforma e adequação dos equipamentos de armazenagem*, ambas impostas legalmente pela Cetesb e *dirigidas somente* aos postos de combustíveis (popularmente postos de gasolina).

8. A Cetesb (idem para o IAP), ao exercer o controle, fiscalização, monitoramento e licenciamento de atividades geradoras de poluição, em especial com relação à atividade empresarial de distribuição e comercialização de combustíveis automotores, principia seu procedimento fiscalizatório notificando *única e exclusivamente* os donos de postos de combustíveis (no jargão comercial os “posteiros”). Ora, ao proceder da forma apontada, como se verá adiante, cria uma falsa noção de que as distribuidoras de combustíveis não são responsáveis pelo passivo ambiental dessa cadeia de pessoas, físicas ou jurídicas, que se locupletam (ou se locupletaram) da atividade comercial que poluiu ou que apresenta um enorme risco de poluir o meio ambiente.

I.II. A responsabilidade pela reforma e adequação dos equipamentos e pela remediação do passivo ambiental é objetiva

9. Antes de apontar e discorrer sobre a *responsabilidade objetiva* (que independe de culpa do agente), que é corolário da escorreita interpretação das normas que regulam tanto a remediação do passivo

ambiental decorrente de vazamento dos derivados de petróleo por ação dos postos e das distribuidoras, como da imposta reforma e adequação dos equipamentos de armazenagem destes produtos pelo poder público, é importante destacar que tanto a primeira como a última são medidas diretamente relacionadas ao meio ambiente, mais do que isso, estas normas só foram criadas visando à proteção ambiental.

I. II. 1. A reforma e adequação dos equipamentos de armazenagem dos produtos derivados de petróleo e etanol é medida única e exclusiva decorrente do princípio maior e basilar do direito ambiental pátrio – princípio da prevenção e precaução

10. É lição comezinha, fundada nos princípios do direito ambiental, que a *reforma e adequação dos equipamentos de armazenagem dos derivados de petróleo tem maior relevo e importância* para a legislação brasileira pertinente ao meio ambiente que a *própria remediação do solo já contaminado* em consequência da atividade comercial de revenda de combustíveis. Isto se deve em respeito ao princípio maior desse ramo da ciência do direito que se funda nos princípios elencados na Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, no ano de 1972⁷, posteriormente ratificados na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, no Rio de Janeiro, em 1992, quando ficou estabelecido que o pensamento dominante *primeiro* da política nacional ambiental deve ser o respeito ao *princípio da prevenção e precaução*⁸, visando garantir a preservação do meio ambiente para a presente e futuras gerações, aliás como determina o artigo 225 da Magna Carta nacional.

I.II. 2. A responsabilização pela remediação do passivo ambiental é fundada em outro princípio do direito ambiental – princípio do poluidor-pagador⁹

11. Já com relação à responsabilização pela remediação do solo impregnado por combustíveis fósseis (derivados do petróleo) ou etanol, tal responsabilidade é do agente poluidor, atribuição esta especificada na própria lei que trata da ‘política nacional do meio ambiente’, ou seja, a Lei 6.938/81¹⁰.

12. Como referido acima, a responsabilidade pela remediação do passivo ambiental é dos agentes poluidores, conforme dispõe o inciso IV do artigo 3º da Lei 6.938/81. Essa determinação obedece

ao *princípio do poluidor-pagador* do direito ambiental. E conforme ressalta Édís Milaré, “trata-se do princípio poluidor-pagador (polui, paga os danos), e não pagador-poluidor (pagou, então pode poluir)”¹¹. O entendimento no sentido exposto por Milaré é essencial, pois, do contrário, como expõe, poder-se-ia concluir equivocadamente que aquele que pagou estaria autorizado a poluir, e tal pressuposto contraria o princípio maior do direito ambiental, que é justamente o *princípio preservacionista*¹², conforme determina o artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

13. Diante do exposto, fica patente que nem pagando se poderá poluir, uma vez que o princípio maior do direito ambiental pátrio é o *princípio da prevenção e precaução*; logo, o objetivo maior é precaver

Nem pagando
se poderá poluir,
uma vez que o
princípio maior do
direito ambiental
pátrio é o *princípio
da prevenção e
precaução*

evitando assim poluir. Porém, uma vez já poluído, aí sim impera o *princípio do poluidor-pagador*. É em função deste escorreito entendimento dos princípios que norteiam o direito ambiental que ressaltei acima que a *reforma e adequação dos equipamentos de armazenagem dos derivados de petróleo têm maior relevo e importância* para a legislação brasileira ambiental que a *própria remediação*.

14. Aliás, quanto a fazer valer o princípio maior do direito ambiental, isto é, ensinar o operador da ciência do direito a pensar primeiro e sempre no *princípio da prevenção e precaução* e assim entender o *princípio do poluidor-pagador*, ou seja, *enxergar o último princípio como uma essência do primeiro*, é o que magistralmente doutrina Alexandra Aragão, de quem tive a honra de ser discente em uma aula de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em texto que devido à intensa propriedade de intuir, optamos por transcrever:

“Voltamos a lembrar que o PPP não é um princípio de responsabilidade, que actue a posteriori, impondo ao poluidor pagamentos para ressarcir as vítimas de danos passados. O PPP é um princípio que actua sobretudo a título de precaução e de prevenção, que actua, portanto, antes e independentemente dos danos ao meio ambiente terem ocorrido, antes e independentemente da existência de vítimas.

Por isso afirmamos que os pagamentos decorrentes do princípio do poluidor-pagador devem ser proporcionais aos custos estimados, para os agentes económicos, de precaver ou de prevenir a poluição. Só

assim os poluidores são ‘motivados’ a escolher entre poluir e pagar ao Estado, ou pagar para não poluir investindo em processos produtivos ou matérias primas menos poluentes, ou em investigação de novas técnicas e produtos alternativos.”¹³

15. Logo, conclui-se que *muito mais importante* do que *remediar* o dano ambiental ocorrido é *evitá-lo*. E tal atitude só é possível quando procurarmos tornar uma atividade de risco ao meio ambiente menos perigosa, ou seja, tomar precauções visando evitar que o dano ao meio ambiente ocorra. Daí, permita-nos repetir, a *reforma e adequação dos equipamentos de armazenagem dos derivados de petróleo* imposta pela Cetesb, ou qualquer outro órgão estadual, aos postos de combustíveis, ser medida precípua de preservação ao meio ambiente, em maior grau e intensidade do que a remediação.

I.II. 3. Quem é o responsável civil (obrigado a arcar com os custos decorrentes financeiros) pela reforma civil e adequação dos equipamentos e pela remediação ambiental?

16. A resposta para a indagação acima é simples e objetiva, aliás, como propugnam os doutrinadores até ao determinar a nomenclatura desta responsabilidade civil, isto é, *responsabilidade objetiva*.

17. É, segundo José Rubens Morato Leite, “pensar em modelos de responsabilidade civil por danos ambientais que prevejam a responsabilidade por risco, ou seja, objetiva ou sem culpa do agente, sem dúvida mais condizente com a complexidade do bem protegido e com a industrialização”¹⁴. E Morato Leite arremata afirmando que a “teoria da responsabilidade por risco tem seu fundamento na socialização dos lucros, isto é, aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultantes”¹⁵.

18. E é por isso que, em regra geral, a responsabilidade civil é atribuída à *cadeia de pessoas*, físicas ou jurídicas, que se locupletam (ou locupletaram) da atividade comercial que poluiu ou que apresenta um enorme risco de poluir o meio ambiente, sendo que estas pessoas, físicas ou jurídicas, *deverão arcar na exata proporção do lucro que obtiverem nesta atividade comercial poluidora ou que apresenta alto risco de poluir*.

19. No presente caso, a responsabilidade por remediar o dano ambiental, assim como pela reforma e adequação dos equipamentos de armazenagem dos derivados de petróleo, é atribuída às distribuidoras de petróleo e aos postos de combustíveis, na *exata*

proporção do lucro que cada ente aufera na atividade poluidora ou de alto risco de poluir. Torno a salientar que tal responsabilidade independe da culpa dos agentes.

20. Entretanto, no caso dos equipamentos (tanques de armazenamento e bombas) serem concedidos em comodato pelas distribuidoras aos postos de combustíveis, com previsão contratual que atribui a manutenção dos equipamentos a somente um ente (distribuidoras) da cadeia de pessoas (físicas ou jurídicas) que se locupletam da atividade comercial poluidora, é evidente que esta pessoa (distribuidora) *atrairá para si toda a responsabilidade civil*, passando assim a ser a única responsável pelo dano ambiental ou pelo risco que tal equipamento represente.

Muito mais
importante do que
remediar o dano
ambiental ocorrido
é evitá-lo

21. É o caso dos contratos de comodato dos equipamentos existentes entre as distribuidoras e os postos de combustíveis. Nessa particularidade, quem deverá arcar com a *totalidade* da reforma e adequação dos equipamentos de armazenagem dos derivados de petróleo e etanol e eventual remediação ambiental serão *única* e exclusivamente as distribuidoras. Esse é o nosso entendimento e o que vem determinando o Tribunal de Justiça de São Paulo.

22. No entanto, o que gera grande dúvida aos empresários titulares de postos de gasolina (combustíveis) é que a Cetesb determina que a *remediação do passivo ambiental* e a *reforma civil e adequação dos equipamentos de armazenagem dos derivados de petróleo* sejam sempre encaminhadas através de uma notificação *dirigida unicamente* aos postos de gasolina. A dúvida aumenta quando, somado a este fato, as distribuidoras, uma vez comunicadas da notificação da Cetesb pelo seu posto distribuidor, se negam a arcar com este passivo alegando que tal providência foi dirigida ao posto, portanto, a responsabilidade seria atribuída unicamente a este e não a ela, distribuidora de petróleo, o *que evidentemente é uma grande falácia!*

23. Sem falar que todo o procedimento para obtenção da LO (Licença Operacional, imposta pela Cetesb no Estado de São Paulo) ou LA (Licença Ambiental no Estado do Paraná) hoje é também unicamente dirigido aos postos de combustíveis. Entretanto, os custos decorrentes dessa atividade empresarial de risco ao meio ambiente também são de responsabilidade das distribuidoras de petróleo ou combustíveis, como veremos adiante.

I. II. 4. Evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo relativa à obrigação objetiva das distribuidoras de combustíveis com relação à remediação do passivo ambiental e pela reforma e adequação dos equipamentos e reservatórios de combustíveis que se encontram nos postos de gasolina

24. De início, é pertinente salientar que desde 6 de outubro de 2005, por determinação da Resolução 240 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, que criou a Câmara Especial do Meio Ambiente, foi atraída para a referida câmara a competência:

“para os feitos de natureza civil e medidas cautelares, que envolvem interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos diretamente ligados ao meio ambiente, independentemente de a pretensão se mostrar de ordem constitutiva, meramente declaratória ou de condenação a pagamento de quantia certa ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Essa competência se estende às ações de indenização por danos pessoalmente sofridos propostos individualmente, na forma do disposto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, artigos 81 e 104, bem como aos feitos concernentes à aplicação de penalidades administrativas impostas pelo Poder Público e aos processos referentes a cumprimento de medidas tidas como necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental (Lei nº 6.938, artigo 14, caput, e parágrafos 1º e 3º).”

25. Diante do acima exposto, nota-se que todas as questões referentes ao passivo ambiental e à reforma imposta pela Cetesb com fundamento na Resolução Conama 273 serão julgadas pela Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

26. Repare que os acórdãos foram colocados em sequência não cronológica, exatamente pelo fato do mais antigo representar hoje uma decisão ainda muito tímida contra as distribuidoras. Outro fato importante é que em dois dos julgados paradigmas acima o magistrado *a quo*, Dr. Luís Fernando Cirillo – é sempre muito elogiado pelas suas decisões de primeira instância, principalmente pela fundamentação em que alicerça seus argumentos.

27. Mesmo em decisões de câmaras não especializadas do Tribunal de Justiça de São Paulo o entendimento prevalece de forma absoluta¹⁶, pelo que se depreende dos seguintes julgados: Apelação 1.255.438-0/9, julgada em 25/06/2009; Apelação 1.118.710-0/9, julgada em

10/02/2009; Apelação 7.083.794-0, julgada em 16/04/2008; Agravo de Instrumento 1.120.670-0/7, julgado em 30/08/2007; Agravo de Instrumento 7.008.157-3, julgado em 08/11/2005.

28. Em recente pesquisa de jurisprudência realizada através do site do Tribunal de Justiça do Paraná, denota-se que existem ainda pouquíssimos julgados com relação ao tema aqui tratado, talvez pelo fato de que o IAP concedeu, em meados de agosto de 2011¹⁷, o prazo derradeiro para que os postos de gasolina do estado se cadastrassem visando obter a licença ambiental.

29. Contudo, começam a despontar valorosas decisões¹⁸ de primeira instância do Tribunal de Justiça do Paraná, como a da lavra da juíza de direito Kléia Bortolotti – da Comarca de Alto Piquiri-PR, que em 25 de abril de 2012, no bojo de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná, determinou que, dentro de 45 dias, as empresas Cosan Combustíveis e Lubrificantes S/A (anteriormente denominada de Esso Brasileira de Petróleo Ltda.) e Martins e Cozin Ltda. realizassem um diagnóstico técnico para avaliar o grau de contaminação da área, e que elaborassem e executassem um “Plano de Remediação e de Monitoramento” do solo, que deveria ser aprovado e acompanhado pelo IAP, a fim de conter a poluição e reduzir seus riscos. Caso descumprissem a liminar, as empresas teriam de pagar multa de R\$ 1 mil reais por dia.

II. A mudança na relação comercial entre as distribuidoras de combustíveis e os postos de gasolina denota significativa perda financeira a estes últimos, os posteiros

II. I. Na relação comercial “antiga” (Contrato de Comodato dos Equipamentos – SASCs) existente entre as distribuidoras de combustíveis e os seus distribuidores – postos, a responsabilidade civil pelo passivo ambiental deve ser atribuída somente às distribuidoras!

30. Como mencionado acima, a forma de transação comercial entre as distribuidoras e os seus distribuidores, os postos, consistia, há *décadas*, em grande maioria, em um contrato de distribuição (Contrato de Distribuição-Intermediação e Comodato¹⁹) *associado* a um *pacto de comodato dos equipamentos* (SASCs ou SAACs). Até então, as distribuidoras só se interessavam em deter a titularidade

de propriedade dos equipamentos de armazenamento – tanques (subterrâneos ou aéreos) de armazenamento e as bombas –, visando unicamente manter a *fidelização* do posto revendedor, uma vez que estes não poderiam utilizar os equipamentos comodados de armazenagem para revender produtos que não fossem fornecidos exclusivamente pela distribuidora comodante.

31. Entretanto, em função da propalada legislação ambiental *supra*, hoje as distribuidoras *não mais desejam ser as proprietárias dos equipamentos*²⁰ que armazenam os combustíveis derivados de petróleo e o etanol (álcool). As grandes distribuidoras de petróleo procuram, assim, evitar assumir *única e exclusivamente a responsabilidade civil (financeira) pela reforma e adequação dos equipamentos de armazenagem (de sua propriedade)*, assim como *pela remediação do passivo ambiental*, ambas impostas legalmente pela Cetesb e *dirigidas somente* aos postos de combustíveis (popularmente postos de gasolina).

32. Em acentuado número dessa relação de distribuição comercial entre as distribuidoras e os postos, imperam os contratos de comodatos celebrados por imposição das distribuidoras aos seus distribuidores, os postos. Estes pactos contêm uma cláusula que atribui à distribuidora toda a manutenção necessária pertinente aos *seus* equipamentos de armazenamento – tanques (subterrâneos ou aéreos) de armazenamento e as bombas – concedidos em comodato aos postos. Ora, ao assumirem esta atribuição, as distribuidoras acabam por *atrair unicamente para si toda a responsabilidade civil pelo passivo ambiental* gerado pela atividade de comercialização de combustíveis.

33. Como já amplamente exposto, no campo ambiental também prevalece o princípio geral de direito de que todo aquele que causar dano a alguém fica obrigado a repará-lo. Para que esse dever se caracterize, é necessária a reunião de determinados pressupostos, que variam de acordo com a responsabilidade analisada, subjetiva ou objetiva. Em relação à objetiva, que é a adotada em matéria ambiental, não há necessidade de comprovação da culpa na conduta do degradador, bastando a simples conexão entre o dano e o ato que o originou para que surja o dever de reparar e ou indenizar, regra que, consoante o artigo 14 da Lei 6.938/81, combinado com a Resolução ANP 273/01 e com a Resolução SMA 005/01 (no Paraná: Resolução Sema 038/09), é aplicável à poluição oriunda dos postos de combustíveis. Logo, restam, assim, três

condições para que a responsabilidade ambiental civilista esteja caracterizada: o fato, o dano e o liame entre ambos, conforme brevemente expomos abaixo.

34. Com relação à comercialização de combustíveis, está-se diante de uma típica atividade de risco, reconhecida pela legislação ambiental e normas técnicas, de modo que se considera como ação ou omissão o simples exercício de atividade perigosa, que em caso de dano impõe ao agente o dever de reparar, preconizado pelo artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81.

35. Vimos acima que dano pode ser entendido, de forma ampla, como a *“lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, a qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”*²¹. Frisa-se ainda que a potencialidade lesiva dos danos suportados pelo meio ambiente e pela coletividade exige a efetiva reparação, não sendo admissível mera indenização.

36. No tocante à relação de causalidade entre a atitude do agente e o dano sofrido, é fundamental a sua prova pela vítima a fim de que haja a responsabilização civil do autor do prejuízo. Entretanto, na pertinente análise do dano ambiental oriundo da comercialização de combustíveis, tem-se que a Resolução Conama 273/01 dispôs no artigo 8º que há responsabilidade quando houver armazenamento inadequado de combustíveis, de modo que *todos os corresponsáveis* poderão ser compelidos à adoção das providências necessárias ao controle de situações emergenciais e ao saneamento de áreas impactadas, sob a orientação do órgão ambiental competente. Caso ocorra o *não cumprimento* das medidas necessárias à preservação ou correção dos danos causados ao meio ambiente, caberá a aplicação do disposto no artigo 14, § 3º, da Lei 6.938/81, que atribui à autoridade administrativa e financeira que concedeu benefícios fiscais ou financeiros o ato declaratório da perda e restrição dos incentivos concedidos, sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal.

37. Em que pese a grande maioria dos doutrinadores não admitirem as excludentes de responsabilidade em matéria de danos causados ao meio ambiente pela atividade de comercialização de combustíveis (responsabilidade objetiva), alegando que até quando a culpa é exclusiva da vítima, considerado quando o próprio sujeito que sofreu o prejuízo foi quem a ele deu causa, no caso em epígrafe, sendo *“vítima”* o meio ambiente, seria um ilogismo afirmar que o próprio meio ambiente contribuiu para os danos decorrentes da atividade de comercialização de combustível.

38. Da mesma forma, a aplicação das excludentes de caso fortuito e de força maior também não é viável. Enquanto o *caso fortuito* é um evento imprevisível, cuja causa pode ser desconhecida ou decorrente de fato de terceiro, a chamada *força maior*, igualmente inesperada, consiste em um acontecimento originado por fato oriundo da natureza. É que uma das características da danosidade decorrente da atividade de armazenar combustível é ser sempre gradual, com razão conhecida. Ocorre que os sistemas de segurança das instalações, ainda que inócuos para conter todos os riscos, tanto é que estão sendo substituídos, impedem, ao menos, os acidentes súbitos.

39. Com relação à lesão ambiental provocada por culpa de *terceiro*, entendemos que deve, sim, ser aplicada a excludente do caso fortuito e força maior quando clara a inexistência do *nexo causal* entre o dano e a conduta dos responsáveis pela atividade em foco. Entretanto, em matéria de comercialização de combustíveis, não é possível se aferir e separar a contaminação provocada por terceiro e as contaminações decorrentes da própria atividade comercial em epígrafe, pois, como dito, a poluição é sempre gradual; e assim, sendo impossível separar, determinando uma e outra, não deve ser também aplicada esta excludente, mesmo quando há determinadas situações excludentes em que o referido liame não é desprezível. Ele existe, contudo a atitude do agente não é a única causa do dano, podendo haver simultaneamente a participação da cadeia que se locupleta da atividade de comercialização de combustíveis na ocorrência do prejuízo ambiental. Assim, se o dano é baseado na *culpa comum*, pelos motivos já expostos, tem-se que esta excludente também não é aplicável na atividade comercial lesiva ambiental em comento.

40. Aliás, em qualquer assunto pertinente à esfera ambiental, Antônio Herman Benjamim²² sustenta que *as mais variadas hipóteses de excludentes de responsabilidade não se aplicam*. Principalmente se os danos decorreram de atividade potencialmente poluidora, seus corresponsáveis devem todos repará-los, ressaltando-se a possibilidade de ação regressiva de uns contra os outros, em demandas em que os proprietários dos postos chamariam os demais envolvidos na cadeia, que igualmente auferiram lucro com a atividade, como as distribuidoras de combustível, a compartilhar a responsabilidade advinda²³.

A responsabilidade civil objetiva é atribuída à cadeia de pessoas, físicas ou jurídicas, que se locupletam com a atividade comercial que polui

41. Todavia, em que pese a abalizada opinião legal de inúmeros doutrinadores de escol quanto à inaplicabilidade de excludentes de responsabilidade civil pertinente à atividade danosa ao meio ambiente aqui em tela, entendemos ser possível a admissão de uma *única hipótese de excludente* de responsabilidade civil pertinente a um *único elo da cadeia de corresponsáveis* – os postos de combustíveis. Sendo esta hipótese exatamente a assinalada acima, ou seja: quando as distribuidoras *são proprietárias* dos equipamentos de armazenamento – tanques (subterrâneos ou aéreos) de armazenamento e as bombas (concedidos em comodato aos postos) – e *assumem contratualmente com exclusividade a responsabilidade pela manutenção desses equipamentos*, entendemos que somente a elas, distribuidoras – deve ser imputada a *totalidade* da responsabilidade civil *objetiva* (da cadeia de corresponsáveis) pelo passivo ambiental gerado pela atividade de comercialização de combustível.

42. Nesta condição específica, ou seja, quando as distribuidoras *assumem contratualmente com exclusividade a atribuição de manutenção de seus próprios equipamentos*, acabam por *atrair unicamente para si toda a responsabilidade civil pelo passivo ambiental* gerado pela atividade de comercialização de combustíveis. Pois os postos, nesta circunstância, constatado eventual vazamento de combustível, são obrigados, por determinação contratual, a acionar (via telefone) a empresa contratada para manutenção dos equipamentos das distribuidoras. Porém, essa determinação contratual (direito privado), de manutenção dos equipamentos imposta pela distribuidora aos postos, exclui a responsabilidade pelo dano ambiental destes últimos somente perante as distribuidoras, *não podendo ser arguida ou validamente sustentada perante o poder estatal*.

43. De forma sintética, entendemos ser manifesto que as distribuidoras, ao impor e ostentar contratualmente o *ônus exclusivo pela manutenção de seus próprios equipamentos*, assumiram, em decorrência lógica deste ato contratual, a *integralidade* da responsabilidade civil objetiva pelo passivo ambiental da atividade de comercialização de combustíveis. Assim, nessa cadeia de pessoas (físicas ou jurídicas) que se locupletam da atividade de comercialização de combustíveis, deve ser suprimido o caráter *solidário* da responsabilidade civil pelo passivo ambiental. Consequentemente, as demais pessoas, ou seja, os postos de combustíveis devem ser isentos de qualquer responsabilidade pecuniária relativa ao passivo ambiental gerado, mesmo que referida responsabilidade seja objetiva.

II. II. À medida que os postos são impelidos a realizar as adequações visando atenuar o risco ambiental e eventual dano causado, as distribuidoras passam a negar a estes a sua notável parcela de responsabilidade relativa ao passivo ambiental ocorrido

44. Como destacado na introdução deste artigo, a Cetesb (idem para o IAP), ao exercer o seu poder de polícia, isto é, a fiscalização, monitoramento e licenciamento de atividades geradoras de poluição, em especial com relação à atividade empresarial de distribuição e comercialização de combustíveis automotores, inicia seu *modus operandi* fiscalizatório notificando *única e exclusivamente* os donos de postos de combustíveis. Ora, ao proceder da forma apontada, *cria uma falsa noção* de que as distribuidoras de combustíveis não são responsáveis pelo passivo ambiental dessa cadeia de pessoas, físicas ou jurídicas, que se locupletam (ou locupletaram) da atividade comercial que poluiu ou que apresenta um enorme risco de poluir o meio ambiente.

45. Com o intuito de iniciar a fiscalização com relação aos postos de combustíveis, a Cetesb (idem para o IAP) a princípio montou um cadastro dos empreendimentos, que a permitiu realizar o diagnóstico do estado de suas instalações, prevenindo eventuais problemas de vazamento. A partir de então, com o objetivo de implementar as ações preventivas e corretivas necessárias à expedição das licenças ambientais, o procedimento de licenciamento foi dimensionado em três vertentes: o primeiro grupo inclui os postos em funcionamento, que deverão realizar uma reforma completa de suas instalações, de acordo com as instruções contidas no 'Roteiro para Postos em Operação (Adequação Completa)', solicitando a licença prévia de instalação e, concluídos os trabalhos, a licença de operação. O segundo grupo abarca os postos que também deverão adequar suas instalações, mas com base no 'Roteiro para Postos em Operação (Condições Mínimas)'. Por fim, o terceiro grupo envolve postos em fase de construção, que igualmente devem atender às diretrizes da Cetesb. As licenças terão validade de cinco anos, renováveis por igual período. Caso o posto não observe o procedimento, além da não obtenção da licença ambiental com a consequente interdição do estabelecimento, haverá imposição de multa e, ainda, responsabilização administrativa, civil e criminal. Ressalta-se que, até mesmo nas hipóteses de desativação da atividade comercial, estão os postos obrigados à apresentação de um plano de encerramento, que precisa ser aprovado pelo órgão ambiental para ser levado a efeito.

46. Em resumo, o licenciamento para os postos de combustíveis consiste nas fases de investigação, avaliação de risco, remediação e monitoramento, abrangendo desde a inquirição de compostos voláteis no solo, com a determinação de seus índices de inflamabilidade, até a caracterização do uso e ocupação das áreas vizinhas num raio de até 200 metros no entorno do posto. Verificado o comprometimento dos recursos naturais, deverá o posto apresentar um plano de medidas de remediação, cuja execução terá como escopo a remoção dos contaminantes até se atingir a completa recuperação da área, quando possível.

47. A notificação expedida pela Cetesb (ou IAP) tem como escopo convocar os postos de combustíveis a apresentarem o *teste de plumagem da área* (terreno) onde se encontra o posto, assim como determina que no prazo de cento e oitenta dias se iniciem a reforma e adequação aos novos dispositivos de armazenamento de combustíveis (SASCs ou SAACs²⁴).

48. Ao serem notificados pela Cetesb (ou IAP), os postos de combustíveis automaticamente informam as suas distribuidoras, esperando, evidentemente, providências por parte daquela que é a sua grande parceira comercial. Entretanto, em grande número dessas ocorrências, as distribuidoras se negam a arcar financeiramente tanto com o eventual *passivo ambiental*, quanto com a *reforma e adequação civil dos dispositivos de armazenamento de combustíveis*, alegando que a *responsabilidade* relativa a estas medidas é *atribuída aos postos de gasolina e não à distribuidora*. E chegam ao cúmulo de fundamentar referida assertiva, afirmando aos seus revendedores (posteiros) que o órgão ambiental ao notificá-los se dirige somente ao responsável pela atividade comercial final, logo, inerente unicamente à ocupação comercial atribuída aos postos e que, por conseguinte, a responsabilidade legal é atribuída somente a estes! Quanta desfaçatez!

49. Porém, os proprietários de postos, em sua grande maioria, desconhecem toda a teoria aqui exposta, pesando ainda o fato de as notificações por parte da Cetesb (que impõem a *remediação* ou a *reforma dos SASCs*) serem endereçadas a eles e não às distribuidoras. Isso tudo aumenta a insegurança do posteiro quanto ao êxito de uma eventual demanda judicial contra as distribuidoras objetivando serem ressarcidos do dispêndio que tiveram com a *remediação* ou *reforma* imposta pela Cetesb. Sem falar da cultura geral dos proprietários de postos de gasolina, quanto à “nunca litigar contra” as distribuidoras, cultura que muitas vezes é passada

de pai para filho. E é muito disseminada como “verdadeira” nesse meio comercial.

50. Pela somatória dos motivos elencados acima, as ações por iniciativa dos posteiros contra as distribuidoras são ainda em número muito inexpressivo, levando-se em conta a quantidade de revendedores que acabam sendo literalmente “*abandonados*” pela sua distribuidora (depois de décadas de anos de relação comercial), após serem impelidos pelo órgão ambiental a arcar com o passivo ambiental.

51. As distribuidoras têm plena noção do acima exposto, além de saberem que os seus revendedores, em sua grande maioria, não reúnem condições financeiras de implementar, concomitantemente e no prazo determinado pela legislação ambiental, a *adequação civil e substituição dos equipamentos de armazenamento* e a *eventual* (que sempre ocorre) *remediação ambiental do solo que foi contaminado por combustível*. Convém aqui frisar que os equipamentos de armazenagem que *deverão ser substituídos* são, na maioria dos postos, *os de propriedade da distribuidora e concedidos em comodato ao seu revendedor!*

52. Por saber da gravidade da situação que o seu revendedor deverá enfrentar, podendo inclusive ter a interdição decretada do posto de combustível, caso não realize as *adequações civis e substituições dos equipamentos*, assim como a *eventual remediação do solo contaminado*, no prazo determinado pelo órgão ambiental, busca a distribuidora tirar proveito dessa grave situação “*do seu*” revendedor.

53. Consiste a utilidade acima: *i.* em princípio, como já mencionado, em negar a sua responsabilidade pelo passivo ambiental; *ii.* para, na sequência, negociar um valor monetário, girando por volta de um máximo²⁵, em torno de 50% do valor total dos gastos relativo ao passivo ambiental a ser sanado; *iii.* referida importância será concedida em dinheiro pela distribuidora ao posto revendedor, que em contrapartida celebrará novo contrato de distribuição com a distribuidora, onde constará “que de comum acordo e convindo comercialmente às partes será rescindido (ou resilido) o contrato de comodato e distribuição até então vigentes”, passando a ter esse novo pacto distributivo prazo de exclusividade não inferior a cinco anos (na grande maioria dos casos, dez anos, período em que será amortizado a zero, através de uma quantia estipulada em litragem de combustível o valor monetário que foi concedido ao revendedor posteiro.

II. III. Na diminuta cadeia de corresponsáveis pelo passivo ambiental decorrente da atividade de comercialização de combustíveis, qual a proporção exata do lucro auferido por cada ente da cadeia poluidora?

54. Vimos acima que a regra geral preceitua que a responsabilidade civil objetiva é atribuída à *cadeia de pessoas*, físicas ou jurídicas, que se locupletam (ou locupletaram) da atividade comercial que poluiu ou que apresenta um enorme risco de poluir o meio ambiente. Sendo que estas pessoas, físicas ou jurídicas, *deverão arcar na exata proporção do lucro que obtiveram nesta atividade comercial poluidora ou que apresenta alto risco de poluir.*

55. No presente caso a responsabilidade por remediar o dano ambiental, assim como pela reforma e adequação dos equipamentos de armazenagem dos derivados de petróleo, é atribuída às distribuidoras de petróleo e aos postos de combustíveis, na *exata proporção do lucro* que cada ente auferi na atividade poluidora ou de alto risco de poluir. Logo, resta-nos saber: do valor final pago pelo consumidor na bomba de combustível qual é o percentual que cabe ao posteiro e o consequente restante atribuído às distribuidoras. Só assim saberemos qual o percentual que cada ente da cadeia que se locupleta da atividade danosa ambiental deverá arcar para sanar o passivo ambiental.

56. Através de informações coletadas no meio comercial de revenda de combustível, certificamos que em média o percentual do faturamento atribuído a postos oscila entre 13% a 22% do valor final do combustível. Por analogia, o percentual conferido às distribuidoras sofre uma variação entre 78% a 87%.

57. Em interessante trabalho científico de autoria dos economistas Alberto José Silva Ayres e Tiarajú Alves de Freitas, intitulado “Análise do mercado de combustíveis no Brasil e no Rio Grande do Sul”²⁶, é possível aferir que os números coletados no meio comercial e apontados no parágrafo anterior estão corretos, posto que, no trabalho científico em comento, em especial às páginas 15 e 16, é possível ver que o lucro dos postos oscila entre 10% e 21%.

58. Perante os números apresentados, devemos buscar uma média do intervalo, pois o intervalo é justificado em função de existirem postos que têm menor ou maior poder de barganha negocial ante as distribuidoras, em função de localização, quantidade de litragem de venda, poder de marketing (expor a marca) etc.

59. Sendo benevolente para com as distribuidoras, entendemos ser bem razoável adotar como média de faturamento atribuída aos postos o percentual de 18%, ou quando muito de 20%, sobre o preço final do combustível ofertado ao consumidor. Em contrapartida, podemos afirmar que o faturamento das distribuidoras sobre o preço final dos combustíveis será de 82%, ou quando pouco 80%.

60. Sendo assim, entendemos ser correto afirmar que *não menos de 80%* do passivo ambiental gerado pela atividade de comercialização de combustível é de responsabilidade civil das distribuidoras. Em outras palavras, as distribuidoras devem arcar financeiramente com uma parcela não inferior a 80% do total do passivo ambiental gerado pela revenda de combustível, evidenciando assim sua enorme responsabilidade, que é manifestamente descomunal com relação à responsabilidade civil privativa dos postos.

II. IV. Se os postos de combustíveis não tomarem as providências quanto a serem ressarcidos pelas distribuidoras na proporção da responsabilidade civil que a lei atribui a estes, o que ocorrerá?

61. Ora, se os postos revendedores de combustíveis *rapidamente* não tomarem as devidas providências quanto à efetivamente cobrar das distribuidoras que assumam essa responsabilidade, que legalmente é imputada à cadeia que se locupleta da atividade nociva ao meio ambiente, evidentemente acabarão arcando financeiramente com um passivo que legalmente não lhes pertence. O tempo, neste caso específico, corre contra os proprietários de postos, uma vez que a *demora nesta cobrança fará prescrever o direito* do posteiro em reaver financeiramente das distribuidoras a parte que não lhe é atribuída legalmente do passivo que suportou, que está disponibilizando ou que virá a arcar.

62. Concluindo, se transcorrer o prazo prescricional e os postos revendedores de combustíveis não acionarem as distribuidoras, as obrigações que em maior proporção 80% no mínimo são destas últimas deixarão de existir (existirá, porém perderão os postos o direito de exigir e cobrar coercitivamente) e quem irá arcar com a totalidade do passivo ambiental será o posteiro. Consequentemente, haverá uma *desvalorização do patrimônio* destes, construído com tanto esforço, ao longo, muitas vezes, de uma vida inteira de dedicação e trabalho.

III. Conclusões

63. Há mais conclusões, além das inúmeras que entendo advir através do conhecimento do leitor associado à leitura deste singelo artigo, e outras mais complexas oriundas do processo natural de inferência que o legente naturalmente pratica.

64. Ao meu juízo, penso que cabe destacar o que entendo estar por trás de uma aparente estratégia jurídica das distribuidoras, ou seja, o fato de postergarem ao máximo a iniciativa de assumir a sua grande parte quanto à obrigação civil relativa à *reforma do SASCs* e a *remediação do passivo ambiental*, pois, assim, alcançarão a prescrição dessa obrigação. Prescrito o direito quanto a serem compelidas judicialmente pelos postos revendedores a arcar financeiramente (e em maior parte) com a obrigação relativa ao passivo ambiental, as distribuidoras acabam por ocultar, em seus balanços contábeis, os registros de um enorme passivo que deveria ser contabilizado, eximindo-se assim das inúmeras consequências e implicações que referido registro traria.

Notas

¹ A Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (Cetesb) é a agência do Governo do Estado de São Paulo responsável pelo controle, fiscalização, monitoramento e licenciamento de atividades geradoras de poluição, com a preocupação fundamental de preservar e recuperar a qualidade das águas, do ar e do solo. In: <http://www.Cetesb.sp.gov.br/institucional/institucional/52-Histórico> – acessado: 22 mar.2013.

² Instituto Ambiental do Paraná (IAP), entidade autárquica, foi instituído em 1992, através da Lei Estadual 10.066, de 27 de julho com a criação da Secretaria de Estado de Meio Ambiente. Tendo como missão: proteger, preservar, conservar, controlar e recuperar o patrimônio ambiental, buscando melhor qualidade de vida e o desenvolvimento sustentável com a participação da sociedade, conforme o próprio *site* da referida instituição, In: <http://www.iap.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=348>, acessado em 20 mar.2013.

³ A exigência de cadastramento atende a Resolução Conama 273/00, regulamentada no Estado pela Resolução Sema 038/09, que obriga os postos de combustível a obter o licenciamento ambiental para o funcionamento. O prazo no Paraná foi aberto em maio/2011, mas até agora apenas pouco mais de um quarto dos revendedores de combustíveis do Estado fizeram o cadastro. São 595 postos com o cadastro concluído e 111 com o processo em andamento. O Paraná

tem cerca de 2 mil postos. In: <http://www.iap.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=67>, acessado em 20 mar. 2013.

⁴ Conforme atesta o próprio site do IAP, acessado em 22 mar. 2013, especificamente no sítio: <http://www.iap.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=891>.

⁵ Ou *Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil com Garantia Fidejussória e Comodato*, ou *Contrato de Concessão Comercial e Comodato* e outras denominações do estilo.

⁶ Equipamentos (*Sistema Subterrâneo de Armazenamento de Combustíveis (tanques e sistema de ligação) – SASCs*).

⁷ Esta conferência promovida pela ONU foi um marco, contou com a participação de 113 países. O ministro do Meio Ambiente da Alemanha destacou a importância da solidariedade e a responsabilidade global pelo meio ambiente, enfatizando que “*somos um mundo só*” e conclamou a todos para uma mudança de atitude, alertando que “*o que não solucionarmos hoje deixará uma pesada carga aos nossos filhos e às gerações futuras... este contato com as futuras gerações nos obriga*”. Cf. TOPFER, Klaus, *Solidariedade e responsabilidade global pelo meio ambiente e pelo desenvolvimento* (In. A política ambiental da Alemanha a caminho da Agenda 21. Tradução e revisão: SPERBER S. C. Ltda. Centro de Estudos. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1992, p. 01). Nesta conferência foi dado um alerta mundial sobre os riscos à existência humana trazidos pela degradação excessiva. O Brasil, na época, teve uma postura retrógrada.

⁸ Conforme doutrina Cláudia Carvalheiro em sua excelente dissertação de mestrado, defendida junto à Faculdade de Direito da PUC-SP; in: CARVALHEIRO, Cláudia. *Licenciamento ambiental e urbanístico dos postos de gasolina localizados no município de São Paulo: aspectos teóricos e práticos*, dissertação de mestrado apresentada a Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, mai./2009. São Paulo: 2009, p. 42.

⁹ *Polluter Pays Principle*, também muito conhecido na doutrina pela sigla PPP.

¹⁰ Lei 6.938/81: Art. 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III – **poluição**, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV – **poluidor**, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V – recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. (*grifos nossos*)

¹¹ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 771.

¹² Princípio da prevenção e precaução, conforme exposto no item I.II.1 *supra*.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato – (Organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48-49.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 188.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 189.

¹⁶ Não há acórdão em sentido contrário ao aqui exposto emanado pelo E. *Tribunal de Justiça de São Paulo*.

¹⁷ Notícia extraída do site do *Instituto Ambiental do Paraná*, acessada em 22 mar. 2013 no sítio: <http://www.iap.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=67>; informando como transcrito abaixo:

04/ago./2011 – Termina dia 12 o prazo para cadastro de postos de combustíveis no IAP

Termina no próximo dia 12 o prazo para que os postos de combustíveis no Estado se cadastrem junto ao Instituto Ambiental do Paraná (IAP) para a obtenção de licenciamento ambiental. O objetivo é fazer um diagnóstico e atualizar as informações sobre as condições de armazenamento de combustíveis, dos serviços e produtos oferecidos por esses estabelecimentos.

A exigência de cadastramento atende a Resolução Conama 273/00, regulamentada no Estado pela Resolução Sema 038/09, que obriga os postos de combustível a obter o licenciamento ambiental para o funcionamento. O prazo no Paraná foi aberto em maio, mas até agora apenas pouco mais de um quarto dos revendedores de combustíveis do Estado fizeram o cadastro. São 595 postos com o cadastro concluído e 111 com o processo em andamento. O Paraná tem cerca de 2 mil postos.

¹⁸ Ver decisão liminar proferida nos Autos nº 1322-25.2011.8.16.0042 – Comarca de Alto Piquiri-PR, *in*: http://www.mp.pr.gov.br/arquivos/File/Alto_Piquiri_Decisao_Vazamento_Posto_3004.pdf.

¹⁹ Ou *Contrato de Promessa de Compra e Venda Mercantil com Garantia Fidejussória e Comodato*, ou *Contrato de Concessão Comercial e Comodato* e outras denominações do estilo.

²⁰ Equipamentos (*Sistema Subterrâneo de Armazenamento de Combustíveis (tanques e sistema de ligação)* – SASCs)

²¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 7, p. 325.

²² BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 9, jan.-mar./1998, p. 5-52.

²³ BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 9, jan.-mar./1998, p. 34.

²⁴ A sigla SASCs é a abreviação de Sistemas de Armazenamento Subterrâneo de Combustível e a sigla SAACs representa Sistemas de Armazenamento Aéreo de Combustível.

²⁵ É evidente que os grandes *postos* ou os *postos* que formam uma rede têm um poder de barganha comercial acima da média e acabam recebendo o quinhão correto relativo ao passivo ambiental.

²⁶ Localizado no site da *Universidade Federal do Paraná*, acessado em 27/mar./2013, no sítio: http://www.economiaetecnologia.ufpr.br/XI_ANPEC-Sul/artigos_pdf/a4/ANPEC-Sul-A4-04-analise_do_mercado_de_co.pdf – as páginas 15 e 16.

DISCURSO DE POSSE DOS JUÍZES SUBSTITUTOS/2012

ADALBERTO JORGE XISTO PEREIRA

Desembargador do TJPR e presidente, em exercício, da Comissão
Examinadora do Concurso

EXCEROTOS

“Certamente, não foram poucas as horas destinadas aos árduos estudos, nem poucos foram os momentos em que tiveram que substituir as atividades de lazer, o descanso e o prazer imediato pelo rigoroso compromisso com estafantes leituras e reflexões, sem as quais qualquer esforço teria sido em vão, pois, como disse um pensador, ‘sem o esforço da busca, é impossível a alegria da conquista’”

“O conhecimento, no que diz respeito à Magistratura, não abrange apenas os indispensáveis conhecimentos jurídicos: legislação, doutrina e jurisprudência. Deve também o Magistrado aprender a conhecer, com profundidade, a natureza do ser humano e as suas intrincadas relações interpessoais, assim como o contexto social em que vive. Para isso é preciso ser um bom observador”

“Aquele que exerce uma atividade profissional sem motivação, sem entusiasmo, acaba transformando seus encargos num fardo pesado demais para carregar, comprometendo o bom desempenho profissional”

“É imprescindível que o Magistrado saiba fundamentar suas decisões baseado na boa doutrina jurídica, mas que saiba também que para fazer Justiça é igualmente necessário apreciar os fatos com discernimento e aplicar a lei com equilíbrio e bom-senso”

“Também não se esqueçam de que um bom Juiz deve ter o coração carregado de bondade, a alma repleta de compreensão e a inteligência receptiva a todas as contingências que cercam e caracterizam o ser humano”

Meus caríssimos Juízes Substitutos

Neste solene e festivo momento, olho para o rosto de cada um de vocês e percebo uma grande transformação. Seus olhos já não mais refletem aquele sentimento de incerteza quanto ao êxito final, aquela dúvida angustiante que lhes assomava o semblante quando se postaram, com firmeza, altivez e esperança, perante a banca examinadora para a realização da prova oral – a última e, talvez, a mais temida etapa do concurso.

Lembro-me muito bem – porque eu estava lá, como presidente da banca – de que, a cada desafiadora pergunta lançada pelo examinador, seus olhos se voltavam para dentro de si mesmos, numa fatigante busca do conhecimento ali armazenado.

Agora, com a mesma alegria de todos aqueles que aguardavam a triunfante chegada de cada um de vocês ao ponto final dessa árdua jornada, olho para os seus rostos e vejo, no brilho de seus olhos, o imenso, embora contido, sentimento de euforia que se aloja em seus corações. Euforia pela conquista de um sonho incomum, perseguido com ardor durante um longo período de preparação. Euforia também, imagino, por estarem proporcionando a seus entes queridos, amigos e colegas o prazer de festejarem a exitosa chegada ao destino.

Por isso, tanto o disfarçado júbilo – contido por força do ritual deste ato solene – que se estampa em seus semblantes, quanto as silenciosas vozes de seus corações em festa, estão a nos dizer, com inusitado entusiasmo, que hoje é, realmente, um dia muito especial em suas vidas. Especial porque estão vivenciando a consagração de uma bem-sucedida caminhada no campo profissional.

Ao chegarem até aqui, venceram, com justificado mérito, o primeiro grande desafio apresentado pela carreira da Magistratura.

Posso imaginar – pois já passei pela mesma experiência – que essa valiosa conquista exigiu desmedido esforço e incomum dedicação.

Certamente, não foram poucas as horas destinadas aos árduos estudos, nem poucos foram os momentos em que tiveram que substituir as atividades de lazer, o descanso e o prazer imediato pelo rigoroso compromisso com estafantes leituras e reflexões, sem as quais qualquer esforço teria sido em vão, pois, como disse um pensador, *“sem o esforço da busca, é impossível a alegria da conquista”*.

Vencido, assim, o primeiro desafio, é chegada a hora de se prepararem para o segundo, este não menos importante que o primeiro. Para usar uma metáfora inspirada no jargão forense, pode-se dizer que as provas dos autos demonstraram cabalmente que todos vocês estão teoricamente preparados para o exercício da nobre – sagrada até, como dizem alguns – missão de julgar.

O segundo desafio, que lhes é apresentado a partir deste ato solene, consiste em exercer a Magistratura com sabedoria, honradez e competência. Só assim serão dignos da toga, respeitados pela comunidade e motivo de orgulho para o Poder Judiciário.

É imperioso lembrar que o caminho da aprendizagem não tem fim. Por ele seguimos durante toda a nossa vida. Assim que chegarem às suas Comarcas, tem início a aprendizagem prática, aquela que resulta do exercício diário da profissão toda vez que se defrontarem com um caso concreto.

Para facilitar esse choque com a realidade, é importante dizer que o êxito em qualquer profissão – inclusive e principalmente na Magistratura – depende, dentre outros, de três fatores básicos: conhecimento, habilidade e motivação.

O conhecimento, no que diz respeito à Magistratura, não abrange apenas os indispensáveis conhecimentos jurídicos: legislação, doutrina e jurisprudência. Deve também o Magistrado aprender a conhecer, com profundidade, a natureza do ser humano e as suas intrincadas relações interpessoais, assim como o contexto social em que vive. Para isso é preciso ser um bom observador.

No que se refere à habilidade, entre as tantas que o Magistrado deve desenvolver, duas são imprescindíveis: uma delas é a habilidade para escrever com propriedade, clareza, precisão e correção, porque nada é mais angustiante para um Juiz do que ter chegado a uma justa decisão e não conseguir, na sua sentença, revestir suas ideias com as palavras apropriadas, de tal forma que fique inequivocamente demonstrado às partes quem está com a razão.

A outra habilidade igualmente importante é aquela que modernamente se denomina “Inteligência Emocional”. É esta que permite ao Magistrado manter um cordial e sereno relacionamento com as partes, com os profissionais do Direito, com os serventuários da Justiça, e com todas as demais pessoas de sua comunidade.

É a Inteligência Emocional que também ajuda o Juiz a suportar as eventuais agressões verbais e a cólera dos vencidos, os quais nem sempre reconhecem sua carência de direito e explodem, sob paixões violentas, que lhes cegam o entendimento.

Quanto a isso, certa feita o Desembargador Tadeu Costa, Ex-Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Paraná, afirmou: *“Na função de Corregedor, tenho constatado que alguns Magistrados, ofendidos com frases contidas em petições ou arrazoados de advogados, perdem totalmente a serenidade e, em resposta, usam de expressões chulas, grosseiras, injuriosas, que maculam as nobres funções jurisdicionais.*

(...)

Não contesto o direito de o Magistrado, movido pela cólera justa, responder a ofensas irrogadas por advogados, pois, na vida forense, nem sempre se consegue atingir os cimos altaneiros e enobrecedores da tolerância e do espírito cristão. As aleivosias, porém, devem ser verberadas com alta dignidade, sem o censurável excesso de linguagem, incompatível com a grandeza do cargo”.

O terceiro fator para o sucesso profissional – este ligado ao bom desempenho e à produtividade pessoal – é a motivação. Há que se ter motivação para enfrentar as dificuldades que se interpõem entre as idealísticas concepções teóricas e a desnuda, e às vezes cruel, realidade da prática cotidiana. Aquele que exerce uma atividade profissional sem motivação, sem entusiasmo, acaba transformando seus encargos num fardo pesado demais para carregar, comprometendo o bom desempenho profissional.

No exercício da judicatura, aquele que não se entusiasmar com o seu trabalho não encontrará forças para debruçar-se sobre as centenas de processos que lhes chegam às mãos, nem para dedicar-se ao árduo estudo das questões que lhe são submetidas, a fim de solucioná-las de forma justa.

Também não encontrará forças para apreciar exaustivamente as provas trazidas aos autos ou para ouvir atentamente as razões das partes. Se não se encantar com a profissão, o Magistrado

O êxito em qualquer profissão depende, dentre outros, de três fatores básicos: conhecimento, habilidade e motivação

corre o risco de sucumbir às sedutoras tentações que poderão desviá-lo dos modelos de conduta compatíveis com a dignidade da função.

Já dizia Rui Barbosa que: *“o trabalho vos há de bater à porta dia e noite; e nunca vos negueis às suas visitas, se quereis honrar vossa vocação”*.

É este, portanto, o momento oportuno para realçar o valor da prática profissional.

Por essa razão, valendo-me, mais uma vez dos ensinamentos do notável Rui Barbosa, repito aqui as palavras que proferiu durante uma solenidade de formatura da Faculdade de Direito

**Todo Juiz deve
exercer a
autoridade com
firmeza, mas
jamais deve deixar
de cultivar a
humildade**

de São Paulo nos idos de 1920. Disse Rui: *“Que se feche por alguns instantes o livro da ciência; e folheemos juntos o livro da experiência, pois este, ao ser escrito sob o suor de longos anos de prática, contém ensinamentos igualmente importantes”*.

Assim, meus caros Juízes Substitutos, baseado na minha experiência pessoal e profissional, bem como nas de outros Magistrados, se me fosse dado o direito de lhes dar alguns conselhos, eu lhes diria, entre outras coisas, principalmente o seguinte:

– Lembrem-se de que todo Juiz deve exercer a autoridade com firmeza, mas jamais deve deixar de cultivar a humildade, pois essa virtude enobrece o ser humano.

– É imprescindível que o Magistrado saiba fundamentar suas decisões baseado na boa doutrina jurídica, mas que saiba também que para fazer Justiça é igualmente necessário apreciar os fatos com discernimento e aplicar a lei com equilíbrio e bom-senso.

– No exercício da judicatura, bem como nas relações sociais, deve o Juiz dispensar a todas as pessoas, sem exceção, um tratamento respeitoso e cortês.

– Jamais se esqueçam de que, entre todos os profissionais, é o Juiz que tem em suas mãos uma maior parcela de autoridade e disponibilidade da própria criatura humana. É o Juiz quem interfere e delibera em relação ao patrimônio das pessoas. É quem regula e dá às pessoas permanência ou não nos laços de família. É quem fecha a porta da prisão ao condenado ou se lhe abre, um dia, para a liberdade. É quem tem a possibilidade de manter incólume a honra do homem nas causas de calúnia,

injúria ou difamação. É quem, em suma, goza da possibilidade de interpretar e aplicar a Lei e distribuir Justiça. É por isso que Benthan, em sua sabedoria, afirmou que *“o instante em que o homem mais se aproxima de Deus é quando julga”*. É essa grande e incomensurável tarefa, não obstante nossas limitações humanas, que vocês, meus caros Juízes Substitutos, se dispõem a executar.

– Também não se esqueçam de que um bom Juiz deve ter o coração carregado de bondade, a alma repleta de compreensão e a inteligência receptiva a todas as contingências que cercam e caracterizam o ser humano.

– Sigam também a sábia recomendação que o inesquecível personagem Dom Quixote, criado pelo talentoso Cervantes, transmitiu ao seu fiel escudeiro, Sancho Pança. Disse Dom Quixote: *“Onde houver lugar para a equidade, não carregues a mão com o rigor da lei. Se houveres de dobrar a vara da justiça, que seja com o peso da misericórdia e não com o dos favores”*.

– E por último, não devemos nos esquecer da lição do sempre citado Piero Calamandrei, que recomenda: *“Põe o mesmo escrúpulo nos julgamentos de todas as causas, por mais humildes que sejam. Não há grandes e pequenas causas, visto não ser a injustiça como aqueles venenos a respeito dos quais certa medicina afirma que, tomadas em grandes doses, matam, mas tomados em doses pequenas, curam. A injustiça envenena, mesmo em doses homeopáticas”*.

E tão importante quanto a competência técnica é o conjunto de valores éticos que o Magistrado deve levar consigo durante o curso de sua vida pessoal e profissional.

É por essa razão que todo Juiz deve estar atento ao Código de Ética da Magistratura Nacional, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual contém, pode-se assim dizer, os “Dez Mandamentos do Magistrado”, que são:

- 1º) a independência;
- 2º) a imparcialidade;
- 3º) a transparência;
- 4º) a integridade pessoal e profissional;
- 5º) a diligência e dedicação;
- 6º) a cortesia;
- 7º) a prudência;
- 8º) o sigilo profissional;

9º) o conhecimento e capacitação; e

10º) a dignidade, honra e decoro.

Saibam, por outro lado, que ao colocarem o pé na estrada em direção a suas Comarcas, estarão dando início a uma venturosa caminhada que poderá levá-los ao pleno sucesso profissional. Seu destino está em suas mãos. Transformem sua vida em exemplo a ser seguido pelos que virão pela mesma trilha, com os mesmos ideais, com os mesmos propósitos e com o mesmo desejo de sucesso.

Ao longo desse caminho, certamente, encontrarão facilidades e dificuldades, serão elogiados ou criticados, enfim, terão momentos de alegria e de tristeza. Como diz John Denver numa bela e antiga canção, *“alguns dias são de pedras, outros de diamantes”*.

Por isso, quando um dia de sol escaldante surgir, saibam esperar pela noite, em que a caminhada poderá ser mais fácil e mais amena. E quando a noite aparecer e a escuridão tornar mais difícil a jornada, saibam esperar por um novo dia de sol e receber o seu calor assim como se recebe uma bênção divina.

E ao arrumarem suas bagagens – de coisas materiais, intelectuais e espirituais – que levarão consigo durante a longa jornada profissional que hoje se inicia, não se esqueçam de nelas incluir a certeza de que podem considerar cada integrante da Banca Examinadora, especialista em sua respectiva área de atuação, um verdadeiro amigo. Um amigo de todas as horas, sempre disposto a oferecer a orientação necessária para que possam transformar a atividade judicante que ora se inicia numa feliz, produtiva e gratificante carreira.

Peço-lhes, por fim, que nunca esqueçam de orar, que nunca esqueçam da *“Prece de um Juiz”*, escrita pelo Magistrado catarinense João Alfredo Medeiros Vieira, exemplar da qual hoje lhes foi entregue como lembrança da Presidência deste Tribunal e da Banca Examinadora do Concurso.

Com um seu fragmento, encerro minha fala:

“AJUDA-ME SENHOR!

Quando as minhas horas se povoarem de sombras; quando as urzes e os cardos do caminho me ferirem os pés; quando for grande a maldade dos homens; quando as labaredas do ódio crepitarem e os punhos se erguerem; quando o maquiavelismo e a solécia se insinuarem nos caminhos do Bem e inverterem as regras da Razão,

quando o tentador ofuscar a minha mente e perturbar os meus sentidos.

AJUDA-ME, SENHOR!

Quando me atormentar a dúvida, ilumina o meu espírito, quando eu vacilar, alenta a minha alma, quando eu esmorecer, conforta-me, quando eu tropeçar, ampara-me.

E QUANDO UM DIA finalmente eu sucumbir e então como réu comparecer à Tua Augusta Presença para o último Juízo, olha compassivo para mim. Dita, Senhor, a Tua sentença. Julga-me como um Deus. Eu julguei como homem. ”

SEJAM FELIZES E QUE DEUS OS ABENÇOE.

Tenho dito, Senhor Presidente.

Muito obrigado.

ALGUMAS ANOTAÇÕES SOBRE O ÚLTIMO ACORDO ORTOGRÁFICO

ALBINO BRITO FREIRE

Juiz aposentado e membro da Academia Paranaense de Letras

1. Origem da palavra vacina. Origina-se do latim vaccina (= relativo à vaca). As primeiras experiências datam de 1775, na França, e aconteceram a partir da cura de certas doenças (pústulas) que ocorriam nas tetas das vacas. Em tais circunstâncias, bem razoável a afirmação de Houaiss de que essa palavra chegou até nós pelo francês vaccine.

2. Narguilé ou narguilhé – Essa a forma correta da palavra que significa uma espécie de cachimbo usado por persas, hindus e turcos. E não como ouvimos em recente entrevista: narguile.

3. “O peso dos produtos individualmente podem oscilar na sua montagem.” Foi assim que vimos nos textos de propaganda de uma grande empresa. Errado! O verbo deve ficar no singular (pode), pois o sujeito da oração é “o peso dos produtos”.

4. A tradução das letras iniciais RIP que, não raro, se leem nos frontispícios de cemitérios, é: R = requiescant (descansem), I = in (em), P = pace (paz).

5. Latino-americano. Com hífen, sim senhor! E não como se tem visto por aí, sem hífen. Anote também: “Práticas latino-americanas.” A palavra composta de dois adjetivos tem variação apenas no último elemento.

6. Vamos pronunciar corretamente. São oxítonas as palavras seguintes: cateter, ruim, recém, ureter (que se pronunciam assim: catetér, ruím, recém, uretér). Não obstante, Houaiss adverte que a pronúncia predominante, no Brasil, é catéter (paroxítona).

7. Em latim, ego significa eu. Observe algumas palavras formadas com ego: egoísmo, ególatra, egomania, egotismo, egocêntrico, egolatria, egoísta etc.

8. a) Polímata: sábio, erudito, sumidade.
b) Sortilégio: magia, bruxaria, encanto, feitiço.
9. Ergástulo significa prisão, cárcere, calabouço.
10. a) A palavra MÁXIMO pronuncia-se MÁSSIMO.
b) O latinismo MÁXIME pronuncia-se MÁCSIME.

LEMBRETE: *Seja objetivo e conciso. O que você pode dizer em uma palavra, não o faça em duas. Se você pode dizê-lo em uma frase, não o faça em uma página. Não dispense nunca a revisão do que escreveu. É nessa fase que você vai, num serviço paciente de ourivesaria, enxugar o texto e embelezá-lo.*

JURISPRUDÊNCIA

EMENTÁRIO DO TJPR

Julgados do Órgão Especial

ADMINISTRATIVO

Candidato aprovado fora do número de vagas ofertadas possui mera expectativa de direito

Mandado de segurança - Administrativo - Concurso público - Magistério estadual - Docência de ensino fundamental e ensino médio - Disciplina de educação física - Núcleo regional de educação de Jacarezinho - Impetrante que logrou aprovação no certame, porém com posicionamento na classificação final na 27ª colocação, além do número de cargos públicos ofertados (24 vagas) - Preterição não caracterizada - Mera expectativa de direito do candidato/impetrante à nomeação - Precedentes. Denegação da ordem impetrada. (TJ/PR - Mand. de Segurança n 919.913-9 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Prestes Mattar** - Fonte: DJ, 05.04.2013).

Classificação dentro do número de vagas ofertadas no concurso público acarreta direito subjetivo a nomeação

Mandado de segurança - Concurso público para provimento no cargo de técnico judiciário na comarca de Joaquim Távora - Classificação dentro do número de vagas - Comprovada a necessidade da

administração pública - direito subjetivo - Nomeação que se impõe - Segurança concedida. Comprovada a necessidade da Administração Pública, em face da não assunção de dois candidatos, e sendo a classificação dentro do número de vagas, mesmo antes de findo o prazo do concurso, a nomeação do impetrante, próximo na classificação, é medida que se impõe.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 962299-1 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luís Carlos Xavier** - Fonte: DJ, 05.04.2013).

Exercício do poder discricionário pela administração pública não pode ser confrontado pelo Poder Judiciário

Mandado de segurança. Impetrante ocupante do cargo efetivo de “segurança” e em comissão de “coordenador da segurança da assembleia legislativa do Estado do Paraná”. Disponibilidade funcional em decorrência da criação do gabinete militar da presidência. Alegação de desvio de finalidade e de violação ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos. Inexistência do direito líquido e certo sustentado pelo impetrante. Ato de extinção do cargo decorrente do poder discricionário do administrador

público, não cabendo ao judiciário confrontá-lo. Ordem denegada. 1. Não há nenhuma ilegalidade no ato que colocou o impetrante em disponibilidade, bem como não ocorreu ofensa ao princípio da irredutibilidade dos seus vencimentos, a ensejar a concessão da ordem almejada. 2. A temporária disponibilidade funcional do impetrante é decorrente da extinção do cargo comissionado que exercia, de coordenador de segurança da 'ALEP' simbologia 'DAS-4' e, a reclamada redução salarial, verifica-se exatamente na supressão das verbas inerentes ao extinto cargo comissionado.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 784025-1 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **D'Artagnan Serpa Sá** - Fonte: DJ, Fonte: 11.07.2012).

Existência de processo criminal contra delegado impede promoção

Agravo regimental. Mandado de segurança. Decreto de promoção do impetrante da 4ª para a 3ª classe na carreira de Delegado da Polícia Civil tornado sem efeito. A existência de processo criminal proposto contra o servidor impede a promoção na carreira. Inexistência de violação ao princípio da presunção de inocência. Precedentes. Não preenchimento dos requisitos previstos no artigo 43, inciso ii, da Lei 14/82, autorizadores da promoção. Poder de autotutela da administração pública. Súmula 473, do STF. Inexistência de direito líquido e certo. Não preenchimento dos pressupostos do artigo 10, *caput*, da Lei do Mandado de Segurança. Indeferimento da inicial. Decisão mantida.

Agravo não provido. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que não viola o princípio da presunção de inocência a exclusão de militar, do quadro de promoção, na hipótese de estar denunciado em processo criminal." (STF. RE 434198 AgR. DJe. 30.03.2012 - *mutatis mutandis*) (TJ/PR - Ag. Regimental n. 968328-1/01 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Dulce Maria Cecconi** - Fonte: DJ, 14.12.2012).

Fazenda Pública pode recusar nomeação de precatórios à penhora

Agravo Regimental - Exame de admissibilidade de recurso especial - Seguimento negado - Nomeação de precatórios judiciais à penhora - Recusa da Fazenda Pública - Possibilidade - Princípio da menor onerosidade - Aplicação que depende do exame do conjunto fático-probatório - Óbice da súmula 07/STJ - Precedentes - Decisão da câmara em harmonia com a orientação firmada no caso representativo da controvérsia - Correta aplicação do disposto no art. 543-C, § 7º, I, do CPC - Agravo não provido. (TJ/PR - Ag. Regimental n. 695592-2/03 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Mendonça de Anunciação** - Fonte: DJ, 07.02.2013).

Nomeação dos membros das JARIs é ato discricionário do governador, portanto sujeito a critérios de conveniência e oportunidade

Mandado de segurança. Decreto estadual nº 746, de 03/03/2011. Composição das Juntas Administra-

tivas de Recursos de Infrações de Trânsito - JARI'S do Departamento de Trânsito - DETRAN/PR. Ato apon-
tado como coator que teria deixado
de nomear 2 membro indicado pelo
sindicato impetrante para compor as
JARI'S, violando seu alegado direito
líquido e certo. Inocorrência. Alegada
nulidade parcial do referido decreto
na parte em que nomeia membros
de entidades que não se enquadram
no conceito de "entidades represen-
tativas da sociedade ligadas à área de
trânsito". Ausência do alegado direi-
to líquido e certo. Ordem denegada.
- Embora a legislação correlata (Res.
357/2010 do CONTRAN e Decretos
Estaduais 7473/2010 e 1646/2011)
garanta ao impetrante e às demais
"entidades representativas ligadas à
área de trânsito" a possibilidade de
indicar pessoas para eventualmente
compor uma das Juntas Administrati-
vas de Recursos de Infrações - JARI's,
o ato de nomeação dos membros das
JARI's é ato discricionário do Senhor
Governador do Estado, sujeito a cri-
térios de conveniência e oportunida-
de.- Eventual incompatibilidade dos
litisconsortes 3 passivos com o con-
ceito de 'entidades representativas da
sociedade ligadas à área de trânsito',
não garante ao Impetrante o direito
de ter um de seus representantes no-
meados como membro de JARI.
(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 777925-5
- Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des.
Jesus Sarrão - Fonte: DJ, 04.03.2013).

Norma que estabelece que gestante somente pode tomar posse após licença-maternidade é ilegal

Ação direta de inconstitucionalidade - Legitimidade ativa - Ocor-

rência - Lei municipal que dispõe
sobre concursos públicos para pro-
vimentos de cargos - Norma esta-
belecendo que a gestante com mais
de oito meses de gestação, somen-
te tomará posse após 180 dias con-
tados da 37ª semana de gestação
ou da data de nascimento da crian-
ça - Violação ao princípio da igual-
dade e dignidade da pessoa hu-
mana - Infringência aos artigos 1º,
incisos I e III, 27, incisos II e IV, 165
e 173, da constituição do Estado do
Paraná - Ação julgada procedente,
para declarar a inconstitucionalida-
de do § 6º, do artigo 25, da Lei Mu-
nicipal nº 5.598/2010, do município
de Cascavel.

(TJ/PR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 904.285-7 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Guilherme Luiz Gomes** - Fonte: DJ, 24.01.2013).

O ente público deve proceder à nomeação de candidato aprovado em concurso público segundo os postulados de oportunidade e conveniência

Mandado de segurança - Admi-
nistrativo - Concurso público - Cargo
de técnico judiciário da comarca de
Formosa do Oeste - Candidato apro-
vado, em 3º lugar, dentro do número
de vagas ofertadas no certame - Va-
lidade, no entanto, do prazo do con-
curso prorrogado até 09/06/2014 -
Aventada ofensa à direito subjetivo
à nomeação - Inocorrência - Prerro-
gativa da administração pública de
proceder à nomeação segundo os
postulados de oportunidade e con-
veniência - Precedentes - Atuação
de servidora municipal, à disposição
do poder judiciário - Preterição ine-
xistente, eis que o convênio de coo-

peração entre os órgãos públicos foi firmado anteriormente ao certame. Segurança denegada.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 975.629-4 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Prestes Mattar** - Fonte: DJ, 05.04.2013).

Poder Judiciário não pode modificar ato administrativo que não apresenta ilegalidade

Agravo regimental. Mandado de segurança. Concurso público para juiz substituto - Edital nº 01/2012. Reprovação na prova prática - Sentença criminal. Inconformismo com os critérios de correção - Decisão fundamentada da comissão de concurso. Ilegalidade não configurada. Apreciação pelo Poder Judiciário - Inadmissibilidade. Poder discricionário. Hipótese não amparada - Mantido o indeferimento da inicial (Art. 10, Lei 12016/2009). Recurso improvido. “Cássio Scarpinella Bueno, comentando o art.10 da Lei 12016/2009 esclarece que “o dispositivo insinua - e o faz corretamente - que o indeferimento liminar da petição inicial possa envolver também questão de mérito. Não só pelo reconhecimento desde logo da decadência, que é, no particular, expressamente referida, superando a discussão que, a esse respeito, existia na doutrina, mas também quando for patente a inexistência de direito a ser amparado pelo impetrante. (A Nova Lei do Mandado de Segurança, Ed. Saraiva, 2ª edição, pág.93).”

(TJ/PR - Ag. Regimental n. 987.355-0/01 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Miguel Pessoa** - Fonte: DJ, 21.02.2013).

Possível anulação de questão em concurso público quando existe evidente ilegalidade

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público - Juiz substituto. Anuladas questões da prova objetiva pela comissão do concurso. Ofensa a direito líquido e certo. Ilegalidade configurada. Controle jurisdicional. Possibilidade na hipótese de vício evidente - Entendimento do STJ. Anulação indevida da questão nº 28 pela banca examinadora. Concessão parcial da ordem “Na hipótese de flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público ou ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade” (STJ, Ag.Rg no REsp 165843/RJ. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. DJe 22/08/2012).

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 947190-7 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Miguel Pessoa** - Fonte: DJ, 13.03.2013).

Postulante que permanece em concurso público em razão de decisão judicial não possui direito líquido e certo a nomeação

Mandado de segurança. Concurso público. Investigador da Polícia Civil. Candidato que garantiu sua participação na terceira, quarta e quinta fase do certame, através de liminar concedida em sede de mandado de segurança (autos nº 0044586-12.2011.8.16.0004). Aprovação. Decisão confirmatória da liminar ainda não transitada em julgado. Inexistência de direito lí-

quido e certo à nomeação. Reserva de vaga. Admissibilidade. Pedido alternativo acolhido. Segurança parcialmente concedida. A jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal firmou o entendimento de que o candidato que permanece no certame público por força decisão judicial provisória não tem direito líquido e certo a nomeação, sendo-lhe assegurado apenas a reserva de vaga (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1221586/MS, Rel. Ministro Castro Meira. DJe 25/03/2011; MS nº 12.786/DF, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 21/11/2008; RMS n.º 22.473/PA. Relator o Ministro Felix Fischer. DJ de 4/6/2007; REsp n.º 677.072/AL. Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca. DJ de 5/12/2005).

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 974322-6 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lauri Caetano da Silva** - Fonte: DJ, 21.02.2013).

Reclassificação de candidatos em concurso público por retificação de alternativa correta

Mandado de segurança. Direito administrativo. Concurso público. Questão de prova sobre a qual a banca de concurso fez publicar novo gabarito, retificando a alternativa considerada correta, por força do acolhimento de recursos. Situação da qual resultou a reclassificação dos candidatos no certame. Hipótese prevista no edital. Princípio da vinculação. Tentativa do impetrante de alterar o pedido inicial quando já havia sido notificada a autoridade coatora. Inadmissibilidade. Segurança denegada.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 930918-4 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Cunha Sobrinho** - Fonte: DJ, 18.02.2013).

Remuneração de funcionário público em disponibilidade é proporcional ao tempo de serviço

Mandado de segurança. Insurgência contra ato da comissão executiva da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná que determinou a disponibilidade funcional remuneração dos ocupantes do cargo de segurança. Pleito anulatório. Impossibilidade. Inexistência de ilegalidade no ato. Disponibilidade assegurada na constituição federal, bem como na constituição estadual. Poder discricionário da administração pública. Princípio da irredutibilidade de vencimentos não violado. Servidor em disponibilidade que terá direito a remuneração proporcional ao tempo de serviço. Inteligência dos arts 41, § 3º da CF, E 36, § 3º da CE. Ausência de ofensa a direito líquido e certo. - Segurança denegada. I. Não se verifica ilegalidade no ato realizado, uma vez que há previsão constitucional da possibilidade de colocação do servidor público em disponibilidade, encontrando-se formalmente perfeito o ato impugnado pelo impetrante, o qual, inclusive, está devidamente fundamentado. II. A Constituição Federal, em seu artigo 41, § 3º, estabeleceu que a remuneração para o servidor estável, em disponibilidade, cujo cargo tenha sido extinto, será proporcional ao tempo de serviço. Art. 41. § 3º. Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração

proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo”.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 780821-7 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lídio José Rotoli de Macedo** - Fonte: DJ, 15.03.2012).

Servidor não pode ser investido em cargo que não integra carreira na qual anteriormente foi aprovado em concurso público

Mandado de segurança contra ato do presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - Decreto de nomeação de candidato aprovado para o cargo de escrivão do crime da 3ª vara criminal de Londrina - Ausência de direito líquido e certo do impetrante à permanência no cargo, vez que respondia a título precário pela serventia - Estabilidade prevista no art. 19 do ADCT inaplicável ao caso em virtude do impetrante ter sido aprovado em concurso público para o cargo de auxiliar de cartório - Impossibilidade de investidura em carreira diversa - Inteligência do inciso II do art. 37 da Constituição da República e da súmula 685 do Supremo Tribunal Federal - Segurança denegada. 1. “É inconstitucional toda a modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido” (Súmula 685, do excelso Supremo Tribunal Federal). 2. Segurança denegada.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 707.137-4 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Guilherme Luiz Gomes** - Fonte: DJ, 23.01.2013).

Sujeito não pode ser excluído de concurso público em razão de inquérito policial

Processual Civil e Administrativo. Policial Militar. Mandado de segurança. Curso de formação de cabos - Idoneidade moral. Exigência - Impossibilidade - Fundamento constitucional - Prevalência do princípio da presunção da inocência - Incidente de declaração de inconstitucionalidade procedente. Em prestígio ao princípio da presunção de inocência, inadmite-se a exclusão de candidatos em concurso público, que respondem a inquérito policial ou ação penal sem trânsito em julgado.

(TJ/PR - Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 759593-5/01 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Regina Afonso Portes** - Fonte: DJ, 25.05.2012).

Tribunal de Contas é competente para fiscalizar licitação

Mandado de segurança. Suspensão do processo de licitação pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Preliminar de ilegitimidade passiva. Afastada. Mérito. Alegação de incompetência do TCE para fazer controle prévio do procedimento licitatório. Afastada. O STF firmou entendimento de que o Tribunal de Contas possui competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar, examinar editais de licitação publicados e legitimidade para expedição de medida cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. Ordem denegada. O Tribunal de Contas do Estado do

Paraná agiu dentro de sua competência e legitimidade para a suspender do processo de licitação na modalidade de concorrência pública nº 001/2010. Impossível a revisão pelo poder judiciário do mérito de decisão prolatada no âmbito admi-

nistrativo, vez que só pode analisar a legalidade do ato impugnado. Ordem denegada.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 846673-5 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **D'Artagnan Serpa Sá** - Fonte: DJ, 06.03.2013).

CIVIL E PROCESSO CIVIL

Concessão de liminar inaudita altera parte é medida excepcional

Agravo regimental. Mandado de segurança. Nulidade de processo administrativo disciplinar instaurado contra servidor público. Indeferimento da liminar. Ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* confirmada. Decisão liminar mantida. Agravo regimental não provido. Na apreciação da liminar, cabe verificar tão-somente a presença ou não dos pressupostos previstos no artigo 7º, inciso III da Lei nº 12016/2009, deixando para o exame do mérito as outras questões suscitadas no Mandado de Segurança. Do mesmo modo, a concessão de liminar inaudita *altera pars*, em nosso sistema, é medida excepcional, exigindo, em cotejo dos incisos XXXV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, que a não concessão da liminar ponha em risco a eficácia da tutela jurisdicional pleiteada, além da relevância do fundamento do pedido.

(TJ/PR - Ag. Regimental n. 990531-5/01 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Maria José de Toledo Marcondes Teixeira** - Fonte: DJ, 14.02.2013).

Correição parcial não pode ser utilizada contra ato de órgão fracionário do Tribunal e de seus membros

Embargos de declaração. Decisão singular que não admitiu os embargos infringentes opostos do acórdão que conheceu do recurso interposto como agravo regimental e a ele negou provimento, sob o entendimento de que não cabe correição parcial contra ato de órgão fracionário do tribunal e de seus membros. Embargos infringentes não admitidos em razão da ausência dos pressupostos para o seu conhecimento. Ausência de omissão a ser suprida. Recurso rejeitado.

(TJ/PR - Embs. de Declaração em Correição Parcial n. 930.079-2/02 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carlos Mansur Arida** - Fonte: DJ, 12.03.2013).

Decisão monocrática pode dar provimento a agravo de instrumento

Agravo regimental. Rejeição do pedido de correição parcial. Decisão provendo agravo de instrumento. Possibilidade. Artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil CPC. Inexistência de *error in proce-*

dendo. Ciência inequívoca da decisão com a baixa dos autos. Possibilidade de recorrer. Pressupostos da correição parcial ausentes - Agravo desprovido. Não houve, na hipótese, *error in procedendo* na medida em que, em razão do entendimento consolidado da jurisprudência em sentido contrário ao da decisão agravada, perfeitamente possível o provimento do agravo de instrumento por ato monocrático do relator, como ocorreu, de modo que a decisão do magistrado tem pleno suporte no artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, com a redação introduzida pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. A ora agravante, bem como seus advogados, por terem tido inequívoco conhecimento da decisão proferida no agravo de instrumento, ainda que com a baixa dos autos à Comarca, poderiam ter interposto o recurso previsto no artigo 557, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, inclusive questionando a validade da intimação para destacar a sua tempestividade, porque, além da norma do artigo 242 do Código de Processo Civil, consolidado é o entendimento de que o *dies a quo* do prazo para recorrer é a ciência inequívoca do conteúdo da decisão.

(TJ/PR - Agr. Regimental n. 765084-8/02 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. Rogério Coelho - Fonte: DJ, 18.08.2011).

Declaração de hipossuficiência possui presunção relativa de veracidade

Agravo regimental. Pedido de assistência judiciária gratuita - Aus-

tuação em apartado ao recurso de apelação - Decisão do 1º vice presidente pelo indeferimento. Ação de reparação de danos morais. Sentença mantida na quarta câmara cível. Interposição de recursos aos tribunais Superiores - STJ/STF. Presunção de insuficiência de recursos afastada. Decisão mantida. Recurso improvido. “Conquanto esta Corte admita que para a concessão da gratuidade da justiça basta mera declaração do interessado acerca da sua hipossuficiência, é certo que referido documento reveste-se de presunção relativa de veracidade, suscetível de ser elidida pelo julgador que entenda haver fundadas razões para crer que o requerente não se encontra no estado de miserabilidade declarado (AgRg no Ag 925.756/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 03.03.2008).

(TJ/PR - Ag. Regimental n. 482069-9/07 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. Miguel Pessoa - Fonte: DJ, 01.04.2013).

Embargos de declaração não podem ser utilizados para rediscussão de matéria suficientemente decidida

Embargos de declaração - Alegação de julgamento *extra petita* - Inocorrência - Omissão não configurada - Embargos rejeitados. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, não sendo cabíveis para a rediscussão de matéria suficientemente decidida.

(TJ/PR - Embs. de Declaração n. 724206-8/03 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. Regina Afonso Portes - Fonte: DJ, 12.03.2013).

Exceção de pré-executividade não pode ser utilizada para defesa que demanda dilação probatória

Agravo Regimental - Negativa de seguimento a recurso especial - Redirecionamento da execução fiscal aos sócios da empresa executada - Defesa deduzida em exceção de pré-executividade - procedimento que, por sua natureza, impossibilita a dilação probatória, imprescindível para apurar a responsabilidade dos gestores da empresa em relação ao indébito tributário - Recurso paradigma: RESP nº 1.104.900/ES - Decisão mantida - Agravo não provido.

(TJ/PR - Ag. Regimental n. 669999-8/03 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Mendonça de Anunciação** - Fonte: DJ, 07.02.2013).

Impossível aplicação de prazo decadencial previsto no art. 26/CDC, II, em ação de prestação de contas

Agravo regimental - Negativa de seguimento a recurso especial - Análise de mérito em juízo de admissibilidade - Possibilidade - Súmula 123 do STJ - Precedentes - Ação de prestação de contas - Aplicação do prazo decadencial previsto no art. 26, II, do CDC - Impossibilidade - Questão pacificada no julgamento do recurso especial nº 1.117.614/PR, representativo da controvérsia - Aplicação correta do art. 543-C, § 7º, inc. I do Código de Processo Civil - Agravo regimental não provido.

(TJ/PR - Ag. Regimental n. 759654-3/02 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Roberto Vasconcelos** - Fonte: DJ, 22.03.2013).

Município não pode legislar sobre normas de direito civil

Incidente de inconstitucionalidade - Administrativo. Mandado de segurança. Lei municipal nº 12.594/2008 - Dispõe sobre a proibição da atividade de locação de cães de guarda - Relação jurídica afeta ao Direito Civil. Competência legislativa privativa da União. Ausência de interesse local a autorizar o município legislar art. 17, I, Constituição Estadual. Incidente de declaração de inconstitucionalidade procedente. 1- A finalidade da Lei Municipal de Curitiba nº 12.594/2008 é de proibir a locação de animais para prestar serviços de segurança, sendo certo que locação e prestação de serviços são espécies de contrato, objetos de estudo do direito civil e comercial. E, a competência para legislar sobre direito civil e comercial é privativa da União, consoante art. 22, I, da Constituição Federal. 2- Não se observa interesse local a autorizar a competência legislativa do Município de Curitiba para proibir a atividade empresarial de locação, comodato, mútuo, cessão e prestação de serviços com cães de guarda (Lei Municipal de Curitiba nº 12594/2008).

(TJ/PR - Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 537318-4/01 - Órgão Especial - Ac. por maioria - Rel.: Des. **Miguel Pessoa** - Fonte: DJ, 24.03.2011).

Não cabe intervenção de terceiros em mandado de segurança

Mandado de segurança coletivo. Entidade sindical. Servidores públicos estaduais. Investigadores de polícia. Contribuição previdenciária. Alíquota progressiva. Pretendida intervenção de terceiro. Oposição. Incompatibilidade com o rito e o propósito da espécie. Alegada ilegitimidade passiva da impetrante por ausência de carta sindical e de comprovação de decisão assemblear autorizatória ao ajuizamento. Preliminares rejeitadas. Legitimidade passiva de Parana Previdência. Decadência não configurada na espécie. Impugnação a ato sucessivo e autônomo. Descabimento de litisconsórcio ulterior para estender a novos filiados do sindicato benefícios da ação. Segurança concedida para determinar a restrição da alíquota de 10% e compensar as contribuições indevidas, recolhidas a partir da impetração. - Em mandado de segurança não cabe intervenção de terceiros, face ao traço peculiar de subjetividade da espécie e a incompatibilidade do instituto com o rito da ação mandamental. - É assente na jurisprudência do STF entendimento quanto à desnecessidade de Carta Sindical para atuação dos sindicatos após a Carta Federal de 1988, bastando para comprovar a existência dessas entidades o registro em cartórios de títulos e documentos, sendo desnecessária ainda, comprovar autorização assemblear ao ajuizamento da ação. - Na impugnação a atos administrativos sucessivos e autônomos, o prazo decadencial renova-se a cada violação. - A pretensão de estender

os benefícios da impetração a sócios que não figuravam na listagem acostada à inicial, configura hipótese de formação de litisconsórcio ativo ulterior, vedada em mandado de segurança (§ 2º, art.10, Lei 12.016/2009).- A instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária dos servidores públicos não é admitida no texto constitucional que não permite interpretação extensiva. Concessão da segurança.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 930901-9 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Cunha Sobrinho** - Fonte: DJ, 15.03.2013).

Não é a mera discordância do embargante que gera a omissão, contradição ou obscuridade do acórdão

Embargos de Declaração. Omissão, contradição, obscuridade e erro material apontados. Vícios inexistentes. Rejeição. A omissão, contradição ou obscuridade não se confundem com a interpretação dada à questão decidida, com a qual o embargante não concorda. Possuindo a decisão toda a fundamentação necessária para o deslinde da controvérsia, não há que se falar em omissão ante a ausência de apreciação de determinado aspecto ou dispositivo legal, vez que o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões arguidas pelas partes, quando já encontrou elementos suficientes para formar seu convencimento. Assim, sem que se tenha identificado algum dos vícios no acórdão, impõe-se a rejeição dos embargos declaratórios manejados com manifesto fim infringente. Embargos de declaração rejeitados.

(TJ/PR - Embs. de Declaração n. 803199-0/01 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hamilton Mussi Correa** - Fonte: DJ, 15.03.2013).

Necessário *fumus bonis iuris* e *periculum in mora* para deferimento de liminar

Agravo regimental. Mandado de segurança. Nulidade de processo administrativo disciplinar instaurado contra servidor público. Indeferimento da liminar. Ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* confirmada. Decisão liminar mantida. Agravo regimental não provido. Na apreciação da liminar, cabe verificar tão-somente a presença ou não dos pressupostos previstos no artigo 7º, inciso III da Lei nº 12016/2009, deixando para o exame do mérito as outras questões suscitadas no Mandado de Segurança. Do mesmo modo, a concessão de liminar inaudita *altera pars*, em nosso sistema, é medida excepcional, exigindo, em cotejo dos incisos XXXV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, que a não concessão da liminar ponha em risco a eficácia da tutela jurisdicional pleiteada, além da relevância do fundamento do pedido.

(TJ/PR - Ag. Regimental n. 990531-5/01 - Órgão Especial - Curitiba - Ac. unânime - Rel.: Des. **Maria José Teixeira** - Fonte: DJ, 14.02.2013).

O magistrado não precisa responder, em sua decisão, a todas as questões apresentadas pelas partes

Embargos de declaração. Mandado de segurança. Compensação de débitos tributários. ITCMD. Sú-

mula nº 20 desta corte. Extinção do processo sem resolução de mérito. Obscuridade. Ausência. Análise pontual de todos os temas suscitados. Desnecessidade. Questões relevantes apreciadas. Pretensão. Rediscussão do julgado. Impossibilidade. 1. Os embargos de declaração são recurso de fundamentação vinculada, e somente podem ser acolhidos quando existente obscuridade, omissão, contradição ou erro material em pronunciamento judicial. 2. “O julgador não precisa responder, um a um, todos os pontos apresentados. Não há necessidade, outrossim, de expressa menção a todos os dispositivos legais invocados pelas partes. Importa é que todas as questões relevantes sejam apreciadas.” (REsp 844.778/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/03/2007, DJ 26/03/2007, p. 240). 3. Incabível a oposição de embargos de declaração com a finalidade de rediscutir o julgado. 4. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

(TJ/PR - Embs de Declaração n. 798.720-0/04 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Carlos Gabardo** - Fonte: DJ, 05.04.2013).

Prazo de mandado de segurança não é interrompido em razão de pedido de reconsideração

Processo civil e administrativo. Mandado de segurança. Intempestividade. Pedido de reconsideração. Indeferimento. Prazo que não se interrompe. Decadência. Ocorrência. Súmula 430 do STF. Processo extinto com julgamento de mérito. Art. 269, IV, do CPC. I Segundo estatui a Súmula de nº 430 do

STF, “o pedido de reconsideração, na via administrativa, não interrompe o prazo para o mandado de segurança”. Tal prazo para a impetração é decadencial contado da data em que o interessado teve ciência inequívoca do ato impugnado,

não podendo, também, ser suspenso. II. Decadência reconhecida.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 786.507-6 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antônio Martelozzo** - Fonte: DJ, 26.02.2013).

CONSTITUCIONAL

Alteração do regime jurídico de servidor público é competência exclusiva do chefe do Poder Executivo

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal nº 2.658/2011. Fixação do prazo da licença maternidade em 180 (cento e oitenta) dias. Disposição sobre regime jurídico de servidor público. Iniciativa privativa do chefe do poder executivo. Projeto de lei deflagrado pela câmara de vereadores. Usurpação de competência configurada. Mácula de origem. Violação ao princípio da separação de poderes. Ofensa aos artigos 7º e 66, inciso II, da Constituição do Estado Do Paraná. Norma formalmente inconstitucional. Procedência do pedido. Produção de efeitos *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado da decisão. A disposição sobre regime jurídico de servidores públicos municipais é de competência exclusiva do chefe do Poder Executivo local, nos termos do artigo 66, inciso II, da Constituição do Estado do Paraná.

(TJ/PR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 848778-3 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Dulce Maria Cecconi** - Fonte: DJ, 24.01.2013).

Aumento do número de vereadores demonstra aparente violação à Constituição Federal

Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná em face de decreto legislativo municipal nº 01/2011 do município de Pinhão, que promoveu o aumento do número de vereadores que irão integrar a aludida casa de leis a partir da próxima legislatura, passando dos atuais 09 (nove) para 13 (treze). Aparente violação ao art. 29, IV, da Constituição Federal. Matéria que deve ser tratada na lei orgânica municipal. Suspensão da eficácia do decreto impugnado. Medida liminar concedida.

(TJ/PR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 971.562-8 - Órgão Especial - Ac. por maioria - Rel.: **D'Artagnan Serpa Sá** - Fonte: DJ, 05.04.2013).

Controle de constitucionalidade concentrado ocorre quando existe confronto entre a norma impugnada e a Constituição Estadual

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal de Ponta Grossa

nº 3.692/2010. Isenção do ITBI referente à primeira transferência para o titular de imóvel originário do programa minha casa minha vida. Controle concentrado limitado a eventual ofensa ao disposto na constituição do estado. Inteligência dos artigos 125, parágrafo 2º, da Constituição Federal e 101, inciso VII, alínea “F”, da Constituição do Estado do Paraná. Inexistência de demonstração da suposta violação à carta estadual. Impossibilidade, no âmbito dos tribunais de justiça, de controle de constitucionalidade tendo como paradigma a constituição federal ou legislação infraconstitucional. Carência de ação. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção do feito sem resolução de mérito. O controle concentrado de constitucionalidade pelas Cortes de Justiça dos Estados-Membros depende da demonstração do eventual confronto direto e imediato da norma impugnada à Constituição Estadual; ausente tal requisito, é de ser indeferida a exordial (art. 4º, Lei nº 9.868/99), diante da impossibilidade jurídica do pedido, extinguindo-se o feito sem resolução de mérito.

(TJ/PR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 902152-5 - Ac. unânime - Rel.: Des. **Dulce Maria Cecconi** - Fonte: DJ, 24.01.2013).

Edição de lei complementar que trata de aposentadoria especial é de competência exclusiva do Congresso Nacional

Mandado de injunção. Servidor público estadual. Policial bombeiro militar. Aposentadoria especial. Preliminar de ilegitimidade passi-

va acolhida. Edição de lei complementar. Competência do congresso nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste órgão especial. Compete exclusivamente ao Congresso Nacional a edição de lei complementar indispensável à concessão de aposentadoria especial, nos termos do artigo 40, § 4º da Constituição Federal. Defeso aos Estados o exercício da competência concorrente e suplementar nessa matéria, revelando-se de rigor o reconhecimento da ilegitimidade passiva ad causam do Governador do Estado do Paraná. Extinção do processo, sem a resolução do mérito.

(TJ/PR - Mand. de Injunção n. 963582-5 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Nilson Mizuta** - Fonte: DJ, 18.02.2013).

Inconstitucional lei de iniciativa do Poder Legislativo que fraciona pagamento de gratificação natalina de servidor público

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal que estabelece o pagamento fracionado, em duas parcelas, da gratificação natalina aos servidores da administração direta - Iniciativa da câmara de vereadores - Interferência indevida na programação financeira e na execução da despesa pública, a cargo do chefe do executivo local - Proposição orçamentária municipal - Competência privativa do prefeito - Vício formal caracterizado - Pedido procedente - Declaração de inconstitucionalidade com efeitos “ex nunc”.

(TJ/PR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 848790-9 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Telmo Cherem** - Fonte: DJ, 11.03.2013).

Inconstitucionalidade de lei que proíbe a abertura de supermercado aos domingos

Incidente declaratório de inconstitucionalidade - Reexame necessário - Lei municipal nº 44/2010 de Medianeira que proíbe o funcionamento dos supermercados aos domingos - Infringência de leis estaduais e federais válidas - Violação ao princípio da livre iniciativa - Declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*.

(TJ/PR - Incidente declaratório de inconstitucionalidade n. 889328-9/01 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Roberto Hapner** - Fonte: DJ, 18.02.2013).

Lei que determina pensão mensal para cônjuge de vereador falecido é inconstitucional

Incidente de declaração de inconstitucionalidade. Lei 184/96 do município de Pinhais Que institui pensão mensal por morte de vereador no exercício do mandato a cônjuge ou dependente. Violação aos princípios constitucionais republicano e federativo, da igualdade, da moralidade administrativa e da impessoalidade. Instituição em desconformidade à autonomia municipal. Ausência de previsão da correspondente fonte de custeio. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do órgão especial desta corte. Inconstitucionalidade material. Procedência do incidente. Devolução à câmara suscitante.

(TJ/PR - Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 783508-1/01 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Sérgio Arenhart** - Fonte: DJ, 23.01.2013).

Normas constitucionais supervenientes são aplicáveis a situações em curso

Incidente declaratório de inconstitucionalidade - Apelação cível - Lei municipal de Jacarezinho nº 1.430/2000 - Frente ao art. 29, IV, 'B', CF - Limite remuneratório imposto pela EC 25/2000 - Lei anterior à vigência da emenda constitucional, mas posterior à promulgação - Emenda Constitucional com aplicação imediata - Precedentes do STF - Inconstitucionalidade verificada. «As normas constitucionais supervenientes, ressalvado o que dispuserem em sentido contrário, alcançam, desde logo, situações em curso, legitimando-se, em consequência, a sua pronta aplicabilidade, eis que prevalece, em tal matéria, como diretriz de regência, o postulado da incidência normativa imediata. Doutrina. Precedentes.» (STF - INQ - 16373/SP Rel. Ministro Celso de Mello decisão publicada no DJU de 28.4.2002).

(TJ/PR - Incidente Declaratório de Inconstitucionalidade n. 917156-6/01 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luís Carlos Xavier** - Fonte: DJ, 04.03.2013).

Ofensa reflexa de acórdão a dispositivo constitucional não acarreta repercussão geral

Embargos de declaração em agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário - Agravo de instrumento - Alegada ofensa ao devido processo legal, por insuficiência de fundamentação da decisão agravada - Questão solucionável pela aplicação da legislação in-

fraconstitucional - Hipótese em que o STF entende inexistir repercussão geral, obstando a subida do apelo extremo - Obscuridade no julgamento do agravo pelo colegiado - Inexistência - Orientação da corte ad quem - Embargos rejeitados. 1. “Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 12/02/2010).2. Em decorrência disso, seja a decisão modificada ou não, é da Corte local a competência para examinar a prejudicialidade do agravo interposto contra decisão do 1º Vice-Presidente que inadmitte o RE.3. É entendimento assente no STF que se o acórdão impugnado não apresenta ofensa direta a dispositivo constitucional, mas meramente reflexa, por depender do reexame prévio de normas infraconstitucionais, inexistente repercussão geral que autorize a subida do Extraordinário.

(TJ/PR – Embs. de Declaração n. 770.744-2/05 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Roberto Vasconcelos** - Fonte: DJ, 05.04.2013).

Poder Legislativo não pode emendar lei municipal de iniciativa do Poder Executivo

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal de iniciativa do chefe do poder executivo - Emenda por parte do poder legislativo - Usur-

pação de competência ao aumentar o valor de remuneração pública - Vício de origem reconhecido - Deferimento do pedido - Declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da lei nº, 10655/2011, do município de Ponta Grossa - Ação procedente.

(TJ/PR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 830786-0 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Roberto Hapner** - Fonte: DJ, 01.03.2013).

Projeto de lei que trata de temas afetos à organização e funcionamento da administração pública não pode ser proposto por vereador

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 547/2010 do município de Lindoeste. Implantação de programa de internet pública e gratuita à população de baixa renda, em prol das escolas públicas municipais e a todos os professores da rede pública municipal de ensino. Projeto de lei que partiu de vereador. Usurpação de iniciativa privativa do chefe do poder executivo. Matéria atinente à estruturação, atribuição, organização e funcionamento da administração pública municipal. Violação aos arts. 66, inciso IV e 87, inciso VI, ambos da Constituição do Estado. Jurisprudência do órgão especial. Projeto que implica em aumento de despesa. Ausência de previsão de fonte de custeio. Falta de inclusão específica nas leis orçamentárias. Afronta aos arts. 68, inciso I e 135, incisos I e II, ambos da carta estadual. Normas da constituição federal referentes ao processo legislativo de obrigatoria observância pelos entes federados. orientação do

Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. Procedência da demanda. (TJ/PR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 901447-5 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Sérgio Arenhart** - Fonte: DJ, 01.03.2013).

Regra que limita o direito de apresentação de projeto de lei por iniciativa popular é inconstitucional

Ação direta de inconstitucionalidade - Regimento interno da Câmara Municipal - Lei orgânica que autoriza a o poder legislativo municipal a elaborar seu regimento - Vício formal - Inexistente - Ato regimental que pre-

vê, para a apresentação de projeto de lei de iniciativa popular, a juntada de fotocópia do título de eleitor e assinatura semelhante a constante no título - Constituição Estadual que prevê que o projeto de lei deve ser subscrito por, no mínimo, 5% dos eleitores municipais - Regimento interno que não pode restringir direito de particulares - Exigência que limita o direito de iniciativa popular - Ofensa ao princípio da legalidade - Inconstitucionalidade material - Existente ação direta de inconstitucionalidade procedente. (TJ/PR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 883666-0 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Augusto Gomes Aniceto** - Fonte: DJ, 26.02.2013).

CRIMINAL

Ausência de *animus caluniandi* afasta crime de calúnia

Queixa crime. Crime contra a honra. Calúnia. Artigo 138, do Código Penal Brasileiro. Representação criminal apresentada por promotor de justiça para apuração de ofensa contra a sua honra. Resultante oferecimento e recebimento da denúncia, com a instauração da ação penal pública contra o querelante. Exercício regular de direito. Ausência de elemento subjetivo do tipo penal, de intenção de ofender a dignidade do querelante, com a finalidade de atingir sua honra. Ausência de “*animus caluniandi*”. Ausência de condição da ação. Incidência do artigo 395, II, do Código de Processo Penal. 1. A narração de fatos pelos quais o ofendi-

do, em representação criminal, se declarou atingido em sua honra e requereu a instauração de ação penal pública contra o ofensor, constitui exercício regular de direito, indicando vontade desvestida de “*animus caluniandi*”. 2. “A necessidade de narrar ou de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos crimes contra a honra, especialmente quando a manifestação considerada ofensiva decorre do regular exercício, pelo agente, de um direito que lhe assiste (direito de petição) e de cuja prática não transparece o *pravus animus*, que constitui elemento essencial à positivação dos delitos de calúnia, difamação e/ou injúria.” (Min. Celso de Mello, no j. pelo STF do HC 72.062-SP, cit. pela Min. Eliana Calmon, no j. pelo STJ

(Corte Especial, da AP nº 516-DF). 3. Revelando-se a atipicidade dos fatos narrados na inicial da Queixa Crime, resulta a falta de condição da ação, a impor sua rejeição, na forma do artigo 395, II, do Código de Processo Penal. Queixa Crime rejeitada, por falta de condição da ação.

(TJ/PR - Queixa Crime n. 793.964-2 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Cunha Sobrinho** - Fonte: DJ, 28.06.2012).

Depoimentos contraditórios são insuficientes para instruir ação por crime de falsidade ideológica

Pedido de providências. Contradições entre depoimentos colhidos, por promotores de justiça, na fase investigatória e os prestados em juízo, são insuficientes para investigação criminal contra os mesmos, por crime de falsidade ideológica. Arquivamento.

(TJ/PR - Pedido de Providências n. 710886-7 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jorge de Oliveira Vargas** - Fonte: DJ, 29.06.2012).

Em ação penal privada a parte pode ser condenada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios

Embargos de declaração 1. Queixa crime. Verbas de sucumbência. Omissão. Existência. Supressão. Custas processuais. Condenação. Art. 804, do CPP. Honorários advocatícios. Cabimento. Art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Aplicação analógica. 1. Constatada a omissão do acórdão em relação a pedido formulado em defesa

preliminar, os embargos devem ser acolhidos, para exame da matéria.

2. Em ação penal privada, impõe-se a condenação da parte sucumbente em custas processuais (art. 804, do CPP) e honorários advocatícios (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, c/c art. 3º, do CPP). 3. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos. Embargos de declaração 2. Queixa crime. Prazo recursal. 2 Dias. Art. 619, do CPP. Oposição. Intempestividade. Recurso. Não conhecimento. 1. É inviável o conhecimento de embargos de declaração em processo penal quando opostos após o transcurso do prazo de dois dias previsto no art. 619, do Código de Processo Penal. 2. Embargos de declaração não conhecidos.

(TJ/PR - Embs. de Declaração n. 782732-3/01 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Carlos Gabardo** - Fonte: DJ, 01.02.2012).

Extinção da punibilidade de crime de responsabilidade de ex-prefeito em decorrência da prescrição

Inquérito policial. Investigação de crime de responsabilidade de ex-prefeito municipal. Artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei 201/67. Pena máxima cominada de três anos. Lapso prescricional de oito anos consumado, na forma dos artigos 109, IV e 107, IV, do Código Penal. Extinção da punibilidade. Prescrição.- Diante do decurso do lapso temporal superior ao prazo prescricional de oito anos, contado do conhecimento do fato, deve ser decretada a extinção da punibilidade em relação ao investigado, com base no art. 109, IV e 107, IV, todos do Código Penal, porquanto

a pena máxima prescrita à conduta examinada nos autos é de três anos. Reconhecimento da extinção da punibilidade em razão da prescrição, com arquivamento dos autos.

(TJ/PR - Inquérito Policial n. 567.083-5 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Cunha Sobrinho** - Fonte: DJ, 18.02.2013).

Julgamento de queixa-crime decorrente de calúnia contra o governador somente é feito por instância superior quando existe oferecimento da exceção da verdade

Queixa crime. Alegação da ocorrência do crime de calúnia. Artigo 138 combinado com o artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal. Querelante Governador do Estado do Paraná. Competência do juízo de primeiro grau. Julgamento pela instância superior somente em caso de oferecimento da exceção da verdade pelo querelado. Incidência do art. 85, do Código de Processo Penal. Remessa dos autos ao juízo singular por ser o competente para o processamento e julgamento da queixa-crime. Não conhecimento.

(TJ/PR - Queixa Crime n. 821154-9 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Roberto Vasconcelos** - Fonte: DJ, 03.05.2012).

Pedido de arquivamento de *notitia criminis* realizado pelo Ministério Público em processo de competência originária do Tribunal é irrecusável

Pedido de providências. “Notitia criminis”. Promotor de Justiça. Feito de competência originária des-

te tribunal. Promoção pelo arquivamento. Acolhimento obrigatório. (1) Se a promoção Ministerial no sentido de serem arquivadas as peças de informação está devidamente motivada (CF, art. 129, § 4º c/c o art. 93, inc. IX) e providenciou-se a publicação de aviso aos interessados, nada sendo requerido (LCE, art. 19. inc. XLIII), atendido restou o princípio do devido processo legal, ainda que na esfera administrativa. (2) Nessas condições, de acordo com a doutrina, bem assim com a jurisprudência desta e das Cortes Superiores, nos feitos de competência originária dos Tribunais é irrecusável a promoção Ministerial de arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de qualquer outro expediente consubstanciador de “notitia criminis”.

(TJ/PR - Pedido de Providências n. 898.072-1 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Xisto Pereira** - Fonte: DJ, 13.09.2012).

Recebimento de denúncia que contém todos os requisitos do art. 41/CPP

Denúncia crime - Preliminares de inépcia da inicial e ausência de justa causa afastadas - Requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal presentes - Descrição de fatos que, em tese, configuram ilícitos penais -. Narrativa individualizada e que possibilita a defesa dos denunciados - Momento de mera cognição sumária a respeito dos fatos criminosos - Substrato probatório mínimo, suficiente a ensejar a instauração da ação penal - Acusatória formalmente perfeita, contendo indícios de autoria e materialidade - Necessidade de prosseguimento da instrução criminal - Rece-

bimento da denúncia. Apresentando-se a denúncia formalmente perfeita, preenchendo os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e estando ainda presentes as condições da ação, havendo indícios de autoria e materialidade do crime, o recebimento da denúncia é medida que se impõe.

(TJ/PR - Ação Penal Originária n. 841247-5 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. José Aniceto - Fonte: DJ, 29.06.2012).

Servidor público que recebe sem trabalhar não comete o crime de peculato

Ação penal originária. Peculato. Peculato eletrônico. Assessor parlamentar de vereador, atualmente deputado estadual. Ausência de prova. Inexistência de ilícito penal. 1. A per-

manência do Assessor Parlamentar de Vereador fora do recinto da Câmara, não significa necessariamente que ele não esteja exercendo seus “múnus”, já que suas atribuições são amplas, e envolve atividade de campo. 2. O servidor público que recebe remuneração sem oferecer a devida contraprestação não comete crime de peculato. Precedente do STJ. 3. Não configura peculato eletrônico a inserção de dados biométricos para controle de frequência de servidor público. 4. Resulta prejudicado o crime de omissão do superior hierárquico se seu subordinado não comete nenhum delito. Denúncia rejeitada.

(TJ/PR - Denúncia Crime n. 820323-0 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. Nilson Mizuta - Fonte: DJ, 21.02.2013).

TRIBUTÁRIO

Concessão de isenção de ISSQN é de competência do chefe do Poder Executivo

Incidente de declaração de inconstitucionalidade - Lei municipal nº 5.260/92 de Londrina Projeto de lei proposto por vereador - Latente violação à separação dos poderes - Matéria cuja iniciativa legislativa é privativa do chefe do poder executivo - Arts. 133, incisos I, II, III, e § 3º, inciso VII, da Constituição do Estado do Paraná C/C art. 165, incisos I, II, III e § 2º da Constituição da República - Princípio da simetria - Inconstitucionalidade formal - Lei que concedeu benefício de isenção de ISSQN apenas às empresas que realizam

serviço de recapagem de pneus com hidrogênio e que contém número igual ou superior a 50 (cinquenta) funcionários sem justificativa plausível - Violação ao art. 150, inciso II, da Constituição Federal - Incidente procedente. 1. Em se tratando de matéria tributária com repercussão no orçamento do Município, principalmente se o projeto de lei propõe benefícios fiscais que importam em renúncia ou diminuição de receita (repercussão no orçamento do Município), a competência para a iniciativa legislativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, sob pena de inconstitucionalidade formal. 2. Não tendo sido justificados os motivos

pelos quais a isenção foi concedida somente às empresas com atividade no “ramo de recapagem de pneus pelo sistema de nitrogênio e com número igual ou superior a cinquenta funcionários”, resta demonstrada a inconstitucionalidade material da Lei Municipal, por violação ao princípio da isonomia tributária.

(TJ/PR - Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 650293-2/01 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Marques Cury** - Fonte: DJ, 07.04.2011).

Desnecessidade da juntada de comprovantes de recolhimento de taxa de iluminação pública em ação de repetição de indébito

Agravo regimental - Decisão que negou seguimento a recurso especial - Taxa de iluminação pública - Repetição de indébito - Legitimação ad causam do contribuinte que arcou com o recolhimento indevido - Juntada de todos os comprovantes de recolhimento do tributo - Desnecessidade - Questão pacificada no julgamento do recurso especial nº 1.111.003/PR, representativo da controvérsia - Discussão acerca da obrigatoriedade de o autor instruir o pedido ao menos com uma das faturas de energia elétrica do período pelo qual pretende ser ressarcido - Inviabilidade - Revolvimento de matéria fática - Vedação da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça - Recurso especial com base na alínea “C”, inciso III, do art. 105 da Constituição Federal - Insurgência fundamentada em julgados do TJPR - Impossibilidade - Súmula 13/STJ

- Ausência, outrossim, do necessário cotejo analítico entre o acórdão paradigma e a decisão confrontada - Recurso não provido.

(TJ/PR - Ag. Regimental n. 621560-3/03 - Órgão Especial - Rel.: Des. **Mendonça de Anunciação** - Fonte: DJ, 26.10.2012).

É impossível a compensação de débito tributário com créditos de precatórios

Mandado de segurança preventivo e repressivo. Indeferimento de pedido de suspensão da inexigibilidade de débitos tributários do Estado do Paraná que se pretende compensar com créditos de precatórios vencidos e não pagos, e alegado justo receio de que os pedidos de compensação venham a ser indeferidos. Pretensão da impetrante de extinguir seus débitos fiscais mediante compensação destes com créditos de precatórios requisitórios, na forma do art. 78, § 2º, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 30/2000. Promulgação da emenda Mandado de Segurança nº 764.887-5. Constitucional nº 62/2009, que alterou o art. 100 da Constituição Federal e acrescentou o art. 97 ao ADCT, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos estados, distrito federal e municípios. Edição do decreto estadual nº 6335/2010 Dispondo sobre a instituição do regime especial de pagamento de precatórios a que se refere o art. 97 do ADCT, acrescentado pela emenda constitucional nº 62/2009. Superveniente falta de interesse processual. Extinção

do processo sem resolução do mérito. Art. 267, VI, do Código de Processo Civil. - A promulgação da Emenda Constitucional nº 62/2009 e a edição do Decreto Estadual nº 6335/2010 constituem fatos novos que conduzem à extinção do processo por superveniente falta de interesse processual, uma vez que não é mais admitida a compensação de débitos tributários com créditos de precatórios, na forma anteriormente prevista pelo art. 78, § 2º, do ADCT, acrescentado pela Emenda Constitucional nº Mandado de Segurança nº 764.887-5. 30/2000, em que se fundamenta o presente pedido.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 764887-5 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carlos Mansur Arida** - Fonte: 11.10.2011).

É irrelevante a discrepância exacerbada entre os valores atribuídos ao imóvel para fins de cálculo do IPTU e do ITBI

Incidente de declaração de inconstitucionalidade - Base de cálculo do ITBI - Decreto nº 59/07, do Município de Santo Antônio da Platina - Definição da planta genérica de valores para apuração do valor venal dos imóveis - Existência de outra planta genérica de valores para apuração do valor venal para fins de recolhimento do IPTU - Irrelevância da discrepância entre os valores apurados com relação ao mesmo imóvel - ausência no caso *sub judice* de violação a quaisquer princípios ou dispositivos constitucionais - Incidente julgado improcedente.

(TJ/PR - Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 848469-9/01 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Roberto Vasconcelos** - Fonte: DJ, 13.02.2013).

Modificações da legislação tributária para o exercício do ano respectivo devem constar da Lei de Diretrizes Orçamentárias

Ação direta de inconstitucionalidade - Artigo 7º, da Lei nº 5.696/2010, de iniciativa do poder legislativo municipal, que inclui hipótese de insenção de imposto predial e territorial urbano (IPTU) - Ausência de prévio estudo de impacto orçamentário - Renúncia fiscal que implica na redução da receita pública - Matéria afeta ao regime orçamentário municipal - Invasão de competência - Iniciativa privativa do chefe do poder executivo - Violação aos artigos 68, inciso I, 133, *caput*, § 3º, incisos II e VII, § 6º, inciso I, e § 8º, da Constituição Estadual e aos princípios da isonomia e da separação dos poderes, previstos nos 2 artigos 1º, inciso III e 7º, da Constituição Araucariana. Procedência do pedido, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 7º, da Lei nº 5.696/2010, do município de Cascavel. Considerando que o disposto no artigo 7º, da Lei Municipal nº 5.696/2010, está a acarretar uma evidente diminuição de receita, na medida em que o IPTU, que outrora incidia para cada uma das residências da mesma família situadas em um mesmo terreno, passou a incidir, por força da alteração legislativa, apenas sobre o valor do terreno, o que viola

o artigo 68, inciso I, da Constituição Estadual; e considerando, ainda, que consoante previsão contida no artigo 133, e parágrafos, também da Constituição Araucariana, as alterações da legislação tributária para o exercício do ano respectivo deve constar da Lei de Diretrizes Orçamentárias, de caráter anual e de iniciativa do Poder Executivo, o que não ocorreu na hipótese vertente, já que o dispositivo, ora questionado, acabou por conceder benefício fiscal não previsto na LDO; e ainda, que a norma vulnera, também, ao princípio da isonomia, previsto na Constituição Estadual, em seu artigo 1º, III, já que confere benesse tributária apenas para pessoas da mesma família que moram em distintas residências sobre o mesmo terreno, ao passo que aquelas que não possuam vínculo familiar, inobstante residam no mesmo terreno, não serão alcançadas com tal benefício, resulta evidenciada a inconstitucionalidade formal e material do dispositivo impugnado.

(TJ/PR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 787321-0 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Lopes** - Fonte: DJ, 08.10.2012).

Município onde é realizada a prestação do serviço possui competência para a cobrança de ISSQN

Agravo regimental - Negativa de seguimento a recurso especial - Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) - Competência para instituição de cobrança do município local da prestação do serviço - Questão pacificada no julgamento do recurso especial nº 1.117.121/SP,

representativo da controvérsia aplicação correta do art.543-C, § 7º, inc. I do Código de Processo Civil. Agravo regimental não provido.

(TJ/PR - Ag. Regimental n. 716680-9/02 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des.

Paulo Roberto Vasconcelos - Fonte: DJ, 05.04.2013).

Normas relativas à execução fiscal se sobrepõem às constantes no Código de Processo Civil

Agravo Regimental - Negativa de seguimento a recurso especial - Penhora *on line* - Oferecimento de precatórios em substituição - Ordem legal da garantia - Princípio da menor onerosidade - Preponderância das normas relativas à execução fiscal sobre as do Código de Processo Civil - Harmonização das disposições legais pelo Superior Tribunal de Justiça - Recurso repetitivo 1.184.765/PA - Identidade de objeto com a insurgência do agravante - Aplicação do art. 543-C, § 7º do CPC e da súmula 83 do STJ - Recurso não provido.

(TJ/PR - Ag. Regimental n. 705870-6/05 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des.

Mendonça de Anunciação - Fonte: DJ, 07.02.2013).

Prazo para pagamento voluntário não configura hipótese de renúncia ao crédito fiscal

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar - Julgamento em definitivo - Art. 288, RITJ/PR. Lei Municipal nº 10.845/2011 - Altera art 47 e acrescenta § 6º - Código Tributário do Município de Ponta

Grossa. Procedimento de cobrança amigável de tributo inscrito em dívida ativa - Esgotamento da via administrativa antes do ajuizamento de ação judicial. Renúncia fiscal inexistente. Lei de natureza tributária - Competência concorrente entre o poder executivo e o legislativo. Princípios constitucionais tributários respeitados - Vícios de inconstitucionalidade material e formal, afastados. Ação improcedente. 1) A competência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná através do Órgão Especial é para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face da Constituição Estadual, não se utilizando como parâmetro a Constituição Federal (art.101, VII, “f” da CE/PR). E, eventual conflito entre lei municipal e a lei orgânica do mesmo município resolve-se por simples controle de legalidade por regras que devem estar previstas nesta última. 2) A determinação legal para aguardar-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias ao pagamento voluntário pelo Contribuinte, notificado extrajudicialmente da inscrição em dívida ativa de tributo, não implica em renúncia

ao crédito fiscal. Ao contrário, previsto na mesma lei, que frustrada a cobrança administrativa, será ajuizada a ação judicial, respeitados no ato da administração, os princípios constitucionais tributários.

(TJ/PR - Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 950348-8 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Miguel Pessoa** - Fonte: DJ, 13.03.2013).

Quando o município presta serviço diretamente ao contribuinte, o valor cobrado não pode ser desproporcional

Incidente de declaração de inconstitucionalidade - Instituição de taxa de realização de eventos e feiras - Valor desproporcional entre o cobrado e serviço prestado pela municipalidade - Afronta ao princípio da igualdade - Indicativo de dupla tributação - Percentual de cobrança de repasse do valor da venda de ingressos que possui feição de confisco - Impossibilidade - Declaração incidental da inconstitucionalidade.

(TJ/PR - Incidente de Declaração de Inconstitucionalidade n. 652307-9/02 - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Roberto Hapner** - Fonte: DJ, 18.02.2013).

NOVAS SÚMULAS DO TJPR*

Súmula nº 46

É cabível a interposição de recurso adesivo pela parte vencedora questionando os honorários advocatícios fixados na sentença de procedência da pretensão do recorrente.

Súmula nº 45

Tratando-se de direitos individuais homogêneos afetados em âmbito nacional, não incide a restrição territorial prevista no art. 16 da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97.

Súmula nº 44

A cobrança de tarifas e taxas pela prestação de serviços por instituição financeira deve ser prevista no contrato ou expressa e previamente autorizada ou solicitada pelo correntista, ainda que de forma genérica.

* As súmulas de nº 1 a 43 estão publicadas na *Revista Judiciária do Paraná* 4, p. 297.
Acesse www.amapar.com.br