

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

ISSN 2316-4212

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

Diretor

Joatan Marcos de Carvalho

Editor

Luiz Fernando de Queiroz

16

www.revistajudiciaria.com.br

Revista Judiciária do Paraná – Ano XIII – n. 16 – Novembro 2018

Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

EDITOR RESPONSÁVEL

Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabethe Pissaia

REVISÃO

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO

Josiane C. L. Martins

ESTAGIÁRIO

Henrique Junior Choinski

CAPA

Priory

FOTO DA CAPA

Jubal S. Dohms

Edição, Publicação e Distribuição

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

sac@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

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

Semestral

ISSN 2316-4212

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

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 1.500 exemplares

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Geraldo Dutra de Andrade Neto

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

MEMBROS Alberto Junior Veloso
Clayton de Albuquerque Maranhão
Rogério de Vidal Cunha
Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EDITORIAL

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

APOIO INSTITUCIONAL

Associação dos Magistrados do Trabalho – **AMATRA**

(www.amatra9.org.br)

Associação Paranaense dos Juízes Federais – **APAJUFE**

(www.apajufer.com.br)

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

(www.emap.com.br)

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

(www.esmafe.com.br)

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

(www.ematra9.org.br)

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

(www.ejal.org)

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

(www.redlaj.net)

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

(www.tjpr.jus.br)

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

1º VICE-PRESIDENTE

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

2º VICE-PRESIDENTE

Helio Cesar Engelhardt

3º VICE-PRESIDENTE

Luiz Eduardo Asperti Nardi

4º VICE-PRESIDENTE

José Candido Sobrinho

5º VICE-PRESIDENTE

Antonio Lopes de Noronha

6º VICE-PRESIDENTE

Jeane Carla Furlan

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

2º SECRETÁRIO

Mario Nini Azzolini

1º TESOUREIRO

Cesar Ghizoni

2º TESOUREIRO

Romero Tadeu Machado

DIRETORES EXECUTIVOS

Eduardo Casagrande Sarrão, Ricardo

Henrique Ferreira Jentzsch, Roberto

Antonio Massaro, Guilherme de Paula

Rezende, Rodrigo Fernandes Lima

Dalledone, Marco Vinicius Schiebel,

Marcel Guimarães Rotoli de Macedo,

Edison Luiz Trevisan, Astrid Maranhão de

Carvalho Ruthes, Frederico Mendes Júnior,

Antonio Lopes de Noronha Filho, Mario

Luiz Ramidoff, Fernando Bueno da Graça

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Jederson Suzin,

Alarico Francisco R. de Oliveira Junior,

Antonio Evangelista de Souza Netto,

Beatriz Fruet de Moares, Luciano Souza

Gomes, Jailton Juan Carlos Tontini, Vitor

Toffoli, Fernanda Monteiro Sanches

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA – DIRETOR

José Orlando Cerqueira Bremer

SEGURANÇA – MEMBRO

Ferdinando Scremin Neto

SEGURANÇA – VICE-DIRETOR

Fernando Bardelli Silva Fischer

BOAS PRÁTICAS – DIRETORA

Bruna Richa Cavalcanti de Albuquerque

BOAS PRÁTICAS – VICE-DIRETOR

Marcelo Quentin

BOAS PRÁTICAS – MEMBRO

Marcelo Marcos Cardozo

APOSENTADOS – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araújo

APOSENTADOS – VICE-DIRETOR

Antonio Ivair Reinaldin

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Diego Santos Teixeira, Bruno Régio

Pegoraro

ASSUNTOS LEGISLATIVOS – DIRETOR

Marcelo Pimentel Bertasso

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Glauco Alessandro de Oliveira, Adriano

Scussiatto Eyng, Rafael Altoé, Pedro

Roderjan Rezende, Marcel Ferreira

dos Santos, Marcelo Furlanetto da

Fonseca, Osvaldo Canela Junior, Raphael

Wasserman, João Guilherme Barbosa Elias

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marco Antonio da Cunha Araújo

ARTICULAÇÃO POLÍTICA

Anderson Ricardo Fonseca

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas, Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO

Ricardo Augusto Reis de Macedo

CULTURAL – DIRETOR

Ramon de Medeiros Nogueira

CULTURAL – MEMBRO

Rafaela Zarpelon

POLÍTICAS PARA MULHER – DIRETORA

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

COMISSÃO ESTUDOS NCPP E CP – PRESIDENTE

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

COMISSÃO ESTUDOS NCPP E CP – VICE-PRESIDENTE

Leonardo Bechara Stancioli

RECURSOS HUMANOS – DIRETORA

Luciana Benassi Gomes Carvalho

RECURSOS HUMANOS – VICE-DIRETORA

Adriana Benini

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO – PRESIDENTE

Eduardo Casagrande Sarrão

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO FERREIRA DA COSTA – PRESIDENTES

Marcos Antonio de Souza Lima

Eduardo Casagrande Sarrão

COMISSÃO LOCAÇÃO

Marco Antonio da Cunha Araújo, Francisco

Carlos Jorge, João Maris de Jesus Campos Araújo

COMISSÃO PERMANENTE DE ESTUDOS EM DIREITO DE FAMÍLIA, INFÂNCIA E JUVENTUDE

Ivanise Maria Tratz Martins, Sergio Luiz

Kreuz, Luciana Assad Luppi Ballalai, Fábio

Ribeiro Brandão, Noeli Salete Tavares

Reback, Mario Luiz Ramidoff, Carlos

Eduardo Mattioli Kockanny, Rodrigo

Rodrigues Dias

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

DIVULGAÇÃO E REVISTA – MEMBROS

Alberto Junior Veloso, Clayton de

Albuquerque Maranhão, Rosana

Andriquetto de Carvalho, Rogerio de Vidal

Cunha

ESPORTES

Davi Pinto de Almeida

ATLETISMO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

ESPORTE FEMININO

Shaline Zeida Ohi Yamaguchi

INFORMÁTICA

Antonio Sergio B. David Hernandez

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL

Sigret Heloyna R. de Camargo Vianna

INTEGRAÇÃO – INTERIOR

Rafaela Zarpelon

JURÍDICO

Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS

Mayra dos Santos Zavattaro

MEMÓRIA E ARQUIVO

Chloris Elaine Justen de Oliveira

MOTOCICLISMO

Edgard Fernando Barbosa

MÚTUA

Themis de Almeida Furquim Côrtes

OBRAS – DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA

Thiago Bertuol de Oliveira

PATRIMÔNIO

Francisco Carlos Jorge

PENSIONISTA

Marília de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Roberto Luiz Santos Negrão

RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Flavia da Costa Viana

SERSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS

Andre Carias de Araujo, José Luiz

Dosciatti, Gilberto Ferreira, Raul Luiz

Gutmann

SOCIAL – DIRETORA

Nilce Regina Lima

SOCIAL – VICE-DIRETORA

Vanessa Jamus Marchi

SOCIAL – MEMBROS

Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa, Andrea Fabiane Groth Busato, Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

FUTEBOL – DIRETOR

Eduardo Ressetti P. Marques Vianna

SEDES

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Rodrigo Luiz Giacomini

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

GUARATUBA – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araujo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR

Leonardo Delfino Cesar

CONSELHO FISCAL

PRESIDENTE

Marcos Antonio de Souza Lima

MEMBROS

Suzana Massako Hirama Loreto de Oliveira, Jessica Valéria Catabriga Guarnier, Lourenço Cristóvão Chemim, Luzia Terezinha Grasso Ferreira, Rafaela Mari Turra, Pedro Ivo Lins Moreira, Tais de Paula Scheer

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

PRESIDENTE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

GMF

PRESIDENTE

Diego Santos Teixeira

FUTEBOL – VICE-DIRETOR

Bruno Henrique Golon

TÊNIS – DIRETOR

Antonio Franco Ferreira da Costa Neto

TÊNIS – VICE-DIRETOR

Arthur Cezar Rocha Cazella Junior

MARINGÁ – DIRETOR

Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

José Camacho Santos

PIRAQUARA – DIRETOR

Anderson Ricardo Fogaça

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR

Lorni Zaniolo

PONTA GROSSA – DIRETOR

Helio César Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Periotto

SUPLENTES

Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna, Denise Terezinha Corrêa de Melo Krueger, Tatiane Bueno Gomes, Sidnei Dal Moro, Cintia Graeff, Marcella de Lourdes de Oliveira Ribeiro Mansano

MEMBROS DA COMISSÃO

Carlos Henrique Licheski Klein, Alexandre Gomes Gonçalves, Oswaldo Soares Neto, Ariel Nicolai Cesa Dias

MEMBROS DA COMISSÃO

Antonio Sergio Bernardinetti, Marcelo Marcos Cardoso, Ricardo Henrique Ferreira Jentzch, Fernando Bardelli Silva Fischer, José Orlando Cerqueira Bremer, Ariel Nicolai Cesa Dias, Lourenço Cristóvão Chemim, Cintia Graeff

EMAP

DIRETOR GERAL

José Laurindo de Souza Netto

SUPERVISOR PEDAGÓGICO

Clayton de Albuquerque Maranhão

COORD. GERAL DE CURSOS

Abelar Baptista Pereira Filho

COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Antonio José Carvalho da Silva Filho

MEMBRO DA COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Mario Augusto Quintero Celegato

CURITIBA – DIRETOR

Eduardo Novacki

CURITIBA – VICE-DIRETOR

Fábio Ribeiro Brandão

CASCAVEL – DIRETOR

Phellipe Muller

CASCAVEL – VICE-DIRETOR

Pedro Ivo Lins Moreira

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Rogério de Vidal Cunha

LONDRINA – DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

LONDRINA – VICE-DIRETOR

Marcos Caires Luz

MARINGÁ – DIRETOR

Marcel Ferreira dos Santos

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Rafael Altoé

PONTA GROSSA – DIRETOR

Helio Cesar Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Perieto

JUDICEMED

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Jederson Suzin

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Stewart Camargo Filho

CONSELHO FISCAL – MEMBROS

Rui Antonio Cruz, Sigurd Roberto

Bengtsson

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Luciana Luchtenberg Torres Dagostim,

Nilson Mizuta, Hayton Lee Swain Filho,

Shiroshi Yendo, Antonio Loyola Vieira

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

www.amapar.com.br

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

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

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA

www.revistajudiciaria.com.br

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação e honra que apresentamos a Revista Judiciária do Paraná em sua 16ª edição.

Herdeira de uma tradição jurídica que se iniciou em 1974, ano do nascimento deste magistrado, esta edição, como as demais, terá uma versão impressa e uma versão digital, sempre disponível no sítio eletrônico da própria Revista Judiciária, mantido pela Associação dos Magistrados do Paraná.

A bem elaborada edição, com apresentação gráfica impecável e seleção cuidadosa dos textos, tem à sua frente, além de qualificados magistrados membros do Conselho Executivo e um destacado Conselho Editorial, o nosso querido diretor da revista, desembargador Joatan Marcos de Carvalho, que tem mantido vivo, pelos anos afora, o sonho de, periodicamente, possibilitar que a AMAPAR possa contar com uma publicação jurídica de qualidade e de renome, classificada pela CAPES e com processo de elevação de sua avaliação em andamento. Agradecemos, nesta oportunidade, seu esforço pela consecução deste projeto que perpassa as administrações da Associação e torna prene a sua existência.

Cabe menção honrosa ao editor responsável, Luiz Fernando de Queiroz, com caloroso agradecimento a ele e a toda a equipe da Editora Bonijuris, de Curitiba, pelo trabalho excepcional empenhado na preparação editorial e gráfica da Revista Judiciária.

Temos nesta edição a presença de notáveis magistrados paranaenses: Accácio Cambi, Mauro Bley Pereira Junior, José Laurindo de Souza Netto, Mário Augusto Quinteiro Celegatto, Luís Mauro Lindenmeyer Eche, Camila Henning Salmoria e Abraham Lincoln Calixto. A produção doutrinária dos nossos magistrados associados é sempre motivo

de orgulho e prestígio para a Associação dos Magistrados do Paraná e continuaremos a incentivar, de forma constante, a participação da magistratura paranaense na Revista Judiciária do Paraná.

Fomos brindados com a colaboração, ainda, de mestres e doutores em direito, de ilustres advogados e acadêmicos, bem como de conceituados juristas brasileiros, entre os quais Reis Friede, Clèmerson Merlin Clève, Teresa Arruda Alvim e Luiz Guilherme Marinoni. Destaco a presença do jurista português, professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e vice-presidente da Associação de Estudos Europeus de Coimbra, João Nuno Calvão da Silva, que aborda tema atual e relevante sobre o futuro da democracia e a crise do sistema representativo.

Pretendemos trabalhar juntamente com o Conselho Executivo e com o Conselho Editorial para aprimorar ainda mais a Revista Judiciária do Paraná, para que a magistratura paranaense continue a orgulhar-se de ter a sua disposição um publicação reconhecida e de qualidade.

Assim, conforme menciona o diretor Joatan Marcos de Carvalho em seu artigo sobre o histórico das revistas jurídicas da Associação dos Magistrados do Paraná, seguimos com os objetivos da publicação, que nas palavras do então presidente da AMAPAR no ano de 1974, Marino Bueno Brandão Braga, em mensagem constante do primeiro número da primeira versão da revista, afirmava que o propósito desta seria o de “estimular a cultura do direito e o aprimoramento da função judicante”.

Com este propósito, permaneceremos firmes no esforço de publicar a Revista Judiciária do Paraná.

Um forte abraço,

Geraldo Dutra de Andrade Neto

Presidente da Associação dos Magistrados do Paraná

SUMÁRIO

ANÁLISE

1. Inovações contidas nos recursos de apelação, de agravo de instrumento, de agravo interno e de embargos de declaração, previstas no Código de Processo Civil/2015 17
Accácio Cambi

DOCTRINA

2. O município como ente federativo com o advento da CF/88: o modelo de federalismo cooperativo, seus ganhos e vantagens 57
Erenê Oton França de Lacerda Filho
3. Tribunal de Justiça Empresarial, o grande passo na busca da efetividade do judiciário paranaense 69
Larissa Milkiewicz
4. A prescrição na remissão cumulada com medida socioeducativa 85
Mauro Bley Pereira Junior
5. A prescrição das execuções fiscais e o modelo cooperativo processual 95
José Laurindo de Souza Netto
Gustavo Calixto Guilherme
6. A tutela do meio ambiente no Supremo Tribunal Federal: estudo de casos concretos 115
Reis Friede
7. A relevância do amparo do núcleo de apoio técnico para a adequada tutela jurisdicional do direito à saúde 137
Mário Augusto Quinteiro Celegatto
Ricardo Chinelli Galera
Luiz Fernando Correia

8. Ações afirmativas, justiça e igualdade	147
<i>Clèmerson Merlin Clève</i>	
9. Recurso de apelação no novo Código de Processo Civil	175
<i>Carlos Alberto Del Papa Rossi</i>	
10. O dano presumido nas ações de improbidade administrativa	205
<i>Luís Mauro Lindenmeyer Eche</i>	
11. A democracia e o desacato	227
<i>Camila Henning Salmoria</i>	
12. Legalidade, vigência, prevalência, hierarquia e plena validade dos pactos e convenções de direitos humanos no sistema legal de justiça. Efetividade da cláusula pétrea, da cláusula de proteção e da cláusula federal	237
<i>Cândido Furtado Maia Neto</i>	
13. A modulação dos julgados e a Súmula 343 do STF	255
<i>Teresa Arruda Alvim</i>	
14. Desafios da democracia: a crise de representação	269
<i>João Nuno Calvão da Silva</i>	
15. Concurso público – Teste de aptidão física de candidata grávida em data diversa	283
<i>Abraham Lincoln Calixto</i>	
EM DESTAQUE	
16. Decisão do recurso e instituição do precedente no Supremo Tribunal Federal	291
<i>Luiz Guilherme Marinoni</i>	

ANÁLISE

Inovações contidas nos recursos de apelação, de agravo de instrumento, de agravo interno e de embargos de declaração, previstas no Código de Processo Civil/2015

Accácio Cambi¹

Desembargador aposentado

Resumo: Trata-se de artigo que versa sobre as principais inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, na Teoria Geral dos Recursos, abordando, de forma especial, os meios de impugnação das decisões judiciais.

Introdução

NO QUE DIZ RESPEITO AO TÍTULO II DO LIVRO III do Código de Processo Civil de 2015, relativo aos recursos processuais, o presente texto pretende destacar algumas inovações, sobretudo em relação à apelação, ao agravo de instrumento, ao agravo interno e aos embargos de declaração, com apoio em ensinamentos doutrinários colhidos entre alguns especialistas em matéria recursal.

Quanto aos recursos aqui mencionados, não foram muitas as novidades incluídas no novo estatuto processual civil. Algumas delas já mereceram referência nas recentes publicações dos nossos doutrinadores. Neste trabalho, procurou-se acolher tais ensinamentos, acrescidos de algumas considerações, com o objetivo de fornecer aos estudantes e operadores do direito mais uma contribuição, visando orientá-los na melhor aplicação dos recursos no dia a dia da atividade forense.

1. Conceito de recurso

Recurso é um meio legal e voluntário de impugnação de pronunciamentos judiciais com conteúdo decisório, que poderá ser decisão interlocutória, sentença, decisão monocrática e acórdão; que é inserido na mesma relação jurídica processual em que o ato atacado foi produzido, ainda que não nos mesmos autos; e que visa obter, no todo ou em parte, a sua anulação, a sua reforma ou o seu aprimoramento². É utilizado para provocar um novo exame do processo pela superior instância, para que a decisão proferida no respectivo feito judicial, uma vez reexaminada, possa ser mantida na íntegra ou reformada total ou parcialmente³.

O direito de recorrer também está previsto na Constituição Federal, inciso LV, artigo 5º – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

2. Inovações aplicáveis em geral aos recursos processuais referidos nesta exposição

2.1 Decisão monocrática do relator em caso específico

É possível ao relator monocraticamente apreciar, desde logo, recurso interposto para (i) negar provimento, quando este for contrário: a) a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; b) ao acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos e c) ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; e (ii) dar provimento – facultada a apresentação de contrarrazões – quando a decisão recorrida for contrária: a) a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; b) ao acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos e c) ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (incisos IV e V do art. 932).

2.2 Princípio do contraditório

A existência do contraditório é observada desde a fase inicial do processo, quando o convencimento do órgão julgador é livremente formado sobre alegações e sobre provas fornecidas pelas atividades processuais de ambas as partes. Tal princípio deve ser observado em todos os graus de jurisdição, mesmo em se tratando de matéria que o juiz possa conhecer de ofício⁴. Por isso, na fase recursal, a decisão do relator acerca das questões processuais e/ou de mérito deve ser precedida da ouvida das partes, isto é, depende da prévia audiência das partes sobre os pontos em que a decisão pretende se apoiar, ou da parte contrária sobre as alegações suscitadas pela contraparte, de forma que possa influir na preparação do resultado final⁵.

Em resumo, à luz dos artigos 9º e 10 do CPC, tudo o que for objeto de decisão deverá ser previamente debatido entre as partes, a fim de se assegurar a construção conjunta da decisão judicial⁶.

2.3 Fungibilidade dos recursos

A fungibilidade recursal consiste no aproveitamento e conhecimento do recurso erroneamente interposto, mas que é aceito como se fosse correto. Justifica-se a aplicação dessa inovação com base no princípio da instrumentalidade das formas e do direito ao julgamento de mérito, bem como⁷ pelo fato de que continuam a existir alguns pronunciamentos com natureza jurídica controvertida. Por essa realidade, impõe-se a admissibilidade implícita do referido princípio⁸.

No que diz respeito aos embargos de declaração, por exemplo, ao permitir que o relator conheça dos embargos de declaração como agravo interno, o NCPC está expressamente acolhendo o princípio em exame (§ 3º do art. 1.024)⁹. Daniel Amorim Assumpção Neves aplaude:

O dispositivo deve ser saudado, porque a causa de pedir recursal dos embargos de declaração, voltada a vícios formais previamente determinados em lei, não se confunde com a causa de pedir do agravo interno, que se presta a impugnar os fundamentos da

decisão monocrática. Sem a adaptação, como ocorre atualmente, o recorrente tem o agravo interno julgado sem ter sido a oportunidade de arrazoá-lo.¹⁰

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart advertem:

(...) a fungibilidade não se presta para legitimar o equívoco crasso, ou para cancelar o profissional inábil; serve sim, porém, para salvar ato praticado erroneamente, mas sob a crença de ser o correto, diante de circunstâncias do caso concreto.¹¹

2.4 Sociedade de advogados

A participação da sociedade de advogado no processo é acolhida pelo NCPC (§§ 1º e 2º do art. 272). Deferido o pedido de inclusão pelo julgador, a sociedade poderá ser intimada para intervir no processo. Isso vem facilitar o controle das intimações, sobretudo em razão da rotatividade de profissionais que pode correr numa sociedade de advogados¹².

2.5 Unificação dos prazos recursais

Com exceção do prazo de cinco dias para apresentar os embargos de declaração, o prazo unificado para interpor os recursos (apelação, agravo de instrumento e agravo interno) é de 15 dias.

Tal inovação contribuirá no sentido de admitir a fungibilidade recursal, pois, doravante, não haverá mais discussão a respeito de eventual diferença de prazos, para efeito de aplicação daquele princípio¹³.

2.6 Intempestividade prematura do recurso

A declaração de intempestividade do recurso era prática comum, em nossos tribunais, quando o recurso era interposto antes da publicação do acórdão que apreciou a causa. Porém, agora, diante da regra do § 4º do artigo 218 do CPC, não se pode mais cogitar daquele fenômeno processual¹⁴. Portanto, o tribunal não poderá jamais julgar extemporâneo recurso, na instância ordinária ou na extraordinária, interposto antes da abertura do prazo recursal¹⁵.

2.7 Primazia do julgamento de mérito

O NCPC, ao implantar regras visando a primazia do julgamento do mérito, permitindo, sempre que possível, o suprimento de eventual irregularidade ou dúvida quanto aos requisitos de admissibilidade, objetivou obter o máximo aproveitamento processual em favor do recorrente¹⁶.

A regra, prevista no § 1º do artigo 938 do CPC, é a de que a parte tem direito à correção de um determinado vício contido em seu recurso, sem qualquer ônus, além de fazê-lo no prazo de cinco dias (cf. § 3º do art. 218). Portanto, trata-se de preceito aplicável a qualquer modalidade recursal, permitindo o salvamento da impugnação deduzida pelo recorrente¹⁷.

Eis alguns exemplos sobre o tema: a) na ausência da comprovação do preparo no ato da interposição do recurso, o recorrente será intimado a recolher o dobro do valor pago; se o recorrente não atender ao despacho, ou o fizer de modo parcial, isso acarretará o não conhecimento do recurso¹⁸; b) havendo defeito no preenchimento da guia de preparo, caberá ao relator intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias¹⁹.

Nos casos em que ocorrerem vícios capazes de comprometer o exame do mérito do recurso, o relator concederá prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanada a questão ou complementada a documentação apresentada²⁰.

2.8 Certidão de trânsito em julgado

É uma medida inovadora prevista no artigo 1.006. Requisitos da certidão: fazer menção expressa da data da ocorrência do trânsito em julgado e a obrigação de o escrivão ou o chefe de secretaria, independentemente de despacho, providenciar a baixa dos autos ao juízo de origem, no prazo de cinco dias²¹. Portanto, doravante não mais haverá a necessidade de o relator despachar no processo para determinar a baixa dos autos. Tal providência passou a ser do próprio escrivão ou chefe de secretaria do tribunal.

2.9 Pedido de vista e voto do relator

O pedido de vista agora está disciplinado no NCPC. Ao membro do colegiado é concedido o prazo de vista de dez dias, quando não se sentir habilitado, na sessão de julgamento, para proferir o seu voto. Esse prazo poderá ser prorrogado apenas uma vez, por mais dez dias, mediante prévio pedido do julgador. Decorrido o prazo e, ainda, não sendo pedida a prorrogação, cabe ao presidente do colegiado determinar a inclusão do processo em pauta e nomear substituto ao julgador se este ainda não se sentir habilitado para julgamento (CPC, 940)²².

2.10 Efeito suspensivo aplicável a todos os recursos

O efeito suspensivo está previsto no NCPC, expressamente com relação à apelação. Quanto aos demais recursos, pode-se obter o efeito suspensivo desde que o recorrente requeira ao relator, demonstrando os requisitos necessários para obter o benefício: risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e probabilidade de provimento do recurso. Sandro Gilbert Martins ensina:

À exceção da apelação [...] aos demais recursos pode ser empregado efeito suspensivo *ope judicis*, desde que o recorrente provoque o relator e demonstre os requisitos necessários para essa atribuição. Cabe ressaltar que a parte somente terá interesse em obter efeito suspensivo em seu recurso, quando a decisão recorrida conceder algo positivo em seu desfavor. Também cabe assinalar, que somente terá lugar esse requerimento de atribuição de efeito suspensivo, se o recurso já tiver sido interposto, ou seja, não se pode pleitear efeito suspensivo a recurso ainda não interposto.²³

3. Apelação

3.1 Conceito

O novo conceito da apelação é diferente daquele previsto no CPC revogado, porque, para além da sentença, o NCPC estende o cabi-

mento da apelação à impugnação de determinadas decisões interlocutórias. José Alexandre Manzano Oliani acrescenta:

O conceito de apelação no NCPC deve ser extraído da interpretação conjunta do caput com o par. primeiro do art. 1009. Apoiando-se nessa premissa, pode-se conceituar apelação como o recurso cabível contra sentença e/ou decisão interlocutória insuscetível de impugnação por agravo de instrumento. O correto manejo desse recurso exige que operador saiba identificar que o pronunciamento judicial é tipificado como sentença e quais decisões interlocutórias não comportam agravo de instrumento e, portanto, poderão ser atacadas pelo recurso de apelação.²⁴

3.2 Juízo de admissibilidade

O juízo de admissibilidade foi alterado. Pelo NCPC, ao juiz da causa não é atribuída aquela função; cabe ao magistrado apenas determinar a intimação do apelado para contrarrazoar e, após o transcurso do prazo de 15 dias, com ou sem as razões, encaminhar o processo ao tribunal (art. 1.010).

Assim, o juiz não mais receberá o recurso, não mais declarará sobre os efeitos do recebimento do apelo²⁵, nem deve se pronunciar sobre a admissibilidade da apelação; agora, incumbe ao juiz apenas fazer cumprir as formalidades legais. Ao relator do recurso caberá fazer o juízo de admissibilidade²⁶, isto é, o exame provisório para admitir ou não o apelo; o relator vai apreciar se estão presentes os pressupostos recursais extrínsecos e intrínsecos, exigíveis para a admissão e conhecimento do recurso²⁷.

Dessa forma, o NCPC rompeu uma tradição brasileira, deixando somente aos tribunais a responsabilidade de admitir ou não o apelo, suprimindo, portanto, tal poder de modo absoluto aos juízos de primeiro grau de jurisdição²⁸. Esse novo procedimento eliminou os incidentes que poderiam surgir na instância *a quo*, com eventual interposição de recurso, pelo fato de o juízo de admissibilidade ser nela exercido²⁹.

Na fase de admissibilidade, acrescente-se, o relator poderá negar provimento ao recurso que se apresentar contrário a súmula do STF,

do STJ ou do próprio tribunal, a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos e em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência³⁰.

3.3 Extinção do agravo retido e ampliação do objeto da apelação

O NCPC ampliou o objeto da apelação para abranger, também, as questões resolvidas na fase cognitiva e não impugnáveis pelo agravo de instrumento, que não ficaram cobertas pela preclusão e que deverão ser suscitadas em preliminar de apelação³¹.

Subsistindo, portanto, questões resolvidas na fase cognitiva, na forma de decisões interlocutórias não contempladas no artigo 1.015 do CPC, estas matérias poderão ser retomadas em tópico preliminar da apelação ou das contrarrazões. Nessa hipótese, deve ser observado o contraditório (§ 2º do art. 1.009), porque a resposta do vencedor assumirá funções híbridas: como pedido de manutenção da sentença e como uma espécie de recurso subordinado, deduzido, simultaneamente, com referência à impugnação das questões que não despertaram interesse recursal via agravo de instrumento³².

Em situações singulares, pois, poderá subsistir o interesse do vencedor em atacar questões interlocutórias que não foram impugnadas no decorrer da ação, porque estas não comportavam agravo de instrumento, tendo sido resolvidas como matéria incidental (par. único do art. 430)³³.

Assim, embora extinto o agravo retido, todas as decisões interlocutórias referentes às matérias previstas no artigo 1.015 poderão ser suscitadas, quando do eventual recurso de apelação, de forma preliminar, pois não haverá preclusão das matérias aludidas naquelas decisões³⁴.

Daniel Amorim Assumpção Neves discorda da nova sistemática:

A recorribilidade somente no final do processo será um convite aos tribunais de segundo grau a fazer vistas grossas a eventuais irregularidades, nulidades e injustiças ocorridas durante o procedimento. Na realidade, os Tribunais serão colocados diante de um dilema: se acolherem a preliminar de contestação ou contrarrazões, darão um tiro de morte no princípio da economia processual; se fizeram vistas grossas e deixarem de acolher a preliminar, pensando em preservar tal princípio, cometerão grave injustiça, porque tornarão, na prática, a decisão interlocutória irrecorrível.³⁵

3.4 Efeitos da apelação

De regra, a apelação continuará a ter o efeito apenas suspensivo (art. 1.012). No entanto, pelo NCPC, é possível obter a suspensão da eficácia das sentenças (§ 4º daquele dispositivo) proferidas nas causas referidas no § 1º, incisos, do artigo 1.012, se presentes os pressupostos legais, a saber:

- a) probabilidade de êxito no recurso; ou
- b) se relevante à fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação, de forma a que todas as decisões possam produzir efeitos imediatamente após proferidas ou, ao contrário, deixar de produzir efeitos quando normalmente a decisão os produziria³⁶.

Para obter a suspensão referida, o pedido deve ser formulado no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição e dirigido ao tribunal; será sorteado um relator para decidi-lo, que ficará, assim, prevento para o julgamento do recurso. No caso de a apelação já ter sido distribuída, o requerimento de efeito suspensivo deve ser dirigido ao relator³⁷. José Alexandre Manzano Oliani discorre:

O art. 1012, § 1º, I a VI, lista as situações em que a apelação não tem efeito suspensivo automático. Nesses casos, a apelação poderá, por decisão judicial, ter efeito suspensivo. A atuação prática

desse dois tipos de efeito suspensivo é diferente. Nos casos em que o efeito suspensivo é automático, a decisão sujeita à apelação com efeito suspensivo nasce ineficaz e a interposição do recurso apenas prolonga esse estado de ineficácia. Já nas situações em que a decisão judicial está sujeita a recurso, que não tem efeito suspensivo automático, tem-se que ela nasce eficaz, isto é, apta a produção de efeitos práticos, mas, sobrevindo a interposição do recurso e lhe sendo atribuído efeito suspensivo, os efeitos práticos da decisão cessarão.³⁸

Daniel Amorim Assumpção Neves acrescenta:

O inciso III, do art. 1012, do NCPC melhora a redação do inciso V do art. 520 do CPC/1973 ao prever que a apelação não terá efeito, quando a sentença recorrida extinguir sem resolução do mérito ou julgar improcedentes os embargos do executado. O inciso V, do art. 1012, do NCPC, amplia a redação do inciso VII, do art. 520, do CPC/1973, ao prever sem efeito suspensivo a apelação interposta contra sentença que confira, concede ou revoga tutela provisória. E o inciso VI, do art. 1012, do NCPC, traz para o rol a sentença, que decreta a interdição, incluindo hipótese estranha do art. 520, mas não ao CPC/1973, que prevê de tal exceção no art. 1184.³⁹

3.5 Teoria da causa madura

O § 3º do artigo 1013 do NCPC dispõe sobre a teoria da causa madura, ao mencionar: *Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito*, nas hipóteses previstas nos incisos I, II, III e IV daquele dispositivo. Daniel Amorim Assumpção Neves menciona:

As vantagens da aplicação da teoria da causa madura foram notadas pelo legislador que não só a manteve no NCPC, como ampliou suas hipóteses de aplicação, trazendo em seu art. 1013, § 3º, três interessantes novidades, quanto ao seu cabimento: a teo-

ria será aplicada se o processo estiver em condições de imediato julgamento, sem qualquer menção à natureza das questões presentes (de fato ou de direito). Além dessas hipóteses, a aplicação da teoria da causa madura não ficará mais limitada à sentença terminativa, passando também a ser admitida em outras hipóteses.⁴⁰

3.6 Sucumbência recursal

Outra inovação introduzida pelo NCPC diz respeito à sucumbência recursal. Quando a interposição da apelação vier a “agravar” a situação do recorrente, aplicar-se-á nova verba honorária. Para evitar essa medida, caberá ao apelante sopesar a conveniência do seu manejo, visto que o improvimento do recurso “aumenta” qualitativamente a sucumbência imposta ao recorrente⁴¹.

Na aplicação da nova legislação atribuída ao relator (§ 1º do art. 85), por se tratar de uma verdadeira contrapartida ao “acréscimo” de trabalho ocasionado ao advogado do recorrido, pressupõe-se que tenha ocorrido alguma atuação específica daquele profissional no acompanhamento do procedimento recursal (oferecimento de contrarrazões, sustentação oral etc.)⁴². Luís Henrique Barbante Franzé comenta:

A medida foi criada com o propósito de minimizar os recursos protelatórios, mas sendo vedado que o total da condenação pela sucumbência ultrapasse o percentual de 20%. Exemplificando: se a sentença fixou honorários em 15%, ao julgar a apelação, o tribunal não poderá elevar (majorar) para mais de 20%. Essa inovação, é certo, somente será aplicada no julgamento da apelação que impugnar sentença, já que o dispositivo usa a verba “majorar”, ao invés de “fixar”, isto é, apenas poderá haver majoração da verba, quando essa verba de sucumbência já foi fixada na sentença apelada.⁴³

3.7 Efeito expansivo

O efeito expansivo advém de certas consequências que o julgamento do recurso possa acarretar à decisão recorrida, a outros atos do processo ou, eventualmente, em relação a outros sujeitos processuais⁴⁴. Foi mantido pelo NCPC mesmo diante do novo sistema recursal aplicável às decisões interlocutórias e continua a ser possível, mas não será mais externo, porque a sentença terá sido o meio recursal impugnativo da decisão interlocutória e da sentença. Assim, ao julgar um capítulo da apelação que diz respeito à decisão interlocutória proferida antes da sentença, o tribunal poderá anulá-la em razão da eficácia expansiva das nulidades⁴⁵. Daniel Amorim Assumpção Neves exemplifica:

Tome-se como exemplo a rejeição da alegação de convenção de arbitragem, recorrida por agravo de instrumento sem efeito suspensivo. O processo segue em primeiro grau e é sentenciado, com interposição de apelação pela parte sucumbente. Caso o agravo de instrumento seja provido, a demanda deverá ser extinta por decisão terminativa e a sentença, naturalmente, será anulada.⁴⁶

3.8 Natureza dúplice das contrarrazões recursais

Nas contrarrazões, o apelado poderá contrariar a apelação e, concomitantemente, impugnar decisão interlocutória não agravável. Assim, as contrarrazões de apelação de interlocutória não agravável têm natureza jurídica de recurso. O recurso manejado pelo apelado nas contrarrazões de apelação submete-se, no que couber, ao regime jurídico de recurso adesivo⁴⁷. O relator, portanto, deverá determinar a intimação do recorrido para ofertar contrarrazões, em atenção ao contraditório, por vislumbrar que a causa em exame se submete a uma das situações previstas no artigo 932, V, a, b, ou c, do NCPC. Na intimação deverá constar tal advertência, para permitir que o recorrido possa enfrentar essa nova situação nas contrarrazões, de forma a afastar a possibilidade de decisão-surpresa⁴⁸.

A intimação do recorrido, no caso, torna-se indispensável, porque a decisão-surpresa, proferida sem prévia audiência das partes, é nula, pois viola normas fundamentais do processo (arts. 7º, 9º e 10º do CPC)⁴⁹.

4. Agravo de instrumento

4.1 Nova aplicação do agravo

O cabimento do agravo de instrumento sofreu grande modificação. O recurso, agora, é cabível para impugnar decisões interlocutórias relacionadas com as tutelas provisórias, fundadas em urgência ou evidência (inc. I), que concede, denega, revoga ou modifica; também contra decisões interlocutórias que versarem sobre os temas relacionados nos incisos II a XI, todos do artigo 1.015 do NCPC. Para atacar o capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória, o recurso adequado é a apelação⁵⁰. Luís Guilherme Aidar Bondioli complementa:

Toda e qualquer deliberação sobre tutela provisória é agravável. Assim, cabe agravo de instrumento, tanto contra a decisão que concede a tutela provisória, quanto contra o pronunciamento que a denega. Igualmente, são agraváveis os pronunciamentos que revogam ou modificam a tutela provisória (art. 296 do CPC). Mesmo a decisão que posterga a análise da tutela provisória é impugnável por agravo de instrumento. Ademais, não importa se se trata de tutela de urgência ou da evidência, se se trata de tutela antecipada ou cautelar, se se trata de requerimento antecedente ou incidental de tutela provisória: havendo pronunciamento a respeito, cabe agravo de instrumento.⁵¹

O recurso é cabível, ainda, contra decisões parciais de mérito (inc. II referido) quando ocorre o fracionamento da apreciação do objeto litigioso. Isso ocorre quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles (i) mostrar-se incontroverso e (ii) estiver em condições de imediato julgamento⁵².

Quanto às decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação, do cumprimento de sentença, da execução, do inventário e da recuperação judicial, são elas impugnáveis por agravo de instrumento, pelo fato de que esses processos terminam por decisão que não está sujeita à apelação⁵³.

Contudo, para atacar o capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória, o recurso adequado é a apelação⁵⁴.

4.2 Juntada de documentos e omissão de peças obrigatórias ou facultativas

No que se refere à juntada de documentos na petição do agravo de instrumento e à existência de vício na impetração, o NCPC inovou em dois aspectos relevantes:

a) ao autorizar o advogado do agravante a fazer a declaração de inexistência de qualquer dos documentos – cópias obrigatórias – sob pena de responsabilidade pessoal, conferindo-lhe fé pública para cumprir aquela autorização (inc. II do art. 1.017)⁵⁵;

b) ao determinar, quanto à falta de qualquer das peças, obrigatória ou facultativa, ou ocorrendo vícios na interposição do recurso, ou, ainda, na falta de qualquer das peças, obrigatória ou facultativa, que o relator conceda ao agravante o prazo de cinco dias para sanear o vício ou complementar a documentação, sob pena de ser declarado inadmissível o recurso (par. único do art. 932)⁵⁶.

Essa inovação vem comprovar o princípio que norteou a nova legislação processual no sentido de possibilitar o maior aproveitamento dos atos praticados pelo recorrente, sempre que não houver prejuízo à parte contrária.

4.3 Interposição de agravo mediante protocolo onde tramita a demanda

A medida inovadora referida possibilita ao agravante utilizar o protocolo de primeiro grau, onde tramita o processo – na comarca –, de forma a facilitar o exercício da advocacia, sobretudo para os pro-

fissionais que residem no interior, distantes da sede do tribunal (§ 2º, inc. II, do art. 1.017 do CPC)⁵⁷. Para tanto, o agravante é obrigado a efetuar a intimação pessoal do agravado por carta, com aviso de recebimento, quando o agravado não tiver procurador constituído, situação essa que somente poderá acontecer quando o agravado for o réu, correr a revelia, ou quando for interposto recurso contra a decisão proferida liminarmente, antes, portanto, da citação do réu e sua consequente integração no processo.

4.4 Agravo de instrumento não pode ser recebido e provido antes da apresentação das contrarrazões

Pelo NCPC (inc. II do art. 1.019), o relator não pode receber e prover o agravo de instrumento, de forma monocrática, antes de o oferecimento de contrarrazões, em atendimento ao princípio do contraditório, cuja prática era relativamente comum na vigência do código revogado. Luiz Osório Moraes Panza comenta:

É o atendimento na essência estruturante dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, eis que não se admite o julgamento do recurso sem a manifestação da parte contrária, ou pelo menos a sua intimação para responder. Veja-se que é possível o encerramento do agravo de instrumento de forma liminar no caso de sua rejeição, mas nunca no caso de provimento, pois sempre será necessário o esgotamento do contraditório durante a tramitação do recurso.⁵⁸

Em casos específicos, porém, o Enunciado 81 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) recomenda:

por não haver prejuízo ao contraditório, é dispensável a oitiva do recorrido antes do provimento monocrático do recurso, quando a decisão recorrida: (a) indeferir a inicial; (b) indeferir liminarmente a justiça gratuita; ou (c) alterar, liminarmente o valor da causa.⁵⁹

4.5 Sustentação oral

No julgamento do agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência (inc. VIII do art. 937), o NCPC inova, pois admite a sustentação oral. Daniel Amorim Assumpção Neves aduz:

A apelação tem garantias procedimentais em favor do recorrente que não existem no agravo de instrumento, justamente porque a primeira espécie recursal foi projetada para impugnar julgamento de mérito e a segunda, questões incidentais. O NCPC modificou essa tradicional distinção, mas não se preocupou em adequar o agravo de instrumento, quando esse recurso for utilizado como meio de impugnação de decisão de mérito (...) e não prevê o cabimento de sustentação oral no julgamento de agravo de instrumento, salvo nas hipóteses de decisões sobre tutela provisória de urgência ou da evidência. Essa disparidade de tratamento procedimental é inadmissível, pois a garantia de efeito suspensivo e o direito amplo à sustentação oral não deveriam depender da espécie de recurso, mas da matéria objeto da decisão recorrida.⁶⁰

5. Embargos de Declaração

5.1 Cabimento

Os embargos de declaração são cabíveis em face de qualquer decisão judicial, independente do grau de jurisdição (art. 1.022). Contudo, mesmo que o legislador venha a dispor que uma decisão é irrecorrível, se esta apresentar vícios processuais, os embargos devem ser aceitos por força do princípio da ampla possibilidade de se oferecer embargos e do princípio da cooperação, que exige que todos os pronunciamentos judiciais sejam assimilados e compreendidos pelos sujeitos processuais; em casos excepcionais, pois não se pode impedir que os embargos de declaração sejam aceitos em face de meros despachos⁶¹.

5.2 Princípio do contraditório

O NCPC acolheu expressamente o princípio do contraditório nos embargos de declaração ao determinar a intimação do recorrente para se manifestar nos embargos quando o acolhimento do recurso implique a modificação da decisão embargada (§ 2º do art. 1.023), como, por exemplo, no caso de haver omissão no julgado. Essa regra já vinha sendo adotada pelo relator dos embargos na hipótese em que houvesse possibilidade de acolher o recurso. Daniel Amorim Assumpção Neves complementa:

A função típica dos embargos de declaração é melhorar formalmente a decisão impugnada, sem alterações substanciais quanto ao seu conteúdo. Ocorre, entretanto, que por vezes os embargos de declaração extrapolam essa função, gerando a reforma ou a anulação da decisão impugnada. Nesses casos, os embargos (...) assumem uma função distinta daquela para a qual foram originalmente programados, sendo correto apontá-los como embargos de declaração atípicos, situação que, sendo a doutrina, passa a exigir o contraditório, com a intimação do embargado para apresentação de contrarrazões no prazo de cinco dias.⁶²

5.3 Vícios sanáveis através dos embargos

Os temas alegáveis nos embargos, já previstos no CPC revogado, foram mantidos no atual CPC, tais como: a) obscuridade que impossibilita a compreensão dos fundamentos da decisão ou de seu comando dispositivo⁶³; b) contradição que está relacionada com a ausência de coerência discursiva, adoção de teses inconciliáveis na fundamentação da decisão, ou ainda proposições contraditórias entre os seus fundamentos e parte dispositiva⁶⁴; c) omissão que está relacionada ao enfrentamento dos pontos ou questões sobre as quais deveria se pronunciar o juiz ou tribunal, ou ainda no tocante às matérias aferíveis de ofício. O NCPC, no entanto, acrescenta um novo vício: erro material.

Ocorre erro material, quando: (i) for perceptível por qualquer *homo medius*; e (ii) não tenha, evidentemente, correspondido à intenção do juiz, sendo manifesto, evidente e facilmente verificável, perceptível⁶⁵. Luiz Fernando Valladão Nogueira aplaude:

O novel código, em boa hora, acresceu, na linha jurisprudencial, o vício do erro material, o qual acontece quando há falta de sintonia entre o que foi expresso pelo magistrado e aquilo que ele pretendia dizer efetivamente, Ora, se o erro material pode ser corrigido de ofício pelo juiz ou tribunal [...], com mais razão pode ser afastado por força de embargos declaratórios.⁶⁶

Teresa Arruda Alvim é favorável à ampliação do recurso:

À luz do CPC/1973, sempre houve discussão sobre a possibilidade de, em embargos de declaração, o juiz se afastar do mérito do recurso (por exemplo, a omissão ou a obscuridade apontada pelo recorrente) para conhecer de nulidade absoluta. A tendência nos últimos tempos tem sido a de se reconhecer que sim, o juiz deve fazê-lo. A nova lei, no art. 1022, II, transformou em regra posta esta possibilidade, quando diz que o juiz, ao julgar os embargos, deve manifestar-se sobre questões a respeito das quais deveria ter-se manifestado de ofício e não o fez.⁶⁷

A inclusão do referido vício na legislação processual, contudo, não afasta a possibilidade de o erro material ser suscitado por petição avulsa⁶⁸, nem impede que, não sendo apresentados os embargos, seja promovida a correção do erro material a qualquer tempo⁶⁹.

5.4 Efeito suspensivo e os embargos

O NCPC prevê a possibilidade de o relator admitir o efeito suspensivo nos embargos (art. 1.026, § 1º) em duas hipóteses:

a) quando ocorrer probabilidade de provimento dos embargos, de forma a alterar a decisão embargada (não há necessidade do perigo de dano), ou

b) quando houver relevância da fundamentação apta a alterar, mesmo que parcialmente, a decisão embargada, e houver risco de dano grave ou de difícil reparação⁷⁰.

Sandro Marcelo Kozikoski discorre:

O efeito suspensivo está relacionado à eficácia da decisão recorrida. A interrupção é um efeito que só atinge os prazos. O § 1º do art. 1026 dispõe que a eficácia da decisão unipessoal ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou tribunal, em casos de probabilidade de acolhimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação. Assim, se a decisão embargada apresenta *error in procedendo* aferível de plano, não há razoabilidade para sua execução imediata.⁷¹

5.5 Possibilidade de aditar os embargos de declaração já opostos

Pelo NCPC, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária terá o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração (§ 4º do art. 1.024). Tal hipótese ocorre, por exemplo, quando a sentença julgar parcialmente procedente a ação e ambas as partes recorrem; o autor apela, enquanto o réu interpõe embargos declaratórios. No caso, se providos os embargos declaratórios, será aberto o prazo de 15 dias para que o autor possa aditar a apelação, pois este não tinha como prever que a sentença seria alterada⁷².

Ao incluir essa inovação, o legislador chancelou a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração como efeito derivado do provimento desse recurso⁷³, admitindo, dessa forma, o princípio da complementaridade, que vinha sendo acolhido pela doutrina e pela jurisprudência⁷⁴.

5.6 Embargos protelatórios: aplicação de multa

Os embargos protelatórios já eram punidos com multa no código revogado. O ônus imposto ao embargante foi mantido pelo NCPC, porém com novas consequências. A inovação consiste na reiteração de embargos manifestamente protelatórios, quando o embargante também estará sujeito ao pagamento de multa majorada em percentual de até 10% do valor atualizado da causa (§ 3º do art. 1.026).

A multa imposta reverterá em proveito do embargado, ou do Ministério Público, sendo que, nesse último caso, o valor será encaminhado ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (cf. Lei 7.347/85)⁷⁵.

O NCPC também condiciona a admissão de outros recursos ao depósito do valor da multa em juízo, ficando isento dessa obrigação a Fazenda Pública, o beneficiário de gratuidade da justiça e o Ministério Público, que somente recolherão a multa ao final (§ 3º do art. 1.026), podendo interpor qualquer recurso independentemente de depósito prévio previsto em lei⁷⁶. Sandro Marcelo Kozikoski leciona:

Ao se cogitar da reiteração dos embargos protelatórios, não se exige que o novo recurso seja necessariamente idêntico ao primeiro. Para fins de majoração da multa, não se trata de aferir a reincidência dos embargos, mas sim a atitude procrastinatória. Ainda que os novos embargos tenham feições diversas do primeiro, é possível compreendê-los como protelatórios. Para fins de majoração da multa, não há exigência de similitude entre os mesmos.⁷⁷

O não conhecimento, a rejeição ou o improvimento dos embargos de declaração, contudo, não induzem, por si só, intenção protelatória; por isso compete ao julgador identificar um motivo repreensível para punir o embargante, mediante decisão fundamentada⁷⁸.

5.7 Embargos sucessivos: aplicação de multa

O NCPC adotou a aplicação da multa (§ 4º do art. 1.026) devido à constante utilização dos embargos sucessivos, que se tornou praxe

forense; agora, não serão admitidos novos embargos de declaração se os dois anteriores houverem sido considerados protelatórios⁷⁹. É uma medida destinada a agilizar a prestação jurisdicional, já que, com frequência, os embargos de declaração eram interpostos com a finalidade de protelar o trânsito em julgado da decisão recorrida.⁸⁰

5.8 Embargos de declaração: decisão monocrática/ despacho

O NCPC não apresenta dispositivo legal que autorize a interposição de embargos de declaração contra decisão monocrática ou despacho. Porém, é viável o cabimento dos embargos de declaração contra qualquer pronunciamento judicial, inclusive de despacho⁸¹, ante a relevância da fundamentação do ato judicial atacado, que deve ser claro, coeso e exauriente. Portanto, nenhuma decisão judicial está excluída do ataque proporcionado pelos embargos de declaração⁸². Sandro Marcelo Kozikoski discorre:

A irrecorribilidade comprometerá o recurso subsequente, não havendo óbice para impugnação das decisões via embargos. Por outro lado, o art. 203 do CPC/2015 remete a classificação dos pronunciamentos judiciais, podendo subsistir eventual dúvida acerca do manejo dos embargos declaratórios em face dos despachos, ainda que desprovidos de conteúdo decisório. O princípio da cooperação (art. 6º) exige que todos os pronunciamentos judiciais sejam assimilados e compreendidos pelos sujeitos processuais. Logo, não se pode afastar que, em casos excepcionais, os embargos sejam aceitos em face de meros despachos.⁸³

5.9 Pré-questionamento e os embargos

Dispondo o artigo 1.025 do NCPC que se consideram incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos sejam inadmitidos ou rejeitados, entende-se que a noção de pré-questionamento restou amplia-

da, abrangendo, também, questões não examinadas⁸⁴. Teresa Arruda Alvim acrescenta:

Esta nova regra torna dispensável o retorno do processo à instância *a quo*, quando houver embargos de declaração, não admitidos ou rejeitados no mérito, se: a) teria sido, segundo o Tribunal *ad quem*, caso de os embargos serem admitidos e providos; b) os elementos, que deveriam, segundo o embargante, constar da decisão, eram mesmo necessários para a configuração da questão federal ou da questão constitucional.⁸⁵

5.10 Inclusão automática dos embargos na pauta de julgamento

A inovação referida está prevista no § 1º do artigo 1.024. Ela consiste no seguinte: não havendo julgamento do recurso na sessão pautada, os embargos de declaração são automaticamente incluídos na pauta, na hipótese de o recurso não ter sido julgado na sessão subsequente à sua interposição⁸⁶, isto é, o recurso será incluído em pauta independentemente de qualquer requerimento do embargante.

É mais uma medida que atende aos princípios constitucionais de razoável duração do processo e de agilização da prestação jurisdicional, e que deve ser aplaudida pelos operadores do direito⁸⁷.

5.11 Hipótese em que não é necessária a ratificação dos embargos opostos

No julgamento dos embargos de declaração que forem rejeitados ou que não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte, antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração, será processado e julgado independentemente de ratificação (§ 5º do art. 1.024). Nessa hipótese, portanto, não há necessidade de ratificação de recurso interposto por uma das partes depois da publicação do acórdão dos embargos interpostos, quando estes, apresentados pela outra parte, ou forem rejeitados ou improvidos ou, se providos, não alterarem o conteúdo da decisão⁸⁸.

6. Agravo interno

6.1 Cabimento – Órgão competente – Regulamentação

O agravo interno é cabível contra qualquer decisão monocrática proferida de forma unipessoal pelo relator do caso ou autoridade presidencial⁸⁹.

É competente para o julgamento do agravo o respectivo órgão colegiado a que pertencer o prolator; em se tratando de decisão do presidente ou vice-presidente, é competente o respectivo órgão colegiado, conforme previsto no regimento interno do tribunal⁹⁰.

Portanto, desde que o recurso já se encontre regulamentado pelo NCPC (art. 1.021), restaram superadas as distinções entre agravo interno e agravo regimental para restringir ou ampliar o cabimento do agravo interno⁹¹.

6.2 Tramitação do agravo interno

Sandro Marcelo Kozikoski orienta sobre o processamento do recurso:

O desfecho do agravo interno dá-se nesta ordem: (I) será objeto de retratação pelo relator ou (II), assim não se dando, e mesmo ausente pressuposto de admissibilidade, será encaminhado para julgamento pelo órgão colegiado, com conclusão em pauta (...). Embora a literalidade do comando indique que a retratação deva ocorrer, após escoado o prazo de resposta da parte agravada, é de se consentir que o relator, identificando equívoco evidente no provimento agravado, possa retratar-se, desde logo, tornando desnecessária a ouvida da parte adversa, em benefício da duração do processo.⁹²

6.3 Agravo interno contra decisão que concede efeito ativo

Na falta de previsão no NCPC, é possível a interposição do agravo interno contra decisão do relator que conceder efeito suspensivo

ou ativo ao recurso, ou que negar tal efeito. Sandro Gilbert Martins destaca:

O CPC/2015 não repetiu a regra do art. 527, parágrafo único, do CPC/1973, que vedava a interposição de recurso contra a decisão do relator que concedia, ou não, efeito suspensivo ou ativo ao recurso. Assim, diante da previsão genérica do agravo interno no art. 1.021 do CPC/2015, este será o recurso cabível contra a decisão do relator que concede, ou não, efeito suspensivo ou ativo ao recurso, nos termos do art. 995, parágrafo único, do CPC/2015.⁹³

6.4 Sustentação oral

A sustentação oral somente é possível quando o agravo é interposto contra decisão do relator que extinga os processos de competência originária, relativos à ação rescisória, ao mandado de segurança e à reclamação (art. 937, inc. VI, c/c § 3º)⁹⁴. Nos demais casos, a sustentação é inadmissível⁹⁵.

6.5 Agravo interno: aplicação de multa

A previsão do NCPC é no sentido de que se aplica multa ao recorrente do agravo interno quando o recurso for declarado, por votação unânime, manifestamente inadmissível ou improcedente. Nesses casos, a multa será aplicada pelo órgão colegiado e será fixada entre um e cinco por cento sobre o valor atualizado da causa (§ 4º do art. 1.021).

Aplicada a multa, a interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito prévio do valor da multa arbitrada, à exceção da Fazenda Pública e de beneficiário da gratuidade da justiça, que devem fazer o pagamento da multa somente no final do processo⁹⁶. Embora não previsto em lei, entende-se que, com relação ao Ministério Público, também o referido depósito deve ser feito ao final. Daniel Amorim Assumpção Neves questiona:

Como se pode notar, na hipótese de improcedência para aplicação da sanção, não se exige mais qualquer abuso no direito de recorrer, bastando que o julgamento seja unânime. Algo como ocorre com a caução prévia na ação rescisória. [...] Sancionar um legítimo exercício de direito processual apenas porque a pretensão foi unanimemente rejeitada é uma inconstitucionalidade evidente.⁹⁷

6.6 Intimação do agravado para contrarrazoar e inclusão em pauta do agravo

Duas novidades foram incluídas pelo legislador no NCPC com relação ao procedimento do agravo interno: (i) intimação do agravado para apresentar suas contrarrazões e (ii) inclusão em pauta para o julgamento (§ 2º do art. 1.021).

Trata-se de aplicação do princípio do contraditório, que nem sempre era cumprido pelos tribunais, principalmente pelos tribunais superiores, sob o argumento de que haveria incompatibilidade com a informalidade esperada do recurso⁹⁸. Essa justificativa, contudo, restou superada pela norma processual apontada.

6.7 O relator está proibido de reproduzir os fundamentos da decisão atacada para julgar improcedente o agravo interno

Ao apreciar o agravo interno interposto contra decisão monocrática nas causas de competência exclusiva do relator, geralmente o julgador limitava-se a reproduzir os fundamentos já apresentados na decisão agravada, na base do conhecido “recorta e cola”. Essa providência é vedada pela nova legislação (§ 3º do art. 1.021)⁹⁹. Portanto, doravante, o relator deverá fundamentar sua decisão com novos argumentos, procurando rebater as alegações apresentadas pelo recorrente¹⁰⁰.

7. Outras considerações

7.1 Supressão dos embargos infringentes

Os embargos infringentes (art. 530 do código revogado) foram suprimidos na nova legislação. Por isso, as situações que eram admitidas naquele recurso, além de outras, serão objeto de nova técnica de julgamento (art. 942)¹⁰¹. Não sendo unânime a decisão que apreciar a apelação, pelo novo sistema o julgamento do apelo terá prosseguimento, em sessão a ser designada, com a presença de outros julgadores, que serão convocados na forma prevista no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial – no quórum composto de três membros, outros dois serão convocados, sendo assegurado às partes e aos eventuais terceiros o direito de sustentação oral perante os novos julgadores¹⁰².

Entende-se que essa nova técnica seria uma espécie de “embargos infringentes de ofício”, ampliada para qualquer hipótese de julgamento não unânime, não só na apelação, mas também na ação rescisória, e até no agravo de instrumento, independentemente de ter sido ou não provido o recurso ou julgado precedente o pedido¹⁰³. Daniel Amorim Assumpção Neves ressalta:

Pela nova legislação, há duas grandes inovações na substituição dos embargos infringentes: a) não haverá mais razões e contrarrazões após o julgamento por maioria de votos, devendo os julgadores se valerem das razões e contrarrazões do recurso de apelação ou agravo de instrumento e dos fundamentos do autor (petição inicial) e do réu na ação rescisória (contestação); b) os julgadores que estiverem envolvidos no julgamento não unânime terão participação obrigatória no julgamento que amplia o número de julgadores.¹⁰⁴

7.2 Correição parcial e pedido de reconsideração: medidas judiciais viáveis

O NCPC criou um rol exaustivo de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento. Nessas condições, é possível que a utilização da correição parcial passe a ser mais comum, em razão de haver omissão em despacho e nas demais decisões interlocutórias não recorríveis por agravo de instrumento, quando ocorrer alteração da ordem procedimental com geração de confusão processual¹⁰⁵.

Igualmente, o pedido de reconsideração, apesar de continuar sem previsão legal, deve ser mais utilizado em razão de a recorribilidade de decisão interlocutória por meio de agravo de instrumento ter passado a ser limitada às hipóteses legais¹⁰⁶.

7.3 Mandado de segurança como substituto de agravo de instrumento

As decisões interlocutórias previstas no artigo 1.015 do NCPC são atacadas via agravo de instrumento. Porém, de acordo com o novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento que podem aguardar até a solução da apelação. Por exemplo, a decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa. Nesse caso, é viável a impetração da segurança¹⁰⁷. Marcellus Polastri Lima e Mariah Oliveira Santos de Queiroz acrescentam:

Observando a legislação aplicável ao mandado de segurança e sua interpretação feita pela Jurisprudência, atualmente entende-se cabível o mandado de segurança contra atos jurisdicionais basicamente nas seguintes hipóteses: quando inexistente recurso para hipótese ou esse não for passível de afastar dano irreparável (relembre-se que todo recurso é passível de concessão de efeito suspensivo *ope judicis*); em face de decisões teratológicas; por terceiros.¹⁰⁸

7.4 Casos em que não ocorre a preclusão

O NCPC manteve a vedação à parte de discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão (art. 507). Na aplicação do instituto da preclusão, porém, houve uma inversão no critério de sua incidência; somente estarão preclusas as decisões que forem atacáveis por agravo de instrumento (art. 1.015 e seus incs.) quando a parte omitiu-se e deixou de recorrer¹⁰⁹. Assim, as decisões interlocutórias que não comportem ataque mediante agravo de instrumento não estarão sujeitas à preclusão, podendo ser impugnadas nas razões ou contrarrazões recursais¹¹⁰.

O sistema previsto no NCPC (art. 1.009, § 1º) segue o adotado pela legislação trabalhista: a impugnação das decisões não recorríveis de imediato é reunida na futura e eventual apelação, ou na resposta do apelo, conforme o impugnante seja recorrente ou recorrido¹¹¹.

Conclusão

No desenvolvimento do presente texto, procurou-se apontar algumas inovações do CPC/2015 que são aplicáveis em quase todos os recursos aqui examinados, com destaque para o contraditório e a fungibilidade.

A seguir, foram abordadas as novidades introduzidas no novo estatuto processual: a) na apelação: o novo conceito, com a ampliação do objeto do apelo; a admissibilidade do apelo pelo relator; os efeitos do recurso (com ou sem efeito suspensivo); a teoria da causa madura; a sucumbência na fase recursal; efeito expansivo do apelo e a natureza dúplice das contrarrazões recursais; b) no agravo de instrumento: aplicação restritiva do recurso; juntada de documentos e eventual omissão de peças obrigatórias ou facultativas; interposição de agravo, mediante protocolo; interposição do agravo contra decisão monocrática antes da resposta; sustentação oral; c) nos embargos de declaração: princípio do contraditório; vícios sanáveis através dos embargos; efeito suspensivo; aditamento dos embargos já opostos;

aplicação de multa nos casos de embargos protelatórios e sucessivos; cabimento de embargos contra decisão monocrática/despacho; pré-questionamento e os embargos; inclusão automática dos embargos na pauta; hipótese em que não é necessária a ratificação dos embargos; d) no agravo interno: cabimento, órgão julgador competente e regulamentação; tramitação no tribunal; agravo contra decisão que concede efeito ativo ao recurso; sustentação oral; aplicação de multa; intimação do agravado para responder e inclusão na pauta; proibição de o relator reproduzir os fundamentos da decisão agravada.

Depois mencionou-se: a) supressão dos embargos infringentes; b) correição parcial e pedido de reconsideração: medidas judiciais viáveis; c) mandado de segurança como substituto do agravo de instrumento; casos em que não ocorre a preclusão.

O texto está baseado em ampla pesquisa doutrinária, em disposições do regimento interno que regulamentaram as inovações acolhidas pelo NCPC no Tribunal de Justiça do Paraná, e na jurisprudência do mesmo tribunal, e tem como finalidade principal apresentar mais uma singela contribuição, destinada aos estudiosos do direito e aos seus operadores.

Notas

1. Accácio Cambi. Desembargador aposentado. Conciliador voluntário do TJ-PR. Especialista em Processo Civil.
2. MARTINS, Sandro Gilbert. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coords.) *PC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 1353.
3. MANZANO OLIANI, José Alexandre. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM, Teresa. (Coords.). *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. 2ª Tiragem, p. 63.
4. VARGAS, Jorge de Oliveira. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coords.) *CPC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 120.
5. MANZANO OLIANI, José Alexandre. *Op. cit.*, p. 52.
6. CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; D'ARCE PINHEIRO, Paulo Eduardo; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de Processo Civil Completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p. 83.

7. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015*. Salvador-BA: Juspodivm. 2016, p. 64.
8. BARBANTE FRANZÉ, Luís Henrique. *Teoria Geral dos Recursos e o Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 124.
9. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coords.) *CPC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 1399.
10. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Novo CPC Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015, p. 537.
11. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 510. Nota. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR): Recursos de apelação e de agravo de instrumento que, na atual sistemática processual, possuem o mesmo prazo de interposição. Princípio de fungibilidade. Recebimento da apelação (acórdão nº 66.132/14ª Câmara. *Idem*, acórdãos nºs 19.308/Órgão Especial e 69.759/6ª. Câmara.
12. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil Comentado. Op. cit.*, p. 1.370. Nota. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Paraná (RITJPR) regulamenta a matéria: no inciso III, do § 6º, do art. 194, dispõe que, para distribuição do processo, é necessário constar do pedido: os dados dos advogados ou da sociedade de advogados e respectivos números de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, além de endereço eletrônico, se houver.
13. *Idem*, p. 1.371.
14. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil Comentado. Op. cit.*, p. 1.371.
15. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.* p. 543.
16. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.374.
17. CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; D'ARCE PINHEIRO, Paulo Eduardo; GILBERT MARTINS, Sandro; MARCELO KOZIKOSKI, Sandro. *Op. cit.*, p. 1.469.
18. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.374.
19. *Idem*, p. 1.375.
20. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.380.
21. MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 1.375.
22. BARBANTE FRANZÉ, Luís Henrique. *Op. cit.*, p. 51. Nota. O RITJPR dispõe sobre o pedido de vista no § 1º do art. 231; §§ 1º e 4º; do art. 234, e §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, do art. 234-A.
23. MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 1.360.
24. MANZANO OLIANI, José Alexandre. *Op. cit.*, p. 527 e 528.
25. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 549.
26. MANZANO OLIANI, José Alexandre. *Op. cit.*, p. 533 e 534.
27. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.380.

28. DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores. 2016, p. 212.
29. VALLADÃO NOGUEIRA; Luiz Fernando. *Recursos e procedimentos nos tribunais no novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Plácido Editora. 2016, p. 47.
30. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil*. *Op. cit.*, p. 1.380.
31. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 547.
32. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015*. Salvador-BA: Juspodivm. 2016, p. 148.
33. MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 1.377 e 78.
34. MORAES PANZA, Luiz Osório. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coords.) *CPC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.386.
35. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 556 e 557. Nota. O RITJPR dispõe no § 3º do art. 245: Serão apreciadas, no recurso de Apelação, em exame preliminar, todas as questões que não tenham sido objeto de agravo de instrumento na fase de conhecimento, oportunamente impugnadas nas razões e ou contrarrazões recursais, não atingidas pela preclusão.
36. ARRUDA ALVIM, Teresa. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.) *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. 2ª Tiragem, p. 572.
37. MANZANO OLIANI, José Alexandre. *Op. cit.*, p. 538.
38. MANZANO OLIANI, José Alexandre. *Op. cit.*, p. 537 e 538.
39. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 532.
40. *Idem*, p. 553. Nota. A jurisprudência do TJPR: Diversamente do que defende o apelante, não há que se falar em cerceamento de defesa, uma vez que a causa estava madura para o julgamento, notadamente porque os documentos acostados nos autos se revelam suficientes para o deslinde do feito, não dependendo de outras provas. (acórdão nº 54.197/5ª Câmara. *Idem*, acórdãos nºs 65.461/8ª e 62.637/10ª Câmara).
41. MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 1.378.
42. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015*. *Op. cit.*, p. 152.
43. BARBANTE FRANZÉ, Luís Henrique. *Op. cit.*, p. 52. Nota. Jurisprudência do STJ: Civil. Recurso especial. Recurso manejado sob a Égide do NPC. (...) 5. Em razão da aplicabilidade das regras do NCPC e do não provimento do presente recurso, majoro os honorários fixados anteriormente de 1% do valor da condenação Recurso especial não provido. (RE nº 1.635.771/DF, 9.05.17).
44. CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; D'ARCE PINHEIRO, Paulo Eduardo; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Op. cit.*, p. 1.529.
45. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 548.

46. *Idem.*
47. MANZANO OLIANI, José Alexandre. *Op. cit.*, p. 532.
48. *Ibidem.*
49. MANZANO OLIANI, José Alexandre. *Op. cit.*, p. 54-5.
50. MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 168.
51. AIDAR BONDIOLI, Luis Guilherme. In: F. GOUVÊA, José Roberto; AIDAR BONDIOLI, Luis Guilherme e N. DA FONSECA, João Francisco. (Coords.) *Comentários ao Código de Processo Civil. Dos recursos.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121.
52. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015. Op. cit.*, p. 168-9.
53. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. cit.* p. 553.
54. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015. Op. cit.*, p. 168. Nota. O RITJPR dispõe, no § 1º do art. 205, que: No recurso de agravo de instrumento, para o exame da concessão do efeito suspensivo ao recurso, ou atribuir a antecipação total ou parcial da tutela, o prazo é de cinco dias.
55. MORAES PANZA, Luiz Osório. *Op. cit.*, p. 1.389.
56. *Ibidem.*
57. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 560.
58. MORAES PANZA, Luiz Osório. *Op. cit.*, p. 1.392.
59. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015. Op. cit.*, p. 182-3.
60. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 554-5. Nota. O RITJPR regulamenta a matéria no § 1º do artigo 226.
61. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015. Op. cit.*, p. 191-2.
62. AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel. *Op. cit.*, p. 572.
63. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015. Op. cit.*, p. 192.
64. *Idem*, p. 193.
65. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. cit.*, p. 568.
66. VALLADÃO NOGUEIRA; Luiz Fernando. *Op. cit.*, p. 107.
67. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. cit.*, p. 175.
68. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015. Op. cit.*, p. 194.
69. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 570. Nota. Jurisprudência do TJPR: Alegação de erro material. (...) Extração da matéria no acórdão embargado. Omissão. (...) Embargos de Declaração conhecidos e acolhidos sem efeitos infringentes. (acórdão nº 60.809/ 16ª Câmara. *Idem*, acórdão nº 75.892/8ª Câmara.
70. VALLADÃO NOGUEIRA; Luiz Fernando. *Op. cit.*, p. 110.

71. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.400-1.
72. BARBANTE FRANZÉ, Luís Henrique. *Op. cit.*, p. 177.
73. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil Op. cit.*, p. 1.399.
74. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 539.
75. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.401.
76. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim.. *Op. cit.*, p. 571.
77. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.401.
78. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.401. Nota. Jurisprudência do TJPR: Nas hipóteses em que as alegações deduzidas pelo embargante refutadas em recursos precedentes, impõe-se a aplicação da multa prevista no art. 1026, § 2º, do CPC/2015. (Acórdão nº 62.069 da 15ª Câmara. *Idem*, acórdãos 47.174/12ª e 68.272/18ª).
79. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 571.
80. Nota. Jurisprudência do TJPR: Embargos de Declaração em Embargos de Declaração (...) Repetição de alegações. Matéria já julgada nos primeiros Embargos e no Apelo. (...) Intuito protelatórios. Embargos rejeitados com aplicação de multa (acórdão nº 76.006/8ª Câmara. *Idem* acórdão nº 71.241/6ª Câmara.
81. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 569.
82. VALLADÃO NOGUEIRA, Luiz Fernando. *Op. cit.*, p. 108.
83. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.396-7.
84. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.399-400.
85. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. cit.*, p. 570.
86. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 570.
87. Nota. O RITJPR, no § 4º do art. 210, dispõe: Não sendo possível ao Relator apresentar os embargos de declaração para julgamento na sessão subsequente e proferir seu voto, deverá ser incluído em pauta automaticamente.
88. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. cit.*, p. 175-6.
89. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015. Op. cit.*, p. 186. Nota. O RITJPR dispõe que caberá agravo interno, no prazo de quinze dias, contra decisão do Presidente e dos Vice-Presidentes, quando atuarem como órgão jurisdicional nas causas pertinentes à competência originária e recursal, bem como contra decisão monocrática do Relator, em processo de competência originária, incidentes, remessa necessária ou recurso, no prazo de quinze dias (art. 332 e § 1º).
90. ASSUMPCÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 560. Nota. O RITJPR dispõe: compete às Câmaras Cíveis isoladas processar e julgar os agravos internos de decisões do Presidente e Relatores (inciso VI do art. 89).
91. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015. Op. cit.*, p. 186. Nota. O RITJPR dispõe sobre os

- casos em que é possível interpor o recurso: a) inciso III, letra “b”, do art. 84, contra ato do Presidente do Tribunal; b) § 4º do art. 102, contra decisão que determinar o sobrestamento de recurso ainda não afetado pelas Cortes Superiores; c) parágrafo único do art. 107, contra decisão proferida pelo 1º Vice-Presidente, que exclua da decisão de sobrestamento, ou de suspensão, e não admita o recurso especial ou o extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente; d) § 2º do art. 107-B, contra a decisão de concessão ou não da tutela antecipada recursal de urgência; e) art. 113, contra decisão do 1º Vice-Presidente, que aplicar o entendimento firmado em regime de repercussão geral ou julgamento de recursos repetitivos; f) parágrafo único do art. 275, contra decisão, que indeferir petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade; g) parágrafo único do art. 291, contra decisão, que indeferir petição inicial de ação direta de constitucionalidade, por ser inepta, e não fundamentada, e a manifestamente improcedente; h) § 3º do art. 323, contra decisão de indeferimento da petição inicial da ação rescisória, nos casos previstos nos artigos 330, 332 e 968, § 4º, do CPC/2015, bem como quando não for efetuado o depósito, e nas demais decisões monocráticas do Relator.
92. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.395. Nota. O RITJPR dispõe que o recurso será dirigido ao relator, que intimará a parte agravada para se manifestar no prazo de quinze dias; se não houve retratação, o recurso será relatado em sessão, pelo desembargador subscritor da decisão agravada, e incluído em pauta (§§ 2º e 3º do art. 332); se o agravo for apresentado em processo com dia para julgamento e já incluído em pauta, será apreciado preliminarmente (art. 334).
93. MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 1.360. Nota. O RITJPR dispõe, no § 1º do art. 332, que contra a decisão monocrática do Relator, caberá agravo interno, em processo da competência originária, incidentes, remessa necessária ou recurso, no prazo de quinze dias.
94. KUKINA, Sérgio Luiz. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coords.) *CPC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, p. 1.394.
95. Nota. O RITJPR prevê, no § 2º do art. 226, que, nos processos de competência originária, caberá sustentação oral no agravo interno que vier a ser interposto, em relação à decisão que extingue o mandado de segurança, a ação rescisória e a reclamação.
96. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 562.
97. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 563. Nota. O RITJPR dispõe que ficará condicionada ao prévio depósito do valor da multa, a interposição de qualquer outro recurso, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário da justiça gratuita, que farão o pagamento ao final (§§ 1º e 3º do art. 334). Jurisprudência do TJPR: Agravo interno manifestamente improcedente (...) impõe a aplicação da multa (...) fixação em valor correspondente a 30% do

- valor fixado em quantia certa. (acórdão nº 96.701/ 2ª Câmara). *Idem*, acórdãos 75.957/8ª.; 73.682/9ª e 61.840/15ª.
98. *Idem*, p. 562.
99. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 562-3.
100. Nota. O RITJPR dispõe sobre a vedação prevista no CPC (§ 4º do art. 332).
101. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.359.
102. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 566.
103. GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Aluísio. In: CAMBI, Eduardo. Bochenek, Antonio César (Coords.) *CPC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 19.
104. ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Op. cit.*, p. 568. Nota. O RITJPR dispõe sobre a matéria no artigo 87 e seus incisos XI (recurso de apelação); XII (agravo de instrumento) e XIII (ação rescisória); e nos artigos 240 e 240-A e seus §§.
105. *Idem*, p. 535.
106. *Idem*, p. 527. Nota. O RITJPR admite a correção parcial: A correção parcial visa à emenda de erros ou abusos que importem na inversão tumultuada de atos e fórmulas legais, na paralisação injustificada dos feitos ou na dilação abusiva de prazos, quando, para o caso, não haja recurso previsto em lei, e acrescenta, no parágrafo único: O procedimento da correção parcial será o do agravo de instrumento, conforme disciplinado na lei processual civil (art. 335).
107. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Op. cit.*, p. 550.
108. POLASTRI LIMA, Marcellus; SANTOS DE QUEIROZ, Mariah Oliveira. *O mandado de segurança contra decisões jurisdicionais: evolução e o novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Caxias do Sul: Juris Plenum, vol. 76, julho 2017, p. 156.
109. VALLADÃO NOGUEIRA; Luiz Fernando. *Recursos e procedimentos nos tribunais no novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Plácido Editora, 2016, p. 45.
110. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *CPC. Código de Processo Civil. Op. cit.*, p. 1.359.
111. CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coor2ds.) *CPC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 19.

Referências

- AIDAR BONDIOLI, Luis Guilherme. In: F. GOUVÊA, José Roberto; AIDAR BONDIOLI, Luis Guilherme e N. DA FONSECA, João Francisco. (Coords.) *Comentários ao código de processo civil. Dos recursos*. São Paulo: Saraiva. 2016.

- ARRUDA ALVIM, Teresa. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.) *Temas essenciais do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. 2ª Tiragem.
- ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Novo CPC Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.
- BARBANTE FRANZÉ, Luís Henrique. *Teoria geral dos recursos e o novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 3. ed. 2016.
- CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; D'ARCE PINHEIRO, Paulo Eduardo; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de processo civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.
- CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coords.) *CPC. Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA; Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, vol. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores. 2016.
- KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coords.) *CPC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- _____. *Sistema Recursal CPC 2015, em conformidade com a Lei 13.256/2015*. Salvador-BA: Juspodivm. 2016.
- KUKINA, Sérgio Luiz. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coords.) *CPC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MANZANO OLIANI, José Alexandre. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier; ARRUDA ALVIM, Teresa. (Coords.). *Temas essenciais do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. 2ª Tiragem.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARTINS, Sandro Gilbert. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coords.) *CPC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- MORAES PANZA, Luiz Osório. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coords.) *CPC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. Regimento Interno. Curitiba: Juruá. 2016.
- PARIZATTO, João Roberto. *Recursos no Novo Código de Processo Civil, de acordo com as Leis 13.105 de 16.03.15 e 13.256 de 04.02.16*. Leme: Editora Parizatto. 2016, 2ª tiragem.

- POLASTRI LIMA, Marcellus; SANTOS DE QUEIROZ, Mariah Oliveira. *O mandado de segurança contra decisões jurisdicionais: evolução e o novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Caxias do Sul: Juris Plenum. Vol. 76. Julho/2017.
- VALLADÃO NOGUEIRA; Luiz Fernando. *Recursos e procedimentos nos tribunais no novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Plácido Editora. 2016.
- VARGAS, Jorge de Oliveira. In: CAMBI, Eduardo. BOCHENEK, Antonio César (Coords.) *CPC. Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

DOUTRINA

O município como ente federativo com o advento da CF/88: o modelo de federalismo cooperativo, seus ganhos e vantagens

Erenê Oton França de Lacerda Filho¹

Especialista em Direito Aplicado (Escola da Magistratura do Paraná)

COM A REDEMOCRATIZAÇÃO E A PROMULGAÇÃO da Constituição Federal de 1988, os municípios brasileiros foram elevados à categoria de entes federativos, o que alicerça um novo modelo de federalismo e altera a política fiscal outrora adotada. A análise da situação tem por base o cotejo das diretrizes dispostas na carta política, as legislações correlatas e opiniões exaradas pela comunidade política. O foco central está em apresentar, *en passant*, os ganhos e vantagens obtidos a partir do final dos idos da década de 1980 e primeiro decênio do século 21.

Introdução

A presente abordagem flerta com o desenho do federalismo a partir da redemocratização brasileira, com foco na relevância dos municípios. Ao ser promulgada a CF/88, a qual elevou os municípios ao *status* de ente federativo, além do alto número de desmembramentos distritais e conseqüente criação de novos municípios, este novo ator político se tornou peça fundamental do sistema político-econômico da nação.

A constituinte adotou como forma administrativa o modelo gerencial de atuação estatal, com a implementação de políticas públicas que visem diminuir as desigualdades sociais e buscar equidade econômica

nas cinco regiões brasileira. A União deve incentivar o aspecto técnico, o financeiro e os fiscais, delegando aos municípios a implementação de programas que supram as necessidades básicas da população, com arranjos produtivos e ações voltadas ao empreendedorismo, unindo esforços entre a seara público-privada.

Destaca-se a repartição tributária, responsabilidade e discricionariedade do gestor municipal no momento da tomada de decisão atinente às políticas públicas a serem adotadas. Neste modelo de federalismo de cooperação, o papel acentuado dos municípios no cenário nacional deve estar correlato à órbita político-legal.

1. O federalismo pós-1988

No período anterior à CF/88, adotava-se o modelo centralizado de governo, de modo a esvaziar o poder regional, e as decisões quanto aos programas de infraestrutura, gerencial, social e assistencial partiam do Poder Executivo nacional. Os municípios não eram entes autônomos e os estados seguiam as diretrizes do governo federal. Neste modelo burocrático, desenvolveram-se programas tecnocratas, com forte ênfase nos pareceres técnicos, e o Executivo implementava políticas públicas sem diálogo com o Legislativo. Menciona-se a reforma administrativa do Decreto-Lei 200/67, recepcionada pela atual CF, que prevê a descentralização das atividades do Executivo Federal às unidades federativas e esfera privada, sob a direção, controle, fiscalização e planejamento de programas pelo governo federal (arts. 6º, 10 e 11).

Já o texto constitucional trata dos municípios como entes autônomos (art. 1º), proíbe discutir a abolição da forma federativa do Estado (art. 60, § 4º, inc. I), norteia a auto-organização (art. 29), além de serem os municípios responsáveis pelo ciclo de política pública no tocante ao desenvolvimento urbano (art. 182).

Em decorrência da submissão legislativa dos entes municipais perante as leis federais e estaduais (arts. 22, 23, 24 da CF), nota-se uma descentralização mitigada. Mesmo com personalidade jurídica, patrimônio, poder fiscal-administrativo-político próprio e responsabiliza-

ção judicial, os municípios acabam por legislar de forma residual, em consonância com a uniformidade das leis. Outra questão consiste na falta de representatividade dos municípios no Senado Federal.

E mais, a investida da constituinte foi inovadora e audaciosa ao vislumbrar a construção da autonomia gerencial e financeira dos estados e municípios como política organizacional da nação. Num primeiro momento, o modelo de federalismo cooperativo² necessita aderir aos planos de desenvolvimento do governo federal, em busca da integração econômica, coordenada e cooperada, para corrigir disparidades regionais e preencher a capacidade técnica de autogoverno.

Leia-se a coordenação como busca do interesse comum, preservação da autonomia e cooperação na tomada de decisão conjunta, de maneira a uniformizar políticas públicas, adaptando sua execução às necessidades do ente federado:

O Federalismo Cooperativo se justifica pelo fato de que, em um Estado intervencionista e voltado para a implementação de políticas públicas, como o estruturado pela Constituição de 1988, as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional. Isto ocorre principalmente com os setores econômicos e social, que exigem uma unidade de planejamento e direção. Antes, portanto, de o Estado Social estar em contradição com o Estado Federal, o Estado Social influi de maneira decisiva no desenvolvimento do federalismo atual, sendo o federalismo cooperativo considerado como o federalismo adequado ao Estado Social (BERCOVICI, 2004, p. 56-7).

Na prática o esboço do federalismo brasileiro deve ser lido sob o aspecto fático e formal, este para garantir a soberania, autonomia de cada ente, a introdução de políticas públicas, arrecadação fiscal, poder de polícia. Já o federalismo de fato trata da descentralização efetiva acerca da tomada de decisão de cada ente federativo sobre assuntos como gastos e receitas públicas, auto-organização de suas instituições e investimentos em programas assistenciais, sociais ou estruturais, com

resultado numa institucionalização pormenorizada do Estado federativo brasileiro.

Assim, com a redemocratização e o surgimento da municipalidade como novo ator, amplia-se a teia de relações no jogo do poder político, de forma que o governo federal é obrigado a negociar com as lideranças partidárias nos governos subnacionais. Com este novo desenho político, a boa maneira de prover a descentralização, em segurança e gradualmente, consiste no aumento de atribuições aos municípios, além de se criarem mecanismos de atuação do cidadão sobre a gestão pública ou controle social (conselhos tutelares e tripartite de educação e saúde, associações organizadas), o que ocupa um papel complementar ao controle das instituições democráticas, sobretudo a administração pública. Ademais, o cidadão deve usufruir de uma adequada prestação dos serviços públicos, ter seu pleito analisado/discutido na agenda política e buscar tutela judicial.

No período anterior a 1988, o modelo adotado era a administração burocrática, pautada na legalidade, na elevada hierarquia, alto relevo na tecnocracia, controle sobre os meios e ênfase na forma e procedimentos (Decreto-Lei 200/67). Após a CF/88, o momento-chave para mudança de paradigma ocorre com a Emenda Constitucional 19/98, que efetiva a administração *gerencial*.

Ato contínuo, são promulgadas leis para regulamentar a participação da iniciativa privada em atividades anteriormente de monopólio estatal (Leis 8.246/91, 8.987/95, 9.790/99, 11.079/04, 11.107/05, 13.019/14). O modelo de Estado provedor passa para garantidor, ao fiscalizar e regulamentar a atividade econômica e social, via agências reguladoras. A descentralização propiciou uma maior atuação popular na tomada de decisão com as consultas e audiências públicas, aproximando-se do direito comunitário.

Outra possibilidade da carta magna, pela via indireta, consiste no fenômeno da judicialização da política através do STF, que ao julgar ações específicas legisla de forma negativa. Por consequência, o Judiciário harmoniza o ordenamento jurídico ante a carência normativa sobre determinados temas da agenda política e propicia a coerência legislativa entre os três entes federados num modelo de federalismo de cooperação.

2. Debates sobre o federalismo

Mesmo com a regulamentação de grande parte das normas programáticas da lei fundamental, com o aperfeiçoamento do controle das instituições, a aderência ao modelo administrativo gerencial, o florescer do federalismo cooperativo e a solidez do regime democrático, algumas questões permanecem em discussão na arena política, sociológica e econômica.

Sobre o federalismo de cooperação, a agenda de estudos visa o fortalecimento das relações entre o governo federal e os municípios, sem a intermediação dos governos estaduais. Este mitigar dos estados na produção de políticas públicas tem criado um debate sobre os poderes da União e sua forte concentração na edição legislativa; por consequência, influi nas decisões jurisdicionais e fragiliza a atuação, a autonomia e o “poder de veto” dos governos subnacionais perante o Congresso.

Outros questionamentos recaem nas forças políticas e sociais dos três entes federativos e o envolvimento em políticas de planejamento e desenvolvimento, com foco na qualidade de serviços coletivos e na provisão de bens. Há um forte debate sobre o papel dos governos estaduais na interlocução e coordenação dessas políticas públicas.

Debate-se a hipossuficiência tributária municipal, a baixa densidade demográfica e a dependência de repasses dos estados e da União (Fundo de Participação Municipal) para sustentar a administração pública municipal e suprir as necessidades básicas. Também estão na agenda política estados que dependem de incentivos fiscais e de repasses específicos (Fundo de Participação dos Estados e regionais).

Não menos importante, o tema da criação, fusão e desmembramento de estados e municípios continua na pauta de discussões (em torno de 50 projetos no Congresso Nacional). Basta observar o referendo

O Judiciário harmoniza o ordenamento jurídico ante a carência normativa sobre determinados temas da agenda política e propicia a coerência legislativa entre os três entes federados num modelo de federalismo de cooperação

para desmembrar o Estado do Pará em outros dois futuros estados, do Carajás e Tapajós, rejeitado pelos eleitores.

Debate-se a reforma política e o papel do governo federal no cumprimento de transferências obrigatórias aos municípios, estados e regiões, o que reafirma o federalismo de cooperação. Sobre os estados, o embate está na chamada guerra fiscal para atrair o empresariado, mediante a concessão de isenções e a busca de repasses federais. Ainda no plano fiscal, tem-se a questão dos royalties do petróleo, a cota-parte dos estados e o vínculo na educação e saúde³ (Lei 12.858/13).

3. O pacto federativo

Dentre as razões do pacto federativo (art. 3º, II e III; art. 21, IX; art. 43; art. 170, VII, da CF), sobreleva o caráter redistributivo com uma política seletiva de transferências de tributos federais, aliado à redução das desigualdades regionais e sociais, posto que determinados estados e municípios necessitam incentivos fiscais diferidos e repasses financeiros para se autogerir.

As políticas públicas voltadas às questões regionais almejam a integração das cinco regiões, uma construção geoeconômica mais igualitária, a inclusão popular na participação política e social, além de medidas que visem diminuir o esvaziamento regional e o inchaço desordenado das metrópoles. Esta dispersão populacional nos municípios do interior favorece a logística e a economia de centros urbanos, e a implantação de programas de governo, com reflexo na segurança nacional e melhor ocupação territorial. É uma reocupação legítima, pois uma melhor distribuição demográfica possibilita planejamento e construção urbana condizente com as recomendações internacionais e uma melhor integração nacional. Os exemplos de intervenções econômicas do governo federal em regiões longínquas se justificam pela falta de autossustentabilidade de alguns estados, sendo implementados planos e incentivos regionais de desenvolvimento como políticas fiscais específicas, na região Norte, Centro-Oeste e Nordeste.

Quanto aos municípios, ante a escassez de recursos financeiros, a sua adesão às políticas sociais ocorre como espécie de “barganha fede-

rativa”, em que inicialmente a municipalidade sopesa os ganhos e encargos oriundos da responsabilidade de gestão:

É devido à dimensão de barganha federativa que o processo de descentralização das políticas sociais no Brasil só pode ser efetivo na medida em que as administrações locais avaliem positivamente os ganhos a serem obtidos a partir da assunção de atribuições de gestão; ou, pelo menos, que considerem que os custos com os quais deveriam arcar poderiam ser minimizados pela ação dos demais níveis de governo. Assim, nas condições brasileiras atuais, *a adesão dos governos locais à transferência de atribuições depende diretamente de um cálculo no qual são considerados, de um lado, os custos e benefícios fiscais e políticos derivados da decisão de assumir a gestão de uma dada política e, de outro, os próprios recursos fiscais e administrativos com os quais cada administração conta para desempenhar tal tarefa* (ARRETCHE, 1999, p. 115).

Sem o suporte financeiro do ente federal e estadual para com os municípios, programas sociais estariam à deriva da capacidade fiscal e socioeconômica local. Mesmo os municípios fruindo de autonomia gerencial, a participação nos recursos públicos de repasses foi ampliada em comparação com a situação dos estados:

A descentralização orçamentária se deu predominantemente como um processo de municipalização: o nível de governo que teve sua participação na capacidade de gasto efetivamente ampliada nas duas últimas décadas foram os municípios. Por decorrência, a descentralização de encargos derivada também tomou esta forma. No Brasil, só parece haver um efetivo processo de descentralização no sentido de ampliação da participação dos municípios nos encargos e recursos. Do ponto de vista tanto da atribuição de encargos como da disponibilidade líquida de recursos, após transferências intergovernamentais, os governos estaduais têm hoje rigorosamente a mesma situação que tinham vinte anos atrás (REZENDE; OLIVEIRA, 2003, p. 43).

Em evidência estão os programas para diminuir desigualdades regionais e locais, com vistas ao desenvolvimento, e os incentivos fiscais, os quais objetivam necessidades pontuais. Do contrário estariam os rincões da nação no abandono, o que perpetua a miserabilidade dos municípios de baixa densidade populacional e diminuta base arrecadatória. Ante esta fragilidade, o constituinte delineou a repartição das receitas tributárias da União⁴:

Os estados recebem 21,5% dessas transferências, sendo que 85% são destinados às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e os restantes 15% às regiões Sul e Sudeste. A fórmula para determinar a quota de cada estado leva em consideração o tamanho da população e o inverso da renda *per capita*. Os municípios recebem 22,5%, sendo que, desse valor, 10% destinam-se às capitais. A distribuição dos restantes 90% também leva em conta a população e o inverso da renda *per capita* (SOUZA, 2005, p. 117).⁵

Assim, está-se diante de uma política de governo que busca formas contínuas de repartição das riquezas e garantia de autonomia dos entes federados, no âmbito local ou regional, de acordo com as limitações arrecadatórias, além de outros fatores: *renda per capita*, população, área e densidade geográfica, tudo na busca do equilíbrio federativo.

4. Responsabilidade fiscal

Nas décadas de 1980/90, a carência de políticas públicas, a guerra fiscal e a falta de comprometimento para com as legislaturas posteriores favoreceram a concentração da arrecadação de tributos na União:

Governos estaduais retraíram-se neste campo pela longa e grave crise fiscal dos anos 1990. A dinâmica autofágica instalada neste período seria marcada por políticas de soma zero dos governadores contra estados vizinhos e a União – como no caso da “guerra fiscal” – e de terra arrasada de governadores em fim de mandato contra

seus sucessores. Estes herdariam dívidas impagáveis e estruturas governamentais desmontadas ou inchadas e viciadas (LASSANCE, 2012, p. 28).

Nesse cenário, em meados da década de 1990, o governo optou pelo equilíbrio das contas públicas. Houve a tendência em assegurar o superávit primário, conforme acordado com o FMI, e o enrijecimento do controle fiscal nos três níveis federativos, relegando ao plano secundário a eficiência tributária. Esta mudança no plano tributário resultou em morosidade, posto que a constitucionalização da matéria exige exaustivas discussões no Congresso Nacional, além de serem submetidas, em diversas ocasiões, ao crivo do STF. Agrega-se a rigidez para contrair empréstimos pelo ente público:

Para contrair empréstimos, os três níveis precisam da autorização de seus respectivos legislativos e da aprovação do Banco Central e do Senado Federal. A promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), em 2000, e de um conjunto de outras leis ordinárias federais tornou quase impossível a contratação de novos empréstimos, em especial pelos governos subnacionais (SOUZA, 2005, p. 116-7).

A LRF determinou maior fiscalização quanto à concessão do crédito público, folha salarial, transferências voluntárias, contratações dos entes federados, transparência na gestão pública, sob pena de sanções por improbidade administrativa. Com isso reduziu a “preguiça fiscal” quanto à dependência de repasses e estimulou os governos subnacionais a procurar a autonomia financeira, em especial com o exercício pleno da arrecadação dos tributos de sua competência.

A vantagem das transferências voluntárias consiste na efetiva autonomia do ente federado em utilizar de recursos em situações emergenciais ou para suprir a carência de programas sociais em determinados segmentos públicos.

Considerações finais

A contar da CF/88, o país adere ao modelo gerencial de administração, que inclui medidas formais para redistribuição de receitas, com a elevação dos municípios ao *status* de ente federativo, os quais passam a gerir as políticas públicas voltadas à educação e saúde.

Os municípios, por disporem de autonomia gerencial, financeira e política, no microsistema social passam a ser uma das figuras centrais na implantação de políticas públicas, surgindo assim o denominado federalismo de cooperação. Esta cooperação visa atingir os interesses comuns dos três entes federados no aspecto econômico e produtivo, e procura elevar a integração regional.

A carta política favoreceu os municípios, com autonomia tributária e benefícios de repasses

No entanto, a municipalidade requer auxílio de seu respectivo estado e do governo federal para efetivar programas socioeconômicos e garantir o seu crescimento. Nesse sentido, algumas políticas públicas são auxiliadas pelo governo federal quanto à assistência técnica e cooperação financeira até que o município possa gerir de maneira autônoma.

Por óbvio, a ação isolada do governo central não é suficiente para efetivar os objetivos fundamentais da nação no que diz respeito à erradicação e redução das desigualdades regionais, sociais e econômicas. Portanto, o ente federal se socorre dos municípios por ser o elo mais próximo entre a população e o estado. De maneira simbiótica, esses dois entes federativos atuam com extremo relevo na construção, financiamento e implantação da agenda de programas sociais.

Desse modo, ao se garantir condições dignas à vida dos munícipes, favorece-se o melhor desenvolvimento econômico local. E mais, há reflexos na ocupação, integração e logística no território nacional, o que toca, de maneira indireta, as questões ligadas à segurança nacional ao evitar grandes vazios em seu território.

Por outro giro, resta aos estados a responsabilidade quanto à infraestrutura e gerenciamento de recursos, bens e tráfego sob sua guarda.

A carta política favoreceu os municípios, com autonomia tributária e benefícios de repasses. Esta descentralização fiscal adotada pelo sistema tributário propicia a operacionalidade do estado; por consequência, os governos subnacionais possuem maior discricionariedade administrativa na tomada de decisão sobre determinadas políticas públicas e sobre a forma de utilizar receitas oriundas de transferência e repasse.

Contudo, para evitar a inércia da municipalidade, no sentido da dependência financeira dos repasses estadual e federal, o legislador editou a lei de responsabilidade sobre a gestão fiscal relacionada ao orçamento e normas de finanças públicas. Esta lei, além de tratar sobre o orçamento público e de rubricas específicas, por consequência engloba operação de crédito, transferência voluntária e despesas públicas, bem como as medidas restritivas aplicáveis ao ente federativo que não cumprir metas determinadas, por exemplo, o não recebimento de transferências voluntárias.

Nota-se o fortalecimento do pacto federativo, inclusive com critérios legislativos, ao forçar o gestor público a adotar postura proativa na arrecadação de receitas. Ainda, denota-se que a governabilidade da federação, no plano político, permite a discricionariedade gerencial da administração pública em qualquer esfera de governo, o que fortalece o sistema democrático, sem a atuação impositiva do governo federal.

Em suma, o município, nesta engenharia do federalismo pós-1988, torna-se o grande garantidor da efetiva ação dos programas sociais e por conseguinte da coesão e desenvolvimento das relações socioeconômicas, fulcrais à prosperidade da nação.

Notas

1. Erenê Oton França de Lacerda Filho, Especialista em Direito Aplicado (Escola da Magistratura do Paraná). Especialista em Sociologia Política (UFPR). Graduando Tecnologia em Gestão Pública (UFPR). Advogado.
2. Este modelo de federalismo [de cooperação], com base no princípio da solidariedade, busca o equilíbrio entre os entes federados na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na resolução das disparidades pontuais, sobretudo regional e entre os estados.

3. Pela a ordem constitucional há investimento mínimo de 18% na educação pela União, e 25% pelos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 212 CF); 15% na saúde pela União (art. 198, § 2º, inc. I CF), 12% pelos Estados e DF, e 15% pelos Municípios (arts. 6º e 7º, LC 141/12), em cálculo atuarial.
4. Disposição constitucional (art. 159): Fundo de Repasse aos Estados, Fundo de Repasse aos Municípios, Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados, Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, Fundo de Financiamento do Norte, do Nordeste, do Centro-Oeste. Este último fundo regulamentado pela Lei 7.827/89, diretrizes e prioridades definido pelo Ministério da Integração Nacional.
5. O rateio aos estados regulado pela Lei Complementar 62/89, no artigo 2º, incisos I e II, e artigo 88 do Código Tributário Nacional. Percentual dos municípios, artigo 91 do Código Tributário. Vale destacar a origem deste rateio, disciplinada no artigo 34, § 2º, incisos I, II e III, da ADCT, que mantém uma política fiscal de redistribuição de percentuais dos impostos arrecadados pela União, com previsão de aumento progressivo.

Referências

- ARRETCHE, Marta. *Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização*. Rio de Janeiro: Revan; São Paulo: Fapesp, 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- LASSANCE, A. Federalismo à brasileira. In: Linhares, P. T. F. et. al. (Org.). *Federalismo à brasileira: questões para discussão*. Brasília: Ipea, 2012.
- LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Democracia e federalismo: uma intrincada relação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 44, n. 175, p. 299-307, jul./set. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/139956>>. Acesso em: 11 nov. 2017.
- MONTEIRO NETO, Aristides (Org.). *Governos estaduais no federalismo brasileiro: capacidades e limitações governativas em debate*. Brasília: Ipea, 2014.
- REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabricio Augusto de (Org.). *Descentralização e federalismo fiscal no Brasil: desafios da reforma tributária*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
- SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. *Revista de Sociologia Política*. Curitiba, n. 24, p. 105-121, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n24/a08n24.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

Tribunal de Justiça Empresarial, o grande passo na busca da efetividade do judiciário paranaense¹

Larissa Milkiewicz²

Mestranda (bolsista CAPES) em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná

1. Introdução

CERTAMENTE A BUSCA POR UMA JUSTIÇA célere e eficiente é o maior desafio que o Poder Judiciário enfrenta em escala nacional. Aos pesquisadores e operadores do direito está imposta a incumbência de não medir esforços para que o Poder Judiciário, “autêntico guardião do Estado Democrático de Direito, se fortaleça como instituição respeitada e eficiente”³.

Assim sendo, apresenta-se esta proposta inovadora ao Poder Judiciário paranaense com o escopo de enfrentar o desafio citado, levando em consideração as experiências construtivas e inspiradoras do Judiciário de Delaware (EUA) e Dubai (EAU), e o fato de que a administração da justiça também deve agir preventivamente com base em estudos e a partir da vivência de outros países.

Um dos objetivos estratégicos (2015-2020) do Tribunal de Justiça do Paraná é a celeridade e a efetividade na atividade jurisdicional, “empenhando-se na obtenção da razoável duração do processo, conforme determina a Constituição Federal do Brasil”⁴. Sem reduzir a importância dos outros 12 objetivos, explica-se que esta proposta de um Tribunal de Justiça Empresarial do Paraná vai ao encontro do objetivo estratégico da celeridade e da efetividade jurisdicional do Poder Judiciário paranaense, representando uma oportunidade de inovação no estado para se tornar uma referência no Brasil.

É oportuno recordar que na história do Brasil há nota de que a Lei 566, de 25 de junho de 1850, criou os Tribunais do Comércio (1850 a 1875)⁵ na corte e nas capitais das províncias, os quais eram compostos

pelos mais renomados homens de negócio com habitual profissão comercial, localizados nos distritos das respectivas províncias⁶. O Tribunal do Comércio da Corte era composto por um presidente letrado; seis deputados comerciantes, em que um era o secretário e três suplentes também comerciantes; um adjunto fiscal, que era um desembargador com efetivo exercício na cidade do Rio de Janeiro. Os tribunais do comércio das províncias tinham um presidente letrado; quatro deputados comerciantes, em que um era secretário, dois suplentes que também eram negociantes e um fiscal desembargador com efetivo exercício na respectiva província⁷.

O resultado desses tribunais do comércio, à época, foi constatado pelo aumento da eficiência dos julgados, tendo em vista que os registros apontaram que “os processos instaurados, quase na sua totalidade, eram solucionados no mesmo ano”⁸. Sem sombra de dúvida, esse tribunal proporcionou significativa contribuição e consolidação dos institutos do direito comercial e de organização empresarial, sendo um exemplo prático existente no Brasil que demonstrou resultados significativos ao país e ao direito comercial à época.

Após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constatou-se que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁹ foi pioneiro na instauração de varas empresariais, totalizando sete varas especializadas na matéria. Posteriormente, a cidade de Belo Horizonte instalou duas varas especializadas e o Distrito Federal uma. No que se refere ao segundo grau de jurisdição, apenas o Tribunal de São Paulo e de Santa Catarina têm câmaras especializadas¹⁰. Certamente, essas são tentativas tímidas para alcançar a inovação, e o Poder Judiciário do Paraná poderá almejar voos mais altos com a instalação de um Tribunal de Justiça Empresarial.

A importância deste tema foi referendada em 13 de fevereiro de 2018 em reportagem publicada pelo jornal “O Estado de São Paulo”, cuja manchete destacou: **“Varas empresariais, avanço para o Brasil”**. A referida reportagem explanou que o “Brasil tem-se notabilizado como um país de insegurança jurídica e, por consequência, como um ambiente hostil para atrair investimentos que não busquem especular”¹¹. Para compor o estudo reportado, participou da discussão sobre o tema o presidente do Tribunal de Justiça do São Paulo, o presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo e o presidente da Associação Brasileira de Jurimetria, e restou claro que “a especialização da Justiça é necessidade elementar para

uma gestão eficiente, que pode ser traduzida pela alocação adequada de *experts* para as maiores e mais complexas demandas”¹².

Diante da relevância do assunto, passa-se a expor a proposta escolhida, discorrendo, primeiramente, sobre o Tribunal de Comércio de Delaware e de Dubai, apresentando seus aspectos singulares que poderão ser adaptados e inseridos no novo tribunal do Poder Judiciário paranaense. Por fim, e não menos importante, demonstra-se a proposta de um Tribunal de Justiça Empresarial para o Estado do Paraná com as respectivas especificidades que o projetarão em âmbito nacional.

2. Inspirações do Tribunal de Comércio de Delaware (EUA) e de Dubai (EAU)

Advogados experientes do estado de Delaware, nos Estados Unidos da América, recomendam a seus clientes que constituam empresas nesse local pelo fato de que o tribunal e a jurisprudência local se desenvolveram em razão da reputação nacional do Tribunal de Chancelaria¹³. A sua fundação ocorreu em 1972, sendo reconhecido desde então pela competência única nas questões de direito societário¹⁴. Delaware é considerado *state of incorporation* por deter cerca de 60% das companhias norte-americanas de capital aberto, apesar de não ser um estado com extenso território, muito menos com predominância da agricultura, da indústria ou do turismo. Seu sucesso está atribuído à vantagem competitiva do “Judiciário de Delaware, no qual os magistrados são altamente treinados para lidar com litígios empresariais”, tendo como uma das consequências a melhor jurisprudência empresarial do país, servindo de referência aos demais¹⁵.

Seguramente o fator que colabora para a decisão de constituir uma empresa em Delaware é a celeridade e a eficiência que há no Tribunal de Chancelaria, em razão da especialidade na matéria de direito societário, como é o caso das empresas “Apple, Google, American Airlines, Coca-Cola, KFC – Kentucky Fried Chicken, Verizon, Deutche Bank, McDonald’s, Disney, dentre outras várias”¹⁶. Segundo informações da *Harvard Business Services*, 60% das empresas listadas na Fortune 500¹⁷ estão constituídas em Delaware¹⁸.

Outro grande exemplo de inovação além de Delaware é o Tribunal Comercial de Dubai. Em 2004, foi criado o *Dubai International Financial Centre Court* (DIFC) com a finalidade de ser uma justiça especializada em disputas comerciais, locais, regionais e internacionais. “O DIFC está localizado no meio de imponente centro financeiro da cidade de Dubai e não em um setor de tribunais. Há uma primeira instância e um tribunal de apelação, com um total de oito magistrados, a maior parte estrangeiros, sendo o presidente oriundo de Singapura. [...] Os julgamentos são céleres e o tribunal tem os mais avançados recursos tecnológicos do mundo.” Dubai inovou com a instalação deste tribunal e assegurou uma justiça célere e previsível, e como consequência preservou na cidade os negócios já existentes, despertando também o interesse de outros empresários¹⁹.

Os dois modelos inspiradores são exemplos abalizados para a proposta de um Tribunal de Justiça Empresarial do Paraná, com a finalidade de inovar e angariar ao estado empresas que estão em busca de segurança jurídica, especialidade, rapidez e eficiência nos julgados. As inspirações apresentadas comprovam a possibilidade de grande sucesso e destaque no cenário nacional deste novo tribunal paranaense.

3. Proposta: Tribunal de Justiça Empresarial que promove a inovação do Judiciário do Paraná

Antes de abordar a proposta de um Tribunal de Justiça Empresarial do Paraná, ressalta-se que a publicação “**Varas empresariais, avanço para o Brasil**”, do jornal “O Estado de São Paulo”, de 13 de fevereiro de 2018, argumenta que a especialização da justiça em direito empresarial “permitirá, ao longo do prazo, diminuir os litígios a partir do ajuste cultural da sociedade e do empresariado, que passa a adequar-se às normas interpretadas pelo Poder Judiciário”²⁰.

O estudo realizado para fundamentar a citada publicação contou com a participação da Associação Brasileira de Jurimetria e do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp), como antes mencionado, com a finalidade de responder a duas perguntas: a) quantas ações empresariais são distribuídas por ano em São Paulo²¹; b) qual a carga de trabalho que

se origina em razão dessas distribuições. O resultado jurimétrico apontou a quantidade de processos empresariais e demonstrou que a carga de trabalho dos litígios comerciais/empresariais varia entre duas a quatro vezes a carga de um processo cível comum no Poder Judiciário de São Paulo. Essa pesquisa salienta a importância deste tema e da renovação do Poder Judiciário do Paraná com a instituição de um Tribunal de Justiça Empresarial. Tal proposta será um destaque no cenário nacional, pois transcende o viés do direito (especialidade, celeridade, previsibilidade das decisões e qualidade técnica) e fomentará a implementação de grandes empresas no Paraná em busca de um julgamento célere com previsibilidade e especialidade técnica na matéria empresarial.

Sem dúvidas, o Poder Judiciário do Paraná poderá inspirar-se nos exemplos do exterior (Delaware e Dubai) e inovar com um tribunal especializado, tendo em vista que, “para alguém investir no Brasil, é necessário que acredite no país. Nos últimos tempos a confiança está em baixa. Segundo pesquisa do Banco Mundial sobre economias e a facilidade de se fazer negócios, o Brasil ficou na 116ª classificação, atrás, inclusive, do Paraguai. Na região, o Chile foi o mais bem classificado (48º) e a Venezuela o pior (186º), o quarto pior do mundo”²².

Tendo em mente as informações apresentadas, passa-se a discorrer sobre a proposta elencando em itens as observações:

– O Tribunal de Justiça Empresarial do Paraná julgaria os processos de primeiro e de segundo grau na mesma unidade física, ou seja, no mesmo imóvel, com andar específico para cada grau da jurisdição, por mais que os processos sejam eletrônicos. Essa medida irá disseminar autenticidade e celeridade processual para o modelo adotado e instalado no Poder Judiciário do Paraná.

– A proposta visa manter a identidade institucional (missão, visão e valores) do Poder Judiciário do Paraná, que está atrelada ao tribunal localizado na Praça Nossa Senhora de Salette, Centro Cívico de Curitiba/PR. No entanto, a instauração deste modelo proposto sugere uma localização distinta do Tribunal de Justiça do Centro Cívico, com o propósito de evidenciar a inovação no Poder Judiciário paranaense.

– Sobre a organização do Tribunal de Justiça Empresarial, destaca-se que os magistrados seriam escolhidos e lotados a partir do preenchimento de critério curricular de especialidade em direito empresa-

rial, sendo que no exercício de suas atividades no Tribunal de Justiça Empresarial haverá o incentivo institucional para aprofundar seus conhecimentos teóricos através de, por exemplo, programas de pós-graduação *stricto sensu*, como mestrados e doutorados na sua respectiva área de atuação.

– Os assessores dos magistrados poderão ter a formação de bacharel em direito, mas se recomenda que pelo menos dois dos assessores, efetivos ou comissionados, tenham formação e prática em ciências contábeis e administração, com a finalidade de proporcionar suporte técnico ao magistrado que irá proferir decisões, tal como acontece no Tribunal de

No Paraná é possível vislumbrar e elencar características que o diferenciam dos demais e o consagram como um território adequado para a instalação de empresas que almejem serem julgadas por um tribunal empresarial

Direito Ambiental de Santiago no Chile²³, no qual um juiz possui dois profissionais de área científica auxiliando nas questões que transcendem o direito.

– Pondera-se que os assessores têm funções de grande relevância ao auxiliar os magistrados, justificando a pertinência de que dois desses tenham a formação na área científica de ciências contábeis²⁴ e de administração²⁵. Ilustra-se a importância de uma assistência técnica por meio de um exemplo hipotético em que, na concessão de uma liminar por um juiz de direito do Tribunal Empresarial, o assistente observa previamente e discorre no mérito sobre os efeitos econômicos e sociais que a decisão traz ao caso, tendo em vista que obteve respaldo de informações suplementares ao direito e que foram levadas em consideração na análise do mérito.

– Recomenda-se que o Processo Judicial Digital (Projudi), software eletrônico de processos judiciais que foi implementado há 10 anos pelo Tribunal de Justiça do Paraná e desenvolvido pelo Departamento de Tecnologia da Informação e Comunicação (DTIC)²⁶, seja mantido, tendo em vista que sua permanência valorizaria o projeto Projudi desenvolvido pelo TJPR e proporcionaria unicidade aos processos eletrônicos em tramitação.

As ponderações *supra* apresentadas são os alicerces do projeto de um Tribunal de Justiça Empresarial do Estado do Paraná, o qual trará inovação, celeridade e eficiência à Justiça paranaense, além de despertar o interesse empresarial das multinacionais e nacionais para desenvolvimento de suas atividades em um estado em que há segurança jurídica, especialidade, previsibilidade e rapidez nos julgamentos de seus litígios.

4. Apontamentos sobre o viés econômico da instauração do Tribunal de Justiça Empresarial do Paraná

Seguramente o estabelecimento do Tribunal de Justiça Empresarial do Paraná será uma medida louvável no cenário nacional, pois promoverá inovação no Poder Judiciário, como exposto anteriormente. Além disso, no Estado do Paraná é possível vislumbrar e elencar características que o diferenciam dos demais e o consagram como um território adequado para a instalação de empresas que almejem serem julgadas por um tribunal empresarial, levando em consideração as informações da Agência Paraná de Desenvolvimento²⁷.

O Paraná é apontado como o 3º melhor ambiente de negócios e investimentos do país; 5º maior PIB do Brasil; 2º Estado mais competitivo; possui posição privilegiada com acesso fácil a 260 milhões de consumidores do Mercosul; possui o 2º maior porto do país em circulação de mercadorias; 40 aeroportos; 1 hidrovia; mão de obra com alto índice de produtividade; mais de 500 mil alunos no ensino superior e 100 mil em ensinos técnicos; tem a maior geradora de energia elétrica do Brasil; maior distribuidora de gás industrial do Brasil; e parque gerador próprio com 32 usinas hidrelétricas.

Complementando as vantagens do estado, apresenta-se uma tabela de distribuição de arranjos produtivos locais de cada região que fortalece a base de desenvolvimento que, supostamente, aguçaria o interesse de empresas nacionais e internacionais de se instalarem no estado para, posteriormente, serem julgadas pelo tribunal especializado:

ARRANJOS PRODUTIVOS LOCAIS (APL). Agência Paraná de Desenvolvimento

Apucarana	Bónés
Arapongas	Móveis
Campo Largo	Louças e porcelanas
Campo Mourão	Instrumentos médicos e odontológicos
Cascavel	Equipamentos e implementos agrícolas e confecção
Curitiba e RMC	Automotivo, softwares, cal e calcário, instr. médicos-hospitalares
Francisco Beltrão	Móveis e confecção
Imbituva	Malhas
Loanda	Metais sanitários
Londrina	Softwares
Maringá	Confecção e Softwares
Paranavaí	Mandioca e fécula
Pato Branco	Softwares
Ponta Grossa	Móveis de metal
Rio Negro	Móveis em madeiras
Terra Roxa	Confecção infantil
União da Vitória	Madeira e esquadrias

Fonte: SEPL 2015

Considerando que o Paraná constitui a quinta maior economia estadual do país, e que possui cerca de 5% da população nacional²⁸, consoante o presidente do Instituto Paranaense de Desenvolvimento Econômico e Social (Iparades), Julio Suzuki Júnior, o Paraná teve um desempenho de crescimento acima da média brasileira no ano de 2017, isso depois de recuar dois anos por razões advindas da crise econômica. O crescimento foi constatado também pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que atribuiu ao estado o segundo maior aumento na área de serviços entre as unidades da federação, atrás apenas de Mato Grosso²⁹.

Assim sendo, certifica-se, pelos dados colecionados, que o Paraná é um estado promissor também no aspecto de suas riquezas, fato que o torna peculiar em especial pela pujança econômica. A soma desse fator com a proposta de um Tribunal de Justiça Empresarial materializará a atração empresarial para o estado, propiciando o aumento na geração

de empregos; maior arrecadação de tributos; redução da desigualdade; e utilização dos arranjos produtivos do estado em razão, em peculiar, da justiça célere e especializada do Tribunal de Justiça Empresarial do Estado do Paraná.

5. Considerações finais

Diante do exposto, passa-se a explanar as considerações finais da proposta que visa aperfeiçoar o Poder Judiciário paranaense:

a) O Poder Judiciário do Estado do Paraná passaria a ser considerado referência nacional em matéria empresarial pela celeridade e eficácia das decisões proferidas pelos juízes e desembargadores especializados. Além disso, despertaria interesse das empresas nacionais e internacionais pela implementação de sua estrutura no estado a fim de terem seus litígios julgados pelo Tribunal de Justiça Empresarial do Paraná.

b) A administração da Justiça deve agir preventivamente, estudando as tendências e as experiências vivenciadas em outros países, que, no caso proposto, são os exemplos emblemáticos de Dubai e Delaware, os quais obtiveram êxito nos seus respectivos Judiciários. Ainda, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura, no artigo 99, a autonomia administrativa e financeira dos tribunais dos estados, possibilitando a execução da inovadora proposta de Tribunal de Justiça Empresarial do Paraná.

c) Como demonstrado, o Tribunal de Justiça Empresarial do Paraná reduzirá o custo empresarial e fomentará novas empresas no estado, tendo em vista que haverá especialidade técnica, previsibilidade e celeridade nos julgamentos da matéria empresarial do Paraná. Esse interesse não é apenas do Poder Judiciário do Paraná, mas também da Associação do Comércio do Paraná (ACP), o que significa que um Tribunal de Justiça Empresarial pode ser pleiteado ao lado da ACP. Tal interesse coletivo, por parte não somente do Poder Judiciário, mas também de entidades privadas e profissionais, é similar ao caso do interesse coletivo de advogados, da sociedade e do Poder Judiciário em prol da instalação de um Tribunal Regional Federal (TRF da 6ª região) com sede em Curitiba.

d) A globalização econômica é um fator incontestável da modernidade e “se caracteriza pela rapidez nas comunicações e por um grande desenvolvimento da infraestrutura (telefonia celular, televisão por satélite, transportes em larga escala, etc.)”³⁰, exigindo uma postura célere e eficaz do Poder Judiciário. Assim, o Tribunal de Justiça Empresarial do Paraná passará a caminhar no mesmo sentido da globalização e destacar-se-á no cenário nacional pela renovação do Poder Judiciário do Paraná.

e) Há necessidade de se adaptar a globalização econômica da modernidade; caso negativo, a “sociedade sofrerá notório prejuízo econômico e os litigantes evitarão, até onde possível, o ingresso no Poder Judiciário, transformando este Poder em opção de solução apenas de pequenos conflitos”³¹. Vale recordar que o Poder Judiciário do Paraná não possui vara empresarial na primeira instância tampouco câmara especializada em direito empresarial e comercial na segunda instância³², justificando a instauração de um Tribunal de Justiça Empresarial do Paraná como um passo além, inovador, corajoso e inspirador.

Notas

1. Artigo premiado com o primeiro lugar no concurso de artigos “Propostas para o aperfeiçoamento da Justiça do Paraná”, realizado pela Academia Paranaense de Letras Jurídicas (APLJ) e destinado a estudantes de cursos de pós-graduação em direito, *lato e stricto sensu*, de todas as universidades do Estado do Paraná (2018).
2. Larissa Milkiewicz. Mestranda (bolsista CAPES) em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada. E-mail: larissa_milkiewicz@hotmail.com.
3. FREITAS, Vladimir Passos de. A eficiência na administração da Justiça. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 3, p. 75-89, 2007, p. 88. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18320/A_Efici%C3%Aancia_na_Administra%C3%A7%C3%A3o_da_Justi%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 13 de fev. 2018.
4. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *A estratégia do Poder Judiciário do Estado do Paraná – 2015-2020*. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/identidade-visual>>. Acesso em> 12 fev. 2018.
5. Relata Rubens Requião as modificações sofridas pelo Código Comercial e a extinção dos Tribunais do Comércio dizendo: “Passa, então, o Código, a sofrer os temperamentos e as acomodações de seus embates com a vida nacional. *A matrícula*, sobre a qual assentava a qualificação do comerciante, sofreu rude golpe

com o Decreto n. 1.597, de 1855; os Tribunais do Comércio foram modificados, até que extintos pela Lei n. 2.662, de 1875.” REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 13.

6. Ao Tribunal do Comércio da Capital do Império era cabível a “interpretação ou alterações do Código Comercial, regulamentos e instruções comerciais, bem como as infrações e abusos que não possam ser reprimidos sem novo ato do Poder Legislativo ou Executivo; propor, por meio do Tribunal do Comércio da Capital do Império, as providências que julgar convenientes a bem do comércio, agricultura, indústria e navegação mercantil. Nas províncias onde houvesse tribunais da Relação, as atribuições dos Tribunais do Comércio seriam exercidas por uma de suas seções, que se denominaria Junta do Comércio. Nas províncias onde não houvesse Tribunal do Comércio nem Relação, tais atribuições seriam exercidas na parte administrativa pelas autoridades administrativas e, na parte judiciária, pelas autoridades judiciárias designadas pelo decreto n. 738, de 1850. Em 1850 foram estabelecidas nas províncias do Pará, São Paulo e São Pedro do Rio Grande do Sul. Pelo decreto n. 864, de 17 de novembro de 1851, foram criadas em todas as províncias marítimas do Império que não tivessem tribunais do Comércio, encarregadas do registro das embarcações brasileiras destinadas à navegação em alto mar. Ficava equiparada aos tribunais do Comércio da Corte, Bahia e Pernambuco a Junta do Comércio do Maranhão, tendo por distritos os mesmos das Relações. Extintas pelo decreto n. 1.597, de 1º de maio de 1855, transferidas suas atribuições para os conservadores do comércio. O cargo seria exercido nas capitais marítimas pelos inspetores das alfândegas, administradores das mesas de rendas e, nas outras capitais, pelos inspetores de tesourarias.” CAMARGO, Angélica Ricci; CABRAL, Dilma. *Guia da administração brasileira: Império e Governo Provisório (1822-1891)*. Dados eletrônicos. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2017. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/images/publicacoes/guia/files/assets/common/downloads/publication.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
7. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Organizações e Distribuições da Justiça no Brasil. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, Vol. XLIX, fevereiro de 1923, p. 77.
8. NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na Corte do Império do Brasil: o Tribunal do Comércio (1850-1875)*. Tese de doutorado em História. Universidade Federal Fluminense, 2007, f. 351-370. Disponível em:<http://www.btdtd.ndc.uff.br/tde_arquivos/6/TDE-2008-01-30T130247Z-1248/Publico/Tese_NEVES_Edson_Alvisi.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018, p. 300.
9. MIGALHAS. “*Mapa do Judiciário Brasileiro*” TJ/RJ fica em primeiro lugar no ranking de risco judicial dos estados brasileiros. Publicado em 8 fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI53777,21048-Mapa+do+Judiciario+Brasileiro+TJRJ+fica+em+primeiro+lugar+no+ranking>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
10. CONJUR. *Complexidade do comércio internacional pede a criação de varas empresariais*. Por Vladimir Passos de Freitas, 29 de maio de 2016. Disponível

- em:<<https://www.conjur.com.br/2016-mai-29/segunda-leitura-comercio-internacional-criacao-varas-empresariais>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
11. Por especular, entende-se buscar ganhos financeiros de curto prazo em detrimento do ato de investir e fomentar o crescimento da economia a longo prazo
 12. BRASIL. O Estadão de São Paulo. *Varas empresariais, avanço para o Brasil*. A2. Espaço aberto. Terça-feira, 13 de fevereiro de 2018.
 13. JUNIOR, Lewis S. Black. *Porque as sociedades escolhem Delaware*. 2007. Disponível em <https://corp.delaware.gov/whycorporations_file_portuguese.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.
 14. “The Delaware Court of Chancery is widely recognized as the nation’s preeminent forum for the determination of disputes involving the internal affairs of the thousands upon thousands of Delaware corporations and other business entities through which a vast amount of the world’s commercial affairs is conducted. Its unique competence in and exposure to issues of business law are unmatched.” DELAWARE COURTS. *Court of Chancery*. Disponível em: <<https://courts.delaware.gov/chancery/>>. Acesso em: 12 fev. 2018.
 15. PARENTONI, Leonardo Netto; GONTIJO, Bruno Miranda. Competência legislativa em Direito Societário Sistemas brasileiro, norte-americano e comunitário europeu. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 239-265. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p239.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.
 16. ROCHA JUNIOR, Edgard Rodrigues Rocha. *Lavagem de capitais através de paraísos fiscais*. 2015. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito). Universidade de Londrina, Londrina, 2015, p. 77.
 17. Fortune 500 é uma classificação das 500 maiores corporações do mundo, levando em consideração a respectiva receita.
 18. HAVERD BUSINNES SERVICES. *Una guía privilegiada: toda lo que debe saber antes, durante y después de la constitución de una entidad comercial*. Disponível em:<https://www.delawareinc.com/brochure/insiders_guide_spanish.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.
 19. CONJUR. *O sistema judicial dos Emirados Árabes, com foco em Dubai*. Por Vladimir Passos de Freitas, 15 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-15/ultima-leitura-sistema-judicial-emirados-arabes-foco-dubai>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
 20. BRASIL. O Estadão de São Paulo. *Varas empresariais, avanço para o Brasil*. A2. Espaço aberto. Terça-feira, 13 de fevereiro de 2018.
 21. Vale ressaltar que, “a partir de 5 de dezembro de 2017, São Paulo passou a ser única jurisdição no Brasil com especialização vertical da justiça Empresarial, incluindo primeira e segunda instância, numa estrutura à altura da relevância econômica da cidade e do Estado. Além de atender a uma antiga exigência do Banco Mundial e outras entidades multilaterais, que melhorará a posição do Brasil no ranking internacional de negócios, a especialização gerará ganhos em

- três vetores fundamentais para reduzir o custo operacional empresário paulista: maior rapidez nos julgamentos; melhor qualidade de técnica das decisões e maior previsibilidade.” BRASIL. O Estadão de São Paulo. *Varas empresariais, avanço para o Brasil*. A2. Espaço aberto. Terça-feira, 13 de fevereiro de 2018.
22. CONJUR. *Complexidade do comércio internacional pede a criação de varas empresariais*. Por Vladimir Passos de Freitas, 29 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-29/segunda-leitura-comercio-internacional-criacao-varas-empresariais>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
23. IBRAJUS: *o Tribunal pertence ao Poder Judiciário? Como é a estruturação administrativa e de pessoal?* R. Apesar dos tribunais ambientais serem especializados e autônomos, com personalidade jurídica própria, estão sujeitos à direção administrativa, correcional e econômica da Corte Suprema. A estrutura de pessoal de cada tribunal contém um secretário graduado em direito, dois relatores, dois profissionais de áreas científicas e um pequeno número de funcionários administrativos.
INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO. *Entrevista ministro José Ignacio Márquez Vásquez*. Presidente do Segundo Tribunal Ambiental do Chile. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/entrevista.asp?idEntrevista=55>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
24. Art. 3º O curso de graduação em Ciências Contábeis deve ensejar condições para que o futuro contabilista seja capacitado a: I – compreender as questões científicas, técnicas, sociais, econômicas e financeiras, em âmbito nacional e internacional e nos diferentes modelos de organização; II – apresentar pleno domínio das responsabilidades funcionais envolvendo apurações, auditorias, perícias, arbitragens, noções de atividades atuariais e de quantificações de informações financeiras, patrimoniais e governamentais, com a plena utilização de inovações tecnológicas; III – revelar capacidade crítico-analítica de avaliação, quanto às implicações organizacionais com o advento da tecnologia da informação. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Resolução CNE/CES 10, de 16 de dezembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Ciências Contábeis, bacharelado, e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces10_04.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.
25. Os cursos de graduação de administração devem formar profissionais que revelem, pelo menos, as seguintes competências e habilidades: I – reconhecer e definir problemas, equacionar soluções, pensar estrategicamente, introduzir modificações no processo produtivo, atuar preventivamente, transferir e generalizar conhecimentos e exercer, em diferentes graus de complexidade, o processo da tomada de decisão; II – desenvolver expressão e comunicação compatíveis com o exercício profissional, inclusive nos processos de negociação e nas comunicações interpessoais ou intergrupais; III – refletir e atuar criticamente sobre a esfera da produção, compreendendo sua posição e função na estrutura produtiva sob seu controle e gerenciamento; IV – desenvolver raciocínio lógico,

- crítico e analítico para operar com valores e formulações matemáticas presentes nas relações formais e causais entre fenômenos produtivos, administrativos e de controle, bem assim expressando-se de modo crítico e criativo diante dos diferentes contextos organizacionais e sociais; V – ter iniciativa, criatividade, determinação, vontade política e administrativa, vontade de aprender, abertura às mudanças e consciência da qualidade e das implicações éticas do seu exercício profissional; VI – desenvolver capacidade de transferir conhecimentos da vida e da experiência cotidianas para o ambiente de trabalho e do seu campo de atuação profissional, em diferentes modelos organizacionais, revelando-se profissional adaptável. VII – desenvolver capacidade para elaborar, implementar e consolidar projetos em organizações; e VIII – desenvolver capacidade para realizar consultoria em gestão e administração, pareceres e perícias administrativas, gerenciais, organizacionais, estratégicos e operacionais. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Parecer CES/CNE n. 0134/2003*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/ces-0134.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
26. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *Projudi completa 10 anos com mais de 8 milhões de processos eletrônicos cadastrados*. Notícia divulgada de 17.05.2017. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/projudi-completa-10-anos-com-mais-de-8-milhoes-de-processos-eletronicos-cadastrados/18319?inheritRedirect=false>. Acesso em: 12 fev. 2018.
 27. AGÊNCIA PARANÁ DE DESENVOLVIMENTO. *Vantagens do Paraná*. Disponível em: <http://www.apdbrasil.org.br/vantagens_parana>. Acesso em: 26 fev. 2018.
 28. IPARDES. *Paraná em números*. Disponível em: <http://www.ipardes.pr.gov.br/pr_numeros/index_pr_numeros_pt.htm>. Acesso em: 26 fev. 2018.
 29. IPARDES. *Comércio e Serviços fecham 2017 com crescimento no Paraná*. Notícia divulgada em 19/02/2018. Disponível em: <http://www.ipardes.gov.br/index.php?pg_conteudo=1&cod_noticia=919>. Acesso em: 26 fev. 2018.
 30. CONJUR. *Complexidade do comércio internacional pede a criação de varas empresariais*. Por Vladimir Passos de Freitas, 29 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-29/segunda-leitura-comercio-internacional-criacao-varas-empresariais>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
 31. *Op. Cit.*
 32. “Dos 27 TJs do Brasil, apenas os de São Paulo e Santa Catarina têm câmaras especializadas (empresarial e comercial, respectivamente). Na primeira instância só há varas empresariais no Rio de Janeiro (sete), Belo Horizonte (duas) e no Distrito Federal (uma).” CONJUR. *Complexidade do comércio internacional pede a criação de varas empresariais*. Por Vladimir Passos de Freitas, 29 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-29/segunda-leitura-comercio-internacional-criacao-varas-empresariais>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

Referências

- AGÊNCIA PARANÁ DE DESENVOLVIMENTO. Vantagens do Paraná. Disponível em: < http://www.apdbrasil.org.br/vantagens_parana>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- BRASIL. O Estadão de São Paulo. *Varas empresariais, avanço para o Brasil*. A2. Espaço aberto. Terça-feira, 13 de fevereiro de 2018.
- CAMARGO, Angélica Ricci; CABRAL, Dilma. *Guia da administração brasileira: Império e Governo Provisório (1822-1891)*. Dados eletrônicos. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2017. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/images/publicacoes/guia/files/assets/common/downloads/publication.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- CONJUR. *Complexidade do comércio internacional pede a criação de varas empresariais*. Por Vladimir Passos de Freitas, 29 de maio de 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-mai-29/segunda-leitura-comercio-internacional-criacao-varas-empresariais>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- _____. *O sistema judicial dos Emirados Árabes, com foco em Dubai*. Por Vladimir Passos de Freitas, 15 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-15/ultima-leitura-sistema-judicial-emirados-arabes-foco-dubai>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- DELAWARE COURTS. *Court of Chancery*. Disponível em: <<https://courts.delaware.gov/chancery/>>. Acesso em: 12 fev. 2018.
- FREITAS, Vladimir Passos de. A eficiência na administração da Justiça. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 3, p. 75-89, 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18320/A_Efici%C3%Aancia_na_Administra%C3%A7%C3%A3o_da_Justi%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 13 de fev. 2018.
- HAVARD BUSINNES SERVICES. *Una guía privilegiada: toda lo que debe saber antes, durante y después de la constitución de una entidad comercial*. Disponível em: <https://www.delawareinc.com/brochure/insiders_guide_spanish.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO. *Entrevista ministro José Ignacio Márquez Vásquez*. Presidente do Segundo Tribunal Ambiental do Chile. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/entrevista.asp?idEntrevista=55>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- IPARDES. Comércio e serviços fecham 2017 com crescimento no Paraná. Notícia divulgada em 19/02/2018. Disponível em: <http://www.ipardes.gov.br/index.php?pg_conteudo=1&cod_noticia=919>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- _____. *Paraná em números*. Disponível em: < http://www.ipardes.pr.gov.br/pr_numeros/index_pr_numeros_pt.htm>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- JUNIOR, Lewis S. Black. *Porque as sociedades escolhem Delawer*. 2007. Disponível em: < https://corp.delaware.gov/whycorporations_file_portuguese.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.

- PARENTONI, Leonardo Netto; GONTIJO, Bruno Miranda. Competência legislativa em Direito Societário Sistemas brasileiro, norte-americano e comunitário europeu. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 239-265. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p239.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Resolução CNE/CES 10, de 16 de dezembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Ciências Contábeis, bacharelado, e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces10_04.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- _____. *Parecer CES/CNE n. 0134/2003*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/ces-0134.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- MIGALHAS. “*Mapa do Judiciário Brasileiro*” TJ/RJ fica em primeiro lugar no ranking de risco judicial dos estados brasileiros. Publicado em 8 fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI53777,21048-Mapa+do+Judiciario+Brasileiro+TJRJ+fica+em+primeiro+lugar+no+ranking>>. Acesso em: 26 fev. 2018.
- NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na Corte do Império do Brasil: o Tribunal do Comércio (1850-1875)*. Tese de doutorado em História. Universidade Federal Fluminense, 2007, f. 351-370. Disponível em: <http://www.btd.ndc.uff.br/tde_arquivos/6/TDE-2008-01-30T130247Z-1248/Publico/Tese_NEVES_Edson_Alvisi.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- ROCHA JUNIOR, Edgard Rodrigues Rocha. *Lavagem de capitais através de paraísos fiscais*. 2015. 75 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito). Universidade de Londrina, Londrina, 2015.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Organizações e Distribuições da Justiça no Brasil. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, Vol. XLIX, fevereiro de 1923.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *A estratégia do Poder Judiciário do Estado do Paraná – 2015-2020*. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/identidade-visual>>. Acesso em: 12 fev. 2018.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *Projudi completa 10 anos com mais de 8 milhões de processos eletrônicos cadastrados*. Notícia divulgada de 17.05.2017. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/projudi-completa-10-anos-com-mais-de-8-milhoes-de-processos-eletronicos-cadastados/18319?inheritRedirect=false>. Acesso em: 12 fev. 2018.

A prescrição na remissão cumulada com medida socioeducativa

Mauro Bley Pereira Junior¹

Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: A prescrição na remissão cumulada com medida socioeducativa deve observar a data do ato infracional e a pena máxima abstratamente cominada ao delito equiparado ao ato infracional, respeitado o limite de três anos.

VERIFICAM-SE DISCUSSÕES EM VÁRIOS JULGADOS, no âmbito da interpretação das normas do Estatuto da Criança e Adolescente, a respeito da prescrição penal em situações de aplicação de medidas socioeducativas. Tais dissensos acentuam-se quando se trata de decisões homologatórias de remissão pleiteada pelo Ministério Público em favor de adolescentes infratores, acompanhadas de medidas socioeducativas.

Quanto à prescrição, a Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça, assim dispõe: “*A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas*”.

Para cálculo da prescrição das medidas socioeducativas, observam-se as regras do Código Penal. Neste sentido:

O cômputo prescricional dos atos infracionais, sob o influxo das normas penais, deve observar três situações distintas: (a) medidas socioeducativas de advertência e a de obrigação de reparar o dano, desvinculadas de aspectos temporais; (b) medida socioeducativa sem termo final, ou seja, sem lapso determinado e (c) medida socioeducativa com termo final, isto é, como prazo especificado, aí incluída a que a sentença estabelece um período mínimo.

No primeiro caso (*a*), em que o cumprimento da medida se exaure instantaneamente, isto é, não se protraí no tempo, a prescrição deve ser declarada em um ano e meio, que é o atual menor lapso do Código Penal (inciso VI, do artigo 109), já ponderada a redução gravada no artigo 115, do mesmo codex.

Importante consignar, com respeito a essa redução, que os atos infracionais submetidos à disciplina da Lei nº 8.069/90 não são incompatíveis com a regra redutor-etária da prescrição penal.

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao pronunciar-se sobre essa específica parte do tema, firmou a possibilidade jurídica de redução, pela metade, do lapso prescribente, contemplada, para tanto, a norma inscrita no artigo 115, do Código Penal.

Na segunda hipótese (*b*), em que o prazo da medida socioeducativa é indeterminado, a prescrição será modulada sobre três anos, que é o teto da internação (artigo 121, § 3º, da Lei nº 8.069/90), e, portanto, operar-se-á em quatro anos, nos termos do inciso IV, do artigo 109, c.c. o artigo 115, ambos do Código Penal.

Na última situação (*c*), na qual há lapso certo ou fixação de um limite mínimo, a prescrição será calculada sobre o respectivo montante temporal e, por conseguinte, poderá ocorrer em um ano e meio, em dois ou em quatro anos, conforme o resultado da incidência dos incisos VI, V ou IV, do artigo 109, c.c. o artigo 115, ambos do Código Penal.

Obtemperem-se, a propósito, que a indeterminação abstrata de prazo máximo para a medida socioeducativa de liberdade assistida, inserta no § 2º, do artigo 118, da Lei nº 8.069/90, não impede a incidência da prescrição, pois a alteração do lapso (ou do mínimo estipulado na sentença) estará condicionada a evento futuro e incerto.

Dito de outra forma, enquanto não verificada concretamente alguma condição autorizadora para prorrogação, não há como refutar, sem fragmentar a coerência sistêmica, que a medida socioeducativa da liberdade assistida deve ser considerada, para fins prescricionais, como de prazo certo e determinado.

Tem-se, ainda, que não se pode estender para a medida de liberdade assistida com prazo mínimo de seis meses o mesmo lapso prescribente que se destina aos atos infracionais de natureza grave, aos quais a internação é reservada, pois o juízo de reprovabilidade da conduta, definido pelo legislador penal, deve ser sopesado, sob pena de emprestar-se tratamento igualitário a situações significativamente diferentes.

Ademais, entendimento contrário ensejaria inobservância ao princípio da brevidade e afronta à proporcionalidade da execução da medida socioeducativa em relação à ofensa cometida, está em flagrante descompasso com o estatuído no inciso IV, do artigo 35, da Lei nº 12.594/2012, que é a lei que regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Não se pode desprezar, paralelamente, que a mesma Lei nº 12.594/2012 prevê, em seu artigo 1º, § 2º, inciso III, que um dos objetivos da medida socioeducativa é visar à desaprovação da conduta infracional, “...efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei” (sem destaques no original). Outra hipótese que vem sendo aventada, por ser mais benéfica ao adolescente, é a do caso em que o tipo penal prevê, para o adulto, pena inferior e, conseqüentemente, com lapso prescricional menor, demandando que o cômputo prescribente juvenil deva ser realizado sobre a pena cominada ao delito praticado.

Em outras palavras, para evitar a instituição de situações mais severas e duradouras aos adolescentes do que em idênticas situações seriam impostas aos imputáveis, deve ser contrabalanceado, para fins prescricionais, o prazo da pena máxima em abstrato, se inferior ao máximo da medida socioeducativa de internação.

STJ, 5ª Turma, HC nº 93.281/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 04.08.2008; 5ª Turma, HC nº 116.692/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 13.04.2009.

Tal prescrição deve também ser observada nos casos de remissão. Neste sentido:

Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso especial. Remissão e medida socio-educativa. Cumulação. Prescrição.

I – A remissão concedida pelo Parquet pode vir a ser acompanhada de medida socioeducativa aplicada pelo juiz, observado o disposto no art.127 do ECA.

II – As medidas socioeducativas perdem a razão de ser com o decurso do tempo. Consequentemente, a fortiori, tratando-se de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição. Recurso Prejudicado (STJ. RESP 241.477/SP. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08/06/2000, DJ 14/08/2000, p. 191).

Todavia, não se observa regramento que determine fórmulas de cálculo prescricional ou mesmo o termo inicial de contagem de prazo nos casos da remissão cumulada com medida socioeducativa, que não encontra semelhança com as sanções previstas no Código Penal.

O tema prescrição e seus desdobramentos no instituto da remissão possuem lacuna legislativa

Na aludida situação, observa-se que vários julgadores, acompanhando entendimentos esboçados pelo Ministério Público de primeiro grau de jurisdição, entendem que o cálculo prescricional deveria ter por parâmetro o prazo concreto das medidas socioeducativas fixadas. Ainda, considera-se que o termo inicial para contagem do lapso prescricional seria a data do trânsito em julgado das decisões homologatórias de remissão.

Contudo, conforme mencionado, o tema prescrição e seus desdobramentos no instituto da remissão possuem lacuna legislativa, ensejando a necessidade de interpretação dessas lacunas para que sua aplicação no ECA não venha a trazer prejuízos ao adolescente acusado da prática de ato infracional, bem como para que se alcance o caráter pedagógico.

Adotando-se o entendimento já consagrado em nossa doutrina e jurisprudência, no sentido de que as regras do ECA podem ser complementadas por princípios contidos no Código Penal, observa-se inicialmente que para o cálculo da prescrição em abstrato dever-se-á levar em consideração o prazo de três anos, fixado no artigo 121, § 3º, da Lei

8.069/90, que é máximo limitado pelo legislador. Quanto à prescrição em concreto – seja na modalidade retroativa, seja na superveniente –, a prescrição da pretensão executória deverá ser calculada a partir da medida socioeducativa estipulada na sentença.

É cediço que não é plausível considerarmos que a natureza jurídica da decisão que concede a remissão, seja pré-processual ou judicial, tenha caráter de sentença de mérito, mesmo porque a remissão, após concedida, suspende o procedimento judicial de apuração do ato infracional antes da sentença judicial, suspendendo também o procedimento.

Logo, a concessão e aceitação da remissão figuram como transação entre o Estado e o adolescente que antecede a sentença definitiva, e, até por isso, não gera os efeitos da reincidência. Por essa razão, a melhor forma interpretativa é considerarmos que a natureza da decisão que concede a remissão, tanto judicial quanto pré-processual, possui um caráter de ato homologatório. Sobre o tema:

A sanção imposta com o acolhimento da transação não decorre de qualquer juízo estatal a respeito da culpabilidade do investigado, já que é estabelecida antes mesmo do oferecimento de denúncia, da produção de qualquer prova ou da prolação de veredito. Trata-se de ato judicial homologatório expedido de modo sumário, em obséquio ao interesse público na célere resolução de conflitos sociais de diminuta lesividade para os bens jurídicos tutelados pelo estatuto penal (STF, RE 795.567, rel. Min. Teori Zavascki, j. 29.05.2014).

O instituto da remissão-exclusão (quando as medidas socioeducativas foram aplicadas por ocasião da concessão de remissão pelo Ministério Público como forma de exclusão do processo) é, à maneira da transação penal, como um “acordo” entre o Ministério Público e o adolescente infrator. Para a concessão da remissão não é necessária a comprovação do ato e da responsabilidade do autor da infração, ou seja, não é imprescindível a existência de provas cabais da autoria e da materialidade do ato infracional.

Assim, comparando-se com a decisão de transação penal, a sentença que ratifica a remissão concedida pelo Ministério Público possui natureza jurídica homologatória, nos termos do artigo 127 do Estatuto

da Criança e do Adolescente², de tal modo que não gera efeito de coisa julgada material. Tal observação parte do conceito de que, em que pese existir a lacuna legislativa, no que tange à contagem do lapso prescricional no instituto da remissão previsto no ECA, deve haver uma interpretação cuidadosa e sistemática das normas do sistema, de modo a não prejudicar o adolescente, como ser humano ainda em desenvolvimento, e ferir princípios da Constituição Federal, em especial o art. 227, que prevê a proteção máxima e integral às crianças e aos adolescentes em quaisquer circunstâncias.

Desse modo, após a análise das premissas aventadas, conclui-se que a interpretação que mais se adequa para suprir a lacuna existente no que tange à contagem do prazo prescricional no instituto da remissão cumulado com medida socioeducativa é aquela que se baseia na pena em abstrato do delito equiparado ao ato infracional, vez que a concessão da remissão não implica natureza condenatória e, portanto, não delimita a concretude da medida, possuindo natureza homologatória, conforme entendimento já pacificado no STF no que tange à transação penal prevista na Lei 9.099/1995. Neste sentido:

Súmula Vinculante 35 – A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. *Precedente Representativo* – É que a Corte já decidiu que não fere os preceitos constitucionais indicados a possibilidade de propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995). E isso porque a homologação da transação penal não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retorna-se ao *status quo ante*, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal (situação diversa daquela em que se pretende a conversão automática deste descumprimento em pena privativa de liberdade). (...) Não há que se falar, assim, em ofensa ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório. Ao contrário, a possibilidade de propositu-

ra de ação penal garante, no caso, que o acusado tenha a efetiva oportunidade de exercer sua defesa, com todos os direitos a ela inerentes. [RE 602.072 QO-RG, voto do rel. min. Cezar Peluso, P, j. 19-11-2009, DJE 35 de 26-2-2010.]

Aplicação em Teses de Repercussão Geral – A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. [Tese definida no RE 602.072 QO-RG, rel. min. Cezar Peluso, P, j. 19-11-2009, DJE 35 de 26-2-2010, Tema 238.]

– As consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo. [Tese definida no RE 795.567, rel. min. Teori Zavascki, P, j. 28-5-2015, DJE 177 de 9-9-2015, Tema 187.]

Verifica-se que em várias situações os defensores pretendem combinar dispositivos afetos à prescrição em abstrato (considerando o termo inicial como a data da consumação do fato) com dispositivos da prescrição executória (contagem do prazo de prescrição pelo tempo da medida socioeducativa *in concreto*), enquanto o Ministério Público equipara a sentença homologatória de remissão à sentença de mérito para justificar o afastamento da prescrição da pretensão executória. Nenhuma das duas propostas atenta contra preceitos legais posto que, conforme já mencionado, não há regramento legal.

Contudo, observando-se, de acordo com o anteriormente asseverado, que a sentença homologatória não julga o mérito de representação, mostra-se adequada a contagem do período prescricional, considerando-se como parâmetro a pena máxima abstratamente cominada ao delito equiparado ao ato infracional, respeitado evidentemente o limite

de três anos (prazo máximo da medida socioeducativa de internação), sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade; bem como considera-se como termo inicial do prazo prescricional a data em que o ato infracional foi praticado.

Em caso análogo a jurisprudência já se manifestou:

ECA. Ato infracional. Prescrição. ocorrência. 1) A remissão é uma forma de perdão que é concedido ao infrator diante de circunstâncias peculiares do fato e pode ser concedida pelo Ministério Público, como forma de exclusão do processo, sujeita à homologação judicial, ou pode ser concedida pelo próprio magistrado, depois de iniciado o processo, caso em que pode ser de extinção, quando é concedida de forma pura e simples ou cumulada com advertência, ou, ainda, ensejar a suspensão do processo, quando cumulativa com outra medida socioeducativa, caso em que a extinção somente se operará com o cumprimento efetivo da medida aplicada. 2) *A remissão concedida pelo agente ministerial não impede, não suspende e nem interrompe o prazo prescricional [...]* Não tendo sido oferecida representação pela prática do ato infracional, mas concedida remissão ao infrator com aplicação cumulativa da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade e já transcorrido lapso de tempo superior a dois anos e meio da data do fato e dois anos da homologação da remissão, sem que tenha iniciado sequer o cumprimento da medida, resta implementado o prazo prescricional, nos termos do art. 109, inc. VI, art. 115 e art. 117 do Código Penal. Incidência da Súmula 338 do STJ (TJRS – AC 70067421313 – Rel. des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves – Data de julg.: 24/02/2016).

Assim, exemplificativamente, em caso de homologação de remissão relativa à prática de ato infracional equiparado ao crime de ameaça (art. 147, Código Penal – pena de detenção de 1 a 6 meses), aplica-se a regra do artigo 109, inciso VI, do Código Penal (três anos) para contagem da prescrição, observando-se, notadamente, o disposto no artigo 115 do Código Penal para redução do prazo prescricional à metade (um ano e seis meses) em razão da idade do agente.

Não se verificando qualquer causa interruptiva (não houve oferecimento de representação ou prolação de sentença de mérito) ou suspensiva da prescrição, ultrapassado o referido prazo (um ano e seis meses), contado a partir da data da infração, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão socioeducativa, devendo ser extinta a execução da medida socioeducativa em razão do decurso do tempo e consequente perda do caráter pedagógico.

Ainda de forma exemplificativa, em caso de homologação de remissão relativa à prática de ato infracional equiparado ao crime de dano qualificado (art. 163, par. único, inc. III, do Código Penal – pena de detenção de 6 meses a 3 anos), tem-se que o prazo prescricional é aquele previsto no artigo 109, inciso IV, do Código Penal (oito anos), e aplicando-se a causa de redução expressa no artigo 115 do Código Penal chega-se ao lapso prescricional de quatro anos, contado da data do ato infracional, que deve ser reduzido a três anos, considerando-se o limite estabelecido no ECA às medidas socioeducativas mais graves, ou seja, as medidas de internação.

Se não houve o decurso de tal prazo, verifica-se que ainda não ocorreu a prescrição da pretensão socioeducativa, devendo prosseguir a execução da medida aplicada, inclusive porque, em caso de descumprimento, poderá o Ministério Público oferecer a respectiva representação, conforme preconiza o artigo 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste sentido, colhe-se da jurisprudência:

A decisão homologatória da remissão pré-processual, proferida antes de iniciado o processo, não se classifica como sentença, não fazendo, portanto, coisa julgada material. além disso, se possível, a revisão, a qualquer tempo, da medida aplicada por força da remissão (art. 128 do ECA), a sentença homologatória de tal benefício também pode ser revista (TJDF – APL 20010130029633 – 2ª Turma Criminal – Rel. Arnaldo Camanho de Assis – Julg.: 07/04/2005) (grifei).

Finalmente, cumpre-me observar que o entendimento supramencionado decorre da análise de regras do Código Penal, do Estatuto da

Criança e Adolescente, e de decisões judiciais, porém não se pretende estabelecer regras de caráter absoluto, mas apenas provocar reflexões acerca do tema da prescrição em casos de homologação de remissão cumulada com aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes infratores.

Notas

1. Mauro Bley Pereira Junior. Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. Graduado e mestrado pela Universidade Federal do Paraná. Magistrado.
2. Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Referências

- BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Direito da Criança e do Adolescente. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)*/ coordenador Leonardo de Medeiros Garcia. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CARDOSO, João Gabriel. A remissão como forma de exclusão do processo e a função do Ministério Público como órgão concessor do benefício ao adolescente infrator. Conteúdo jurídico. Brasília/DF. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2589661&seo=1>>. Publicado em 04/09/2017.
- CUNHA, Rogerio Sanches; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei 8.069/90 artigo por artigo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direito da criança e do adolescente*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- JESUS, Damasio de. *Prescrição penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa de. *Prescrição penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- RESTANI, Diogo Alexandre. *Prescrição no Estatuto da Criança e do Adolescente*. disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8346/Prescrição-no-Estatuto-da-Criança-e-do-Adolescente>. Publicado em 09/02/3014.

A prescrição das execuções fiscais e o modelo cooperativo processual

José Laurindo de Souza Netto¹

Desembargador no Tribunal de Justiça do Paraná

Gustavo Calixto Guilherme²

Técnico judiciário do Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: A perda da pretensão executiva, com a incidência do instituto da prescrição tributária, está baseada no processo cooperativo formado pela atuação do magistrado e pela manifestação da Fazenda Pública no decorrer do processo, logo, a extinção dos créditos tributários pela prescrição poderá acontecer quando houver falha no diálogo processual. Caso não sobrevenha o devido impulso oficial, seja pela falta de intimação da parte, seja pela demora dos atos judiciais, não há que se falar em perda da pretensão executiva, aplicando-se a Súmula 106 do STJ.

A PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA É UM TEMA DE GRANDE RELEVÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO, DIANTE DA ENORME QUANTIDADE DE EXECUÇÕES FISCAIS AJUIZADAS PELA FAZENDA PÚBLICA.

Constituído de maneira definitiva o crédito tributário, inicia-se o prazo prescricional para que o ente público possa satisfazer a sua pretensão, por meio do ajuizamento da ação e da busca pela citação e por bens do executado.

Devido às diversas características que envolvem o referido instituto e à subjetividade da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça, deverá ser levada em consideração a atuação dos sujeitos processuais no histórico de cada processo, para que seja decretada a prescrição do crédito tributário.

Com a vigência do novel Código de Processo Civil, estabeleceu-se um novo modelo de estruturação processual, o de cooperação entre os sujeitos processuais. Dessa forma, o magistrado e as partes deverão interagir entre si visando uma decisão justa e efetiva em tempo razoável a fim de primar pelos princípios do processo civil constitucional, como o devido processo legal, a razoável duração do processo e a segurança jurídica.

1. A perspectiva cooperativa do processo civil e os modelos de estruturação processuais

No estado constitucional, a relação jurídica processual está atrelada aos direitos fundamentais e aos princípios elencados na Constituição Federal. O processo não pode mais ser visto somente no seu aspecto interno, mas sim em uma dimensão externa, buscando produzir decisões legítimas e justas capazes de formar precedentes, orientando o Poder Judiciário e a sociedade civil como um todo (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 491-492).

Assim, o objeto do processo civil, anteriormente centrado na concepção clássica de composição e regulação do conflito entre as partes, passou a pautar-se na garantia dos direitos fundamentais processuais e materiais previstos pelo ordenamento jurídico (ARAÚJO, 2016, p. 65).

Essa nova perspectiva fica evidente com o advento do novo CPC, que incluiu no ordenamento jurídico um terceiro modelo de organização processual. Além do sistema misto dos modelos tradicionais de estruturação de processo, dispositivo e inquisitivo (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 35), surge o modelo cooperativo, baseado nos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório (DIDIER JR., 2017, p. 141) e da razoável duração do processo.

Há quem entenda que a colaboração resultou na superação dos modelos anteriormente utilizados, entretanto o processo colaborativo ainda possui caráter tanto dispositivo, como, por exemplo, a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes (art. 373, § 3º do CPC), quanto inquisitório, como a possibilidade de instrução probatória de ofício pelo magistrado, presente no artigo 370 do código (MITIDIERO, 2015, p. 53-54).

1.1 O artigo 2º do Código de Processo Civil e os princípios dispositivo e do impulso oficial

O Código de Processo Civil de 2015 consagra, em seu artigo 2º, os princípios dispositivo e do impulso oficial (NEVES, 2017, p. 183), inseridos entre as normas fundamentais do direito processual civil (capítulo I), segundo o qual “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

Da leitura do referido artigo, vislumbra-se inicialmente um protagonismo da parte ao provocar a jurisdição, visando tutelar seus direitos mediante o ajuizamento da ação, que se transfere ao magistrado, o qual, pelo princípio do impulso oficial, torna-se responsável pela condução do processo.

A divisão supracitada nada mais é do que a concretização dos dois modelos clássicos de estruturação do processo, o adversarial e o inquisitorial (DIDIER JR., 2017, p. 137).

No modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo, pelo qual o processo desenvolve-se entre adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo. Já o modelo inquisitorial revela-se focado na figura do magistrado, com suas atribuições no sentido de conduzir e instruir o processo (DIDIER JR., 2017, p. 136-137).

Humberto Theodoro Júnior esclarece tal distinção em seu livro *Curso de Direito Processual Civil*:

Caracteriza-se o princípio inquisitivo pela liberdade da iniciativa conferida ao juiz, tanto na instauração da relação processual como no seu desenvolvimento. Por todos os meios a seu alcance, o julga-

dor procura descobrir a verdade real, independentemente de iniciativa ou a colaboração das partes. Já o princípio dispositivo atribui às partes toda a iniciativa, seja na instauração do processo, seja no seu impulso. As provas só podem, portanto, ser produzidas pelas próprias partes, limitando-se o juiz à função de mero espectador (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 35).

O caráter dispositivo ou inquisitivo pode manifestar-se em relação a vários temas do andamento processual, como na instauração do processo, produção de provas e recursos, podendo o legislador, em um tema, atribuir enfoque maior às partes e, em outro, ao magistrado (DIDIER JR., 2017, p. 138).

Feitas as considerações iniciais, impende destacar que o artigo 2º do novo código (art. 262 do CPC/73) atribuiu um caráter inquisitivo ao impulso processual (NEVES, 2017, p. 183), sendo o andamento e sua condução funções do Estado-juiz (MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 252).

Apesar de o impulso da ação ser oficial, o fundamento do processo civil constitucional exige que ele seja dialético (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 707), participantes todos os sujeitos processuais, não sendo possível realizar a tutela jurisdicional sem atos dos sujeitos. Nesse sentido, o desenvolvimento do processo só é possível por atos das partes, correspondendo a um ônus processual para os litigantes (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2005, p. 180).

No diálogo entre partes e juiz, é fundamental a cooperação entre todos os envolvidos, para que o processo seja célere e alcance o resultado final da maneira mais adequada, de preferência com uma sentença de mérito:

Afinal, é de interesse público que o processo não fique parado, que seja ágil e que chegue logo ao fim, que, como se verá, deve ser preferencialmente uma sentença de mérito (...) (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 57).

Assim é a perspectiva do novo código, pautado no princípio da cooperação entre os sujeitos processuais.

1.2 O novo modelo processual cooperativo

A cooperação é um dever processual que atinge todos os sujeitos processuais, dependendo essencialmente da conscientização das partes para que seja implementada (ARAÚJO, 2016, p. 181).

Nesta toada, o novo Código de Processo Civil consagrou de forma expressa o princípio da cooperação em seu artigo 6^o, propugnando que todos os sujeitos processuais devem cooperar visando uma decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável.

Esse novo modelo de processo é caracterizado pelo redirecionamento do princípio do contraditório com a inserção do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual (DIDIER JR., 2017, p. 141), pressupondo a colaboração das partes com o juiz, do juiz com as partes e das partes entre si (NEVES, 2017, p. 205).

A colaboração visa organizar o papel do magistrado e das partes na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 708).

Desse modo, no andamento processual, deve ser levada em consideração a perspectiva do processo civil constitucional, com base na cooperação entre os sujeitos processuais de modo a obter uma decisão justa aos envolvidos.

Nas palavras de José Laurindo de Souza Netto:

A natureza principiológica da cooperação obriga os sujeitos processuais a pautarem as respectivas condutas, seja na iniciativa, seja no desenvolvimento do processo, em deveres de lealdade, eticidade e colaboração para o alcance de um resultado decisório que seja obra em coautoria (SOUZA NETTO, 2016, p. 417).

Fazendo um paralelo com o direito tributário, espera-se, nesse enfoque, a atuação do magistrado na condução dos atos processuais de maneira efetiva, bem como o empenho da Fazenda visando à satisfação de seu crédito, garantindo-se, assim, o interesse público.

2. Características relevantes da prescrição tributária para a aplicação do modelo cooperativo de processo

2.1 O instituto da prescrição

O instituto da prescrição foi conceituado por Clóvis Beviláqua como “a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo” (1953, p. 370, *apud* PELUSO, 2013, p. 140).

No Código Civil de 2002, a prescrição está expressamente disposta no artigo 189, que assim enuncia: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos que aludem os artigos 205 e 206.”

Trata-se, portanto, de um mecanismo jurídico que fulmina a aptidão para exigir o cumprimento de um direito na via judicial, pelo decurso do prazo previsto em lei (DONIZETTI; QUINTELLA, 2017, p. 2017).

Alguns autores justificam a prescrição como uma sanção à negligência do titular do direito que não o exerce em determinado período de tempo, enquanto outros procuram explicá-la com motivos de ordem pública, dada a necessidade de estabilizar as situações jurídicas (PELUSO, 2013, p. 140).

Nessa esteira de entendimento, a prescrição é um instituto que tem por finalidade dar estabilidade às relações jurídicas, de modo a primar pela segurança do ordenamento (MARTINS, 2013, p. 225) e consolidar posições jurídicas (MEDINA; ARAÚJO, 2014, p. 228).

Na seara tributária não é diferente. A prescrição está prevista no artigo 174 do Código Tributário Nacional, sendo que a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para cobrar judicialmente o adimplemento do crédito tributário, propondo a execução fiscal.

Ainda, nos termos do artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional, a prescrição não atinge somente o direito de ação para a cobrança do tributo inadimplido, mas também extingue o próprio crédito tributário. A extinção do crédito tributário possui grande relevância, pois caso somente a ação para a cobrança fosse atingida pela prescrição,

a Fazenda Pública poderia recusar o fornecimento de certidões negativas aos sujeitos passivos em dívida, o que não ocorre devido à extinção estender-se também ao crédito fiscal (MACHADO, 2016, p. 226).

Nas palavras do ministro Luiz Fux do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1102431/RJ⁴:

O conflito caracterizador da lide deve estabilizar-se após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário.

Feitas as considerações iniciais, doutrina e jurisprudência apontam duas espécies de prescrição tributária: a de direito material ou direta e a intercorrente.

2.2 A prescrição de direito material ou direta

A prescrição de direito material ou direta está prevista no *caput* do artigo 174 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe que “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

O parágrafo único do referido artigo⁵ enumera as hipóteses de interrupção da prescrição, em seus incisos I a IV, assim dispostas: o despacho citatório em execução fiscal, o protesto judicial, qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor e qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do débito pelo devedor.

O inciso I do dispositivo supracitado merece especial relevo, na medida em que abrange a maioria das ações referentes à prescrição tributária de competência recursal das câmaras cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Nessa esteira, a Lei Complementar 118/05 alterou o entendimento do inciso mencionado, sendo que, anteriormente à sua promulgação, a interrupção da prescrição se dava pela efetiva citação do devedor e não pelo despacho judicial, como ocorre atualmente.

Para verificar a aplicação da redação atual ou originária do artigo supracitado, deve-se levar em conta a data do despacho judicial citatório da execução fiscal, conforme decidido no RESP 999.901/RS⁶, sob pena de retroação da legislação processual.

Desse modo, para que se caracterize a incidência da prescrição de direito material, faz-se necessário que tenham transcorrido cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário até a citação do devedor (se o despacho citatório foi exarado anteriormente à Lei Complementar 118/05) ou até o próprio despacho de citação (caso o despacho tenha sido prolatado após o advento da LC 118/05, em 09.06.2005).

A expressão constituição definitiva do crédito tributário não é de fácil interpretação, como bem mencionado pelo autor Eduardo Sabbag, em seu livro *Manual de Direito Tributário*. O conceito está atrelado à ideia de “definitividade” do crédito, decorrente do momento em que não seja mais possível ao fisco discutir administrativamente a seu respeito (SABBAG, 2013, p. 819).

Como regra geral, entende-se como constituição definitiva do crédito tributário a data da notificação do contribuinte, conforme inteligência do RESP. 1320825/RJ⁷, julgado submetido, inclusive, ao rito dos recursos repetitivos. Curial se faz o destaque de parte do acórdão, para uma melhor elucidação do tema:

Reconhecida a regular constituição do crédito tributário, não há mais que falar em prazo decadencial, mas sim em prescricional, cuja contagem deve se iniciar no dia seguinte à data do vencimento para o pagamento da exação, porquanto antes desse momento o crédito não é exigível do contribuinte.

Acerca do assunto, oportuno o magistério de Eduardo Sabbag:

Resumidamente, o termo *a quo* da contagem do prazo quinquenal de prescrição será: a) a data da notificação do lançamento (mais 30 dias)⁸, caso não se verifique a protocolização de impugnação administrativa do lançamento; b) a data da notificação da decisão administrativa final, mantendo total ou parcialmente o tributo exigido (SABBAG, 2013, p. 820).

Por conseguinte, considera-se, na maioria dos casos, a data seguinte ao dia do vencimento do tributo como início do prazo prescricional, visto ser posterior à constituição do crédito e após findada a possibilidade de impugnação administrativa pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

Registre-se que, na eventual hipótese de inexistir o marco anterior, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná⁹ tem consignado o dia posterior à inscrição do débito em dívida ativa como o termo inicial da contagem do lustro prescricional. Isso porque a inscrição em dívida ativa é considerada ato administrativo que tem como pressuposto o vencimento do tributo, consoante o artigo 201¹⁰ do Código Tributário Nacional.

É de se mencionar ainda que a Fazenda Pública deve, durante o quinquênio prescricional material, empenhar-se visando à citação do executado, requerendo ao magistrado diligências via postal, oficial de justiça e, em último caso, por edital, se mostrando ativa em busca do adimplemento do seu crédito, sob pena de ser declarada a prescrição.

2.3 A prescrição intercorrente

No processo judicial, ocorre a prescrição intercorrente em sede de execução fiscal quando, uma vez iniciado o processo e não sendo encontrado o devedor ou bens penhoráveis, há desídia da Fazenda Pública na movimentação processual por prazo superior a cinco anos (HABLE, 2014, p. 152-153).

A prescrição intercorrente tributária possui trâmite específico, inserido expressamente no direito tributário com o advento da Lei 11.051/04, ao incluir o § 4º no artigo 40 da Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), que assim disciplina:

Art. 40 – O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º – Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º – Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º – Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º – Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei 11.051, de 2004)

§ 5º – A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Pela leitura do artigo supracitado, durante a execução fiscal, não sendo encontrado o devedor ou bens sobre os quais possa recair a penhora, o magistrado suspenderá o processo e, decorrido o prazo de um ano, terá início o curso da prescrição quinquenal intercorrente. Esse entendimento, inclusive, é o exarado na Súmula 314¹¹ do STJ.

Em que pese a especificidade do trâmite para a prescrição intercorrente, em minuciosa análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹² e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹³, verifica-se que, interrompido o prazo da prescrição material, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho citatório, inicia-se o prazo quinquenal da prescrição intercorrente.

Logo, o referido instituto visa estabelecer um prazo final ao processo, de modo a trazer segurança jurídica aos litigantes e evitar a eternização de demandas que prejudiquem o contribuinte.

Esse entendimento, inclusive, foi adotado pela Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe que “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”, ou seja, no prazo anteriormente citado de cinco anos, nos termos do previsto no artigo 174 do CTN.

Nas palavras de Eduardo Sabbag:

Evidencia-se, assim, no contexto atual, a ideia de que a Fazenda Pública, abandonando a execução fiscal, dará ensejo à prescrição intercorrente, em razão da paralisação superior a um quinquênio legal. Nesse passo, a prescrição intercorrente pressupõe a inércia do exequente (SABBAG, 2013, p. 835).

Após o marco interruptivo da prescrição material, inicia-se, no andamento da execução fiscal, a busca pelo devedor ou por bens para o adimplemento da obrigação. A Fazenda Pública, então, terá que diligenciar visando à citação do devedor e, posteriormente, solicitar a penhora de numerário, automóveis e imóveis do executado, para satisfazer o seu crédito e, sendo efetiva a diligência, não há que se falar em prescrição intercorrente.

Por outro lado, perante a inércia do ente público ou caso todas as providências tenham sido infrutíferas, o entendimento jurisprudencial perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça é pela extinção do crédito tributário. Vejamos: “os requerimentos para a realização de diligências que se mostraram infrutíferas em localizar o devedor ou seus bens não têm o condão de suspender ou interromper o prazo de prescrição intercorrente”¹⁴.

Nessa perspectiva também é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁵, salientando que a tramitação do processo sem qualquer resultado prático enseja a superveniência da prescrição intercorrente, sob o argumento da falta de ato interruptivo do lapso prescricional, bem como a impossibilidade da eternização das demandas judiciais em detrimento do devedor.

Sendo assim, o ente público deverá ser diligente e efetivo, visando à citação ou à constrição de bens em garantia da execução fiscal, para a não caracterização da prescrição intercorrente no caso concreto.

2.4 A subjetividade do enunciado da Súmula 106 do STJ e a aplicação subsidiária do CPC nas execuções fiscais

A Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que, caso a demora na citação decorra do aparato judicial, não há que se falar em

prescrição ou decadência: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”¹⁶

Por consequência, tal posicionamento restou sedimentado no julgamento do Recurso Especial 1102431/RJ¹⁷, de relatoria do ministro Luiz Fux, julgado submetido ao rito dos recursos repetitivos.

O julgado supracitado teve como fundamento a necessidade da estabilização das demandas por meio do instituto da prescrição decorrente da inércia do credor, impondo segurança jurídica aos litigantes e vindo ao encontro das normas informadoras do sistema tributário, fato que não ocorre caso a culpa seja exclusiva do aparato judicial.

Nesse quesito, é fundamental a subsidiariedade do Código de Processo Civil com relação à Lei de Execução Fiscal, demonstrada no RESP 1652984/PE¹⁸, em que, nas hipóteses da aplicação da Súmula 106 do STJ, a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação, em exegese conjunta com o artigo 240¹⁹, § 1º e 2º, do CPC, para que a Fazenda Pública não seja prejudicada.

Em que pese a leitura do enunciado sumular ser de certo modo simples, o caráter subjetivo da expressão “motivos inerentes ao mecanismo da justiça” pode gerar divergências de entendimento na aplicação de tal dispositivo.

Assim, é imprescindível a análise da jurisprudência relativa às execuções fiscais para obter-se uma conclusão acerca do assunto.

3. A prescrição das execuções fiscais e o modelo cooperativo processual nas decisões do TJPR

Ante os desdobramentos do processo cooperativo no novo Código de Processo Civil e levando-se em conta as particularidades do instituto da prescrição tributária, surge uma indagação a ser respondida: na atuação do magistrado, quando será considerada a Súmula 106 do STJ ou decretada a prescrição tributária nas execuções fiscais?

Para a obtenção da resposta, é preciso verificar o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná quanto à aplicabilidade do modelo cooperativo processual no curso das execuções fiscais.

Em verificação aos julgados da 1ª Câmara Cível²⁰, denota-se que o princípio do impulso oficial poderá ser relativizado. Em que pese sua natureza inquisitiva e o dever do magistrado de ser o condutor do processo, cabe também ao exequente o acompanhamento do trâmite processual, em conformidade com o princípio da cooperação entre os sujeitos processuais e com o da segurança jurídica.

Em diversas e recentes oportunidades²¹, a 2ª Câmara Cível tem repisado este entendimento, devendo o princípio do impulso oficial ser sopesado com os princípios da inércia e do dispositivo, para um andamento efetivo do processo objetivando a tutela do direito pleiteado.

O princípio do impulso oficial poderá ser relativizado

Por fim, a 3ª Câmara Cível²² adota o mesmo posicionamento, consolidando um consenso unânime do Tribunal de Justiça do Paraná, apesar das variáveis existentes no histórico processual de cada caso concreto.

Note-se que, ao relativizar o princípio do impulso oficial e ponderá-lo com o princípio dispositivo, o que está sendo efetivamente feito é uma análise do modelo cooperativo de processo no curso das execuções fiscais, pela atuação do magistrado e da parte (Fazenda Pública).

A aplicação conjunta da jurisprudência com a leitura do enunciado da Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça permite uma melhor elucidação sobre o tema, apta a afastar o caráter subjetivo sumular.

No caso de o ente público não ter sido efetivamente diligente visando à satisfação do direito pleiteado, será possível o reconhecimento da prescrição após o transcurso do quinquênio prescricional.

Por outro lado, aplica-se a Súmula 106 diante da falha no impulso oficial, seja pela demora na realização dos atos judiciais ou pela falta de intimação da Fazenda Pública.

Outrossim, cabe alertar ainda sobre a necessidade de o exequente ser minimamente operoso em busca da satisfação da obrigação tributária, de modo a não abandonar a execução fiscal em seu curso²³.

Conclusão

Pelo exposto, é de se concluir que a perda da pretensão executiva, com a incidência do instituto da prescrição tributária, está baseada no processo cooperativo: a atuação do magistrado e a manifestação da Fazenda Pública no transcurso do processo.

Nesse contexto, levando-se em consideração a dialeticidade do processo, a extinção dos créditos tributários pela prescrição poderá ocorrer quando houver falha no diálogo processual.

Caso não se realize o devido impulso oficial, seja pela falta de intimação da parte, seja pela demora dos atos judiciais, não há que se falar em perda da pretensão executiva, aplicando-se a Súmula 106 do STJ, conforme julgado submetido ao rito dos recursos repetitivos citado no item 2.4 do presente artigo.

Por outro viés, caso a Fazenda Pública não seja efetivamente diligente visando, primeiramente, citar o executado ou, após a citação, não tenha êxito na busca de bens que garantam o adimplemento da obrigação, tendo transcorrido o lustro prescricional, o magistrado deverá extinguir o feito, em razão da prescrição tributária.

Em síntese, a aplicabilidade conjunta do modelo cooperativo do Código de Processo Civil, com a atuação das partes nas execuções fiscais, permite o reconhecimento das hipóteses da prescrição tributária, positivando assim a primazia pelos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da segurança jurídica, evitando, dessa forma, a eternização das demandas judiciais.

Notas

1. José Laurindo de Souza Netto. Desembargador no Tribunal de Justiça do Paraná. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná UFPR. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, com Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Diretor da Escola da Magistratura do Paraná e Professor de Cursos de formação inicial e continuada para magistrados. Autor de livros e diversos artigos jurídicos publicados em revistas nacionais e internacionais. Palestrante e conferencista no Brasil e no exterior.

2. Gustavo Calixto Guilherme. Técnico judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduado em Processo Civil pelo Centro de Estudos Jurídicos Prof. Luiz Carlos.
3. “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.
4. STJ – REsp 1102431/RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, 09.12.2009.
5. “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela LCP nº 118, de 2005) II – pelo protesto judicial; III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor”.
6. STJ – REsp 999.901/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, 13.05.2009.
7. STJ – REsp 1320825/RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Gurgel de Faria, 10.08.2016.
8. Art. 15 do Decreto 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal): “Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência”.
9. TJ/PR – AC 1712713-8, 2ª C. Cível, Rel. Des. Silvio Dias, 03.10.2017.
TJ/PR – AC 1726347-3, 2ª C. Cível, Rel. Des. Antônio Renato Strapasson, 31.10.2017.
TJ/PR – AC 1686534-2, 3ª C. Cível, Rel. Des. Eduardo Sarrão, 15.08.2017.
10. “Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular”.
11. Súmula 314: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”. (Súmula 314, Primeira Seção, julgado em 12/12/2005, DJ 08/02/2006 p. 258).
12. STJ – AgRg no REsp 1166428/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, 18.09.2012.
13. TJ/PR – AC 1722495-8, 1ª C. Cível, Rel. Des. Rubens Oliveira Fontoura, 12.09.2017.
TJ/PR – AC 1731721-2, 1ª C. Cível, Rel. Des. Ruy Cunha Sobrinho, 10.10.2017.
TJ/PR – AC 1699584-7, 3ª C. Cível, Rel. Des. Marcos S. Galliano Daros, 17.10.2017.
14. STJ – AgRg no REsp 1.208.833/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, 19.06.2012.

- STJ – AgInt no AREsp 1056527/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 17.08.2017.
15. TJ/PR – AC 1600958-4, 3ª C. Cível, Rel. Des. Eduardo Sarrão, 31.10.2017.
TJ/PR – AC 1699097-9, 3ª C. Cível, Rel. Des. José Sebastião Fagundes Cunha, 22.08.2017.
16. Súmula 106: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”. (Súmula 106, Corte Especial, julgado em 26/05/1994, DJ 03/06/1994 p. 13885).
17. STJ – REsp 1102431/RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, 09.12.2009.
18. STJ – REsp 1652984/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, 04.04.2017.
19. “Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).
§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.
§ 2º Incumbe ao autor adotar, no prazo de 10 (dez) dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no § 1º”.
20. TJ/PR – AC 1544862-9, 1ª C. Cível, Rel. Des. Rubens Oliveira Fontoura, 28.06.16.
TJ/PR – AC 1655896-4, 1ª C. Cível, Rel. Des. Salvatore Antonio Astuti, 30.05.17.
21. TJ/PR – AC 1725749-3, 2ª C. Cível, Rel. Des. Stewalt Camargo Filho, 24.10.17.
TJ/PR – AC 1727266-7, 2ª C. Cível, Rel. Des. Stewalt Camargo Filho, 24.10.17.
22. TJ/PR – AC 1554541-8, 3ª C. Cível, Rel. Des. Sérgio Roberto Rolanski, 07.02.17.
TJ/PR – AC 1578478-2, 3ª C. Cível, Rel. Des. Marcos S. Galliano Daros, 07.02.17.
23. TJ/PR – AC 1726864-9, 3ª C. Cível, Rel. Des. Eduardo Sarrão, 19.09.17.
TJ/PR – AC 1734093-5, 3ª C. Cível, Rel. Des. José Laurindo de Souza Netto, 24.10.17.

Referências

- ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de processo civil: tomo 1 – parte geral*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Volume 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Código Tributário Nacional*. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BRASIL. Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. *Lei de Execução Fiscal*. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial. AgInt no AREsp. 1056527/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Brasília, 17 de agosto de 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 23.08.2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp. 1166428/PE. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 18 de setembro de 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 25.09.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. AgRg no REsp. 1208833/MG. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira. Brasília, 19 de junho de 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 03.08.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 999.901/RS. Primeira Seção. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 13 de maio de 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 10.06.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1102431/RJ. Primeira Seção. Relator: Ministro LUIZ FUX. Brasília, 09 de dezembro de 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 01.02.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1320825/RJ. Primeira Seção. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Brasília, 10 de agosto de 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 17.08.2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1652984/PE. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 04 de abril de 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 24.04.2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula. Súmula 106. Corte Especial. Brasília, 26 de maio de 1994. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 03.06.1994. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula. Súmula 314. Primeira Seção. Brasília, 12 de dezembro de 2005. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 nov. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula. Súmula 150. Brasília, 13 de dezembro de 1963. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno Edição: *Imprensa Nacional*, 1964, p. 84. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 nov. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1544862-9*. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Rubens Oliveira Fontoura. Estado do Paraná, 28 de junho de 2016. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 29 nov. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1554541-8*. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Roberto N. Rolanski. Estado do Paraná, 07 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 07 dez. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1578478-2*. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Marcos S. Galliano Daros. Estado do Paraná, 07 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 07 dez. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1600958-4*. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Eduardo Sarrão. Estado do Paraná, 31 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1655896-4*. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Salvatore Antonio Astuti. Estado do Paraná, 30 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 29 nov. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1686534-2*. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Eduardo Sarrão. Estado do Paraná, 15 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1699097-9*. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha. Estado do Paraná, 22 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 28 nov. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1699584-7*. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Marcos S. Galliano Daros. Estado do Paraná, 17 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 23 nov. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1712713-8*. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Silvio Dias. Estado do Paraná, 03 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1722495-8*. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Rubens Oliveira Fontoura. Estado do Paraná, 12 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 23 nov. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1725749-3*. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Stewalt Camargo Filho. Estado do Paraná, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 07 dez. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1726347-3*. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Antônio Renato Strapasson. Estado do Paraná, 31 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 23 nov. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1726864-9*. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Eduardo Sarrão. Estado do Paraná, 19 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 07 dez. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1727266-7*. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Stewalt Camargo Filho. Estado do Paraná, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 07 dez. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1731721-2*. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Ruy Cunha Sobrinho. Estado do Paraná, 10 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 23 nov. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível 1734093-5*. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador José Laurindo de Souza Netto. Estado do Paraná, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 07 dez. 2017.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- HABLE, José. *A extinção do crédito tributário por decurso de prazo. Decadência e prescrição tributárias*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. *Código de processo civil: comentado artigo por artigo*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 37. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

- MARTINS, Ives Gandra da Silva, coordenador. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- PELUSO, Cezar, coordenador. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. Barueri, São Paulo: Manole, 2013.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. *A confluência dos modelos dispositivos e inquisitivo do processo civil operada pelo princípio da cooperação*. In: NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira, coordenadores. *Constituição e Democracia II*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, 2016, v. 1, p. 402-419. XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – BRASÍLIA/DF. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/509my5cz/jQArPjlHT61BmF15.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 53. ed. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A tutela do meio ambiente no Supremo Tribunal Federal: estudo de casos concretos

Reis Friede¹

Mestre e Doutor em Direito Público pela UFRJ

Resumo: O Supremo Tribunal Federal (STF) é o guardião do texto magno (art. 102, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988). Neste sentido, entende-se pertinente estudar como a suprema corte brasileira vem decidindo assuntos dotados de assento constitucional, especialmente os inerentes à tutela do meio ambiente, analisando as considerações adotadas em cada *case* destacado. Com efeito, o presente estudo objetiva analisar, particularmente, três relevantes casos concretos submetidos à óptica do STF: as tradicionais “brigas de galos”, a importação de pneus usados e remoldados, e a responsabilidade penal da pessoa jurídica na questão ambiental. O estudo traz à tona as diversas interpretações e pontos de vista debatidos quando dos julgamentos proferidos pela corte, possibilitando a identificação de um panorama político-jurídico sobre a matéria.

1. Introdução

O DIREITO AMBIENTAL TEM GERADO A CONCRETIZAÇÃO de numerosos e significativos tratados sobre biossegurança, espécies ameaçadas, mu-

danças climáticas e biodiversidade. Além disso, como afirma Duarte (2003), os protocolos adicionais às convenções traduzem os vagos princípios em metas concretas e permitem elaborar novas salvaguardas domésticas e internacionais.

O Brasil possui, em virtude da riqueza e da diversidade de seu território, lugar assegurado nas discussões internacionais sobre meio ambiente, mas a tradução das possibilidades da nação depende das políticas elaboradas para lidar com os grandes desafios internos e externos. A trajetória do país como ator ambiental global confunde-se em parte com a emergência da própria temática ecológica no cenário mundial.

Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste

Como esclarece Horta (2002), em matéria de proteção ao meio ambiente a legislação federal brasileira, posterior aos debates da Conferência de Estocolmo, percorreu três etapas a partir de 1975.

A primeira, ainda segundo Horta (2002), é caracterizada por uma política preventiva, exercida predominantemente por órgãos da administração federal. A segunda coincide com a formulação da política nacional do meio ambiente, a previsão de sanções e a introdução do princípio da responsabilidade objetiva, independentemente da culpa, para indenização ou reparação do dano causado. Já a terceira, conforme mostra o estudioso, representa dupla inovação: a criação da ação civil pública de responsabilidade “por danos causados ao meio ambiente, sob a jurisdição do Poder Judiciário, e a atribuição ao Ministério Público da função de patrono dos interesses difusos da coletividade no domínio do meio ambiente” (Horta, 2002, p. 270).

A Constituição Federal (Brasil, 1988) dedicou ao tema um segmento (capítulo VI – Do meio ambiente, título VIII – Da ordem social) inteiramente destinado a assegurar tal proteção, conforme previsão contida no artigo 225, que preceitua o direito de todos os brasileiros ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerado um bem de uso comum do povo. O mesmo artigo também é enfático ao determi-

nar que cabe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e as futuras gerações.

Cumprir registrar, todavia, que mesmo antes da Constituição Federal a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Brasil, 1981) já tratava da política nacional do meio ambiente. Tal norma define, em seu artigo 3º, I, o meio ambiente como sendo 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. No plano doutrinário, Silva (2004) apresenta-nos explanação acerca da expressão meio ambiente como sendo

a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais. Por isso é que a preservação, a recuperação e a revitalização do meio ambiente hão de constituir uma preocupação do Poder Público e, conseqüentemente, do Direito, porque ele forma a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e se expande a vida humana. (p. 20).

Consoante a doutrina do direito ambiental, o artigo 225 da Constituição Federal (Brasil, 1988) acolheu o denominado princípio da *responsabilidade intergeracional*, na medida em que o constituinte não apenas se preocupou com a preservação do direito ao meio ambiente equilibrado para a geração presente, mas, igualmente, para as futuras. Trata-se de regra reveladora de indiscutível carga ética, uma vez que a lei maior, pensando no futuro, determina providências a serem tomadas pelo poder público (leia-se, o Estado) nos dias atuais.

Ademais, consagrou-se, no mesmo dispositivo, o postulado do *desenvolvimento sustentável*, instituído pelo princípio 4 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, aprovada pela Conferência das Nações Unidas realizada em junho de 1992 naquela cidade, assim transcrito: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste” (ONU, 1992).

Pode-se inferir que do conceito de *desenvolvimento sustentável* extrai-se que o tão almejado crescimento econômico não pode olvidar da correspondente e igualmente essencial preservação do meio ambiente, seja para a atual ou as futuras gerações. Assim, com razão adverte Kiss (2004) que “a riqueza que nós herdamos das gerações precedentes não deve ser dissipada para nossa (exclusiva) conveniência e prazer, mas passada adiante, na medida do possível, para aqueles que nos sucederão” (p. 3).

Para Alves (2011), a constitucionalização da proteção ambiental trouxe dois outros marcantes reflexos: “a garantia do mínimo essencial ecológico e a garantia de se evitar o retrocesso ecológico [...], procurando, assim, rechaçar qualquer prejuízo ao ambiente” (p. 84).

Da mesma forma, o artigo 225, § 1º, V, da Constituição Federal (Brasil, 1988) também sinaliza a relevância do *princípio da precaução*, na medida em que impõe ao Estado a obrigação de adotar providências com o objetivo de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. O princípio da precaução está em harmonia com o princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o qual afirma que os Estados devem estar atentos à ameaça de danos graves ou irreversíveis e que “a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental” (ONU, 1992).

Empreendendo-se ampla leitura da carta magna, nota-se que as premissas protetivas enunciadas no seu artigo 225 (Brasil, 1988) não se encontram isoladas, mas reforçadas por diversas normas espalhadas pelo corpo constitucional, das quais podemos citar: *a*) o artigo 5º, LXXIII, que dispõe sobre o manejo da ação popular diante da prática de ato lesivo ao meio ambiente; *b*) o artigo 170, VI, que aponta o meio ambiente como um dos princípios da ordem econômica; *c*) os artigos 21, 22, 23 e 24, que elencam um rol de competências (nos planos político, administrativo e legislativo) comuns ou concorrentes inerentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios em matéria ambiental, reforçando, assim, a tutela jurídica; *d*) o artigo 129, III, que

trata do inquérito civil público e da ação civil pública como instrumentos de proteção do meio ambiente, a serem movidos pelo Ministério Público; e) o artigo 216, V, que relaciona os sítios ecológicos no rol do patrimônio cultural brasileiro.

É possível inferir que o detalhado tratamento constitucional concedido à temática ambiental sinaliza uma tendência exclusiva das constituições contemporâneas, elaboradas em momento de profunda reflexão e consciência, revelando, outrossim, a intenção do constituinte de dar uma resposta à complexa questão, *mens* que, por óbvio, deve inspirar não apenas o legislador, mas, igualmente, o Poder Judiciário quando da apreciação dos frequentes conflitos intersubjetivos. Na mesma linha de pensamento, aduz Milaré (2011) que a inserção da temática ambiental na lei maior configura um marco histórico de indiscutível valor, representando um dos fatos mais significativos dos trabalhos da constituinte.

Com efeito, sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) o guardião do texto magno, incumbe-lhe conferir àquela que é considerada a principal regra destinada à proteção jurídica do meio ambiente, qual seja, o artigo 225 da Constituição Federal (Brasil, 1988), uma interpretação que garanta tão ponderável direito, caracterizado, segundo pacífica posição doutrinária (Mukai, 2002), por sua natureza *difusa* e de *terceira geração*.

De acordo com Antunes (2009), a jurisprudência tem um papel relevantíssimo na proteção do meio ambiente, pois se trata da aplicação concreta das normas jurídicas. A missão da jurisprudência, ainda segundo o estudioso, avulta no direito ambiental, na medida em que as matérias são decididas na base do caso a caso, porque muito raramente se pode tratar de uma *repetição* de ações ambientais, “visto que as circunstâncias particulares de cada hipótese tendem a não se repro-

Apesar de a produção legislativa crescer em velocidade exponencial, ela não tem capacidade de dar conta das diferentes situações que surgem no dia a dia, revelando a importância da jurisprudência ambiental

duzir” (p. 23). Por outro lado, apesar de a produção legislativa crescer em velocidade exponencial, ela não tem capacidade de dar conta das diferentes situações que surgem no dia a dia, revelando a importância da jurisprudência ambiental.

Tendo em vista a relevância diagnosticada por Antunes (2009), e estando de acordo com ela, entende-se pertinente analisar alguns casos concretos submetidos ao crivo da suprema corte nos últimos anos, ponderando, portanto, as considerações adotadas em cada *case*. Com tal compilação jurisprudencial, espera-se contribuir para a consolidação do direito ambiental enquanto ramo autônomo do direito, sendo regido por diversos princípios que lhe são próprios, os quais lhe conferem incontestáveis alicerces teóricos.

2. Casos concretos

Os julgados do STF analisados a seguir encontram-se expostos tematicamente, cada um deles pertinente a um *case* específico, de modo a facilitar a compreensão do leitor.

2.1 “Briga de galos” (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856/Rio de Janeiro)

Caso de notável repercussão para o meio ambiente, em seu sentido ampliado, abordou a constitucionalidade da denominada “briga de galos”, assunto submetido ao crivo do plenário do Supremo Tribunal Federal com base no ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.856/RJ (Brasil, 2011), proposta pelo procurador-geral da República, tendo como relator o ministro Celso de Mello, demanda julgada em 26 de maio de 2011, quando se decidiu que a referida prática configura crime² previsto no artigo 32 da Lei 9.605/98, de 12 de fevereiro de 1998 (Brasil, 1998), sendo, ainda, atentatória à própria Constituição da República, não configurando simples manifestação cultural, mas inquestionável ato de crueldade contra os animais empregados na disputa, cuja proteção jurídica, com nítido escopo socioambiental, encontra amparo na lei fundamental.

Resumidamente, no voto proferido pelo ministro relator, Celso de Mello (Brasil, 2011), reconheceu-se o impacto negativo que a legislação atacada representaria para a incolumidade do patrimônio ambiental dos seres humanos e para a preservação da fauna, razão pela qual se admitiu a existência de conflito entre a Lei 2.895, de 20 de março de 1998 (Estado do Rio de Janeiro, 1998), a qual admitia e até mesmo regulava a chamada “briga de galos”, e a regra prevista no artigo 225, *caput*, e § 1º, VII, da Constituição Federal (Brasil, 1988), dispositivo que veda qualquer crueldade contra os animais. Celso de Mello (Brasil, 2011), citando abalizada doutrina da área ambiental, lembrou como o constituinte, ao proteger a fauna e vedar práticas que submetam os animais a atos de crueldade, objetivou tornar efetivo o direito fundamental à *preservação da integridade do meio ambiente*, aduzindo, ainda, o seguinte:

A cláusula inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição da República, além de veicular conteúdo impregnado de alto significado ético-jurídico, justifica-se *em função de sua própria razão de ser*, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare *todas as formas de vida*, não só a do gênero humano, mas, *também*, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais (p. 20-21).

Da mesma forma, Celso de Mello (Brasil, 2011) pontuou a indiscutível relação que há entre o dever ético-jurídico de preservar a fauna e a subsistência do ser humano em um ambiente ecologicamente equilibrado, realçando, assim, as previsões contidas no artigo 225 da Constituição Federal (Brasil, 1988), caracterizadas pelo aspecto da *metaindividualidade*, ao afirmar que o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva.

Na ocasião, o ministro citou diversos julgados nos quais o STF reconheceu que a prática da “briga de galos” configura verdadeira afronta à Constituição Federal: *a)* o Recurso Extraordinário 153.531/Santa Catarina, no qual se discutiu a denominada “farra do boi”, relator para

o acórdão o ministro Marco Aurélio; b) ADI 2.514/Santa Catarina, relatada pelo ministro Eros Grau, julgado em que se afirmou que a sujeição da vida animal à crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil; c) ADI 3.776/Rio Grande do Norte, relatada pelo ministro Cezar Peluso, quando foi declarada a inconstitucionalidade da Lei 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte, que regulamentava as denominadas “rinhas” ou “brigas de galo”.

O ministro Celso de Mello (Brasil, 2011), interpretando extensivamente o termo *fauna*, previsto no artigo 225, § 1º, VII, da Constituição Federal (Brasil, 1988), asseverou que a proteção conferida aos animais por meio dessa regra constitucional abrange os animais silvestres, domésticos ou domesticados, incluídos, nesta última categoria, os galos utilizados em rinhas. Interessante registrar, ainda, a interpretação externada, quando de seu voto, pelo ministro Ayres Britto (Brasil, 2011) a respeito da mencionada regra constitucional:

Se prestarmos bem atenção ao texto [...] vamos perceber [...] que ele faz parte de todo um contexto constitucional, que principia com o próprio preâmbulo da nossa Magna Carta, que fala de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. E fraternidade aqui evoca, em nossas mentes, a ideia de algo inconvivível com todo tipo de crueldade, mormente aquelas que desembocam em derramamento de sangue, mutilação de ordem física e, até mesmo, na morte do ser torturado (p. 49).

Nota-se, portanto, que Ayres Britto (Brasil, 2011), quando de sua manifestação sobre o caso, citou como alicerce decisório a regra constitucional que proíbe a tortura (art. 5º, XLIII), assentando que a prática impugnada (“briga de galos”) caracteriza nítida hipótese de tortura contra os animais participantes da peleja, cuja finalidade última seria “a morte de um dos contendores, de um dos galos” (p. 51).

Vê-se que o plenário da suprema corte, ao declarar a inconstitucionalidade da Lei 2.895/98 (Estado do Rio de Janeiro, 1998), abrigou o entendimento predominante na doutrina brasileira, conforme preconizado por Machado (2011):

Atos praticados ainda que com caráter folclórico ou até histórico, como a “farra do boi”, estão abrangidos pelo art. 32 da Lei 9.605/98, e devem ser punidos não só quem os praticam, mas também, em coautoria, os que os incitam, de qualquer forma. A utilização de instrumentos nos animais, quando da realização de festas ou dos chamados “rodeios” ou “vaquejadas”, tipifica o crime comentado, pois concretiza maus-tratos contra os animais. [...] Da mesma forma, e sem qualquer dúvida, todas as atividades que fizerem os animais enfrentar-se em luta ou disputa. As “brigas de galo” são consideradas atos de crueldade contra animais (p. 885).

Por sua vez, esclareceu o ministro Cezar Peluso (Brasil, 2011) que a regulamentação preconizada na impugnada lei fluminense não é apenas proibida pela regra inculpada no artigo 225 da Constituição Federal, mas, além disso, pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da lei maior), uma vez que a prática da “rinha de galos” implica, de certo modo, um estímulo aos impulsos mais primitivos do ser humano, qual seja, a tortura. Noutras palavras, afirmou Peluso (Brasil, 2011) que a lei fundamental veda “práticas que promovem, estimulam e incentivam ações e reações que diminuam o ser humano como tal” (p. 62).

A intervenção manifestada por Peluso mostrou-se pertinente, sobretudo por invocar a noção consubstanciada no *princípio da dignidade da pessoa humana*, o qual, segundo Sarlet (2008), deve ser ampliado, de modo a se reconhecer a existência de uma dignidade da vida não humana, ensejando “uma releitura do clássico contrato social em direção a uma espécie de contrato socioambiental (ou ecológico), com o objetivo de contemplar um espaço para tais entes naturais no âmbito da comunidade estatal” (p. 203).

Na mesma esteira trilhada pelo ministro Peluso, aduz Fiorillo (2011) que a contemporânea interpretação dos bens ambientais superou a visão de que o meio ambiente configura mero patrimônio público, sendo considerado bem fundamental à garantia da dignidade da pessoa humana em um estado democrático de direito.

Deste modo, o STF, ao julgar procedente a ADI proposta, conferiu efetividade ao direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado, vedando, por conseguinte, conduta que, longe de caracterizar direito cultural, nega veementemente a essência ecológica presente no tecido constitucional.

2.2 Importação de pneus usados e remoldados (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/ Distrito Federal)

Caso emblemático que também chegou ao Supremo refere-se à importação, pelo Brasil, de pneus usados e remoldados. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101/DF (Brasil, 2009), relatada pela ministra Cármen Lúcia, julgada em 24 de junho de 2009, afirmou-se que diversas decisões judiciais estavam sendo proferidas em contrariedade a determinadas portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX) e da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), bem como em relação a certas resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), além de vários decretos federais que, expressamente, vedavam (e ainda vedam) a importação de pneus usados e remoldados. E que decisões proferidas por juízes federais e tribunais regionais federais descumpriam preceitos fundamentais previstos nos artigos 196 e 225 da Constituição Federal (Brasil, 1988), notadamente por autorizarem a importação dos mencionados produtos. A questão subjacente envolvia, ainda, interesses empresariais em aparente contraposição a interesses coletivos consubstanciados no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, polaridade que demandou profunda análise por parte dos ministros do STF, como sinalizou a ministra Cármen Lúcia (Brasil, 2009):

E não se pretenda seja essa questão simples, pois, de um lado, empresas defendem o direito – que, segundo elas, seria o da liberdade de iniciativa – de se utilizarem daquele resíduo para os seus desempenhos, do que advém, inclusive emprego para muitas pessoas, e, de outro, há os princípios constitucionais fundamentais da proteção à saúde e da defesa do meio ambiente saudável em respeito até mesmo às gerações futuras (p. 88).

O presente caso, por envolver questões relativas ao comércio internacional e à proteção do meio ambiente, além de uma sorte de decisões judiciais referentes à importação de pneus usados e remoldados, bem demonstra o peso da palavra do STF sobre determinados temas, o que efetivamente aconteceu quando do julgamento da ADPF ora analisada. Sobre a necessidade de uma tomada de posição por parte do STF, Cármen Lúcia (Brasil, 2009) observou que tal pendência impunha ao colegiado uma decisão:

O resultado a que chegarmos, no plano internacional, justificaria a derrocada das normas proibitivas sobre a importação de pneus usados, pois, para o Órgão de Apelação da OMC, se uma parte do Poder Judiciário brasileiro libera empresas para importá-los, a despeito da vigência das normas postas, é porque os objetivos apresentados pelo Brasil, perante o órgão internacional do comércio, não teriam o fundamento constitucional que as justificariam e fundamentariam (p. 66).

De início, analisando o eventual benefício a ser obtido pela reutilização de pneus importados e os prejuízos causados à saúde e ao meio ambiente, consignou Cármen Lúcia (Brasil, 2009):

De se afirmar, portanto, que se há mais benefícios financeiros no aproveitamento daqueles resíduos na produção do asfalto borracha ou na indústria cimenteira, há de se ter em conta que o preço industrial a menor não pode se converter em preço social a maior, a ser pago com a saúde das pessoas e com a contaminação do meio ambiente, tal como comprovadamente ocorre. A Constituição brasileira – como todas as que vigoram, democraticamente, hoje – não confere direitos mediante fatura a ser paga com vidas humanas (Brasil, 2009, p. 87).

Prosseguindo no seu voto, Cármen Lúcia (Brasil, 2009) fez referência, ainda, ao *princípio da prevenção* (prevenção contra riscos conhecidos), distinguindo-o do *princípio da precaução* (prevenção contra

riscos incertos): “O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras” (p. 97), tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Nesse particular, as reflexões da ministra vão em direção ao posicionamento de Fernandes (2011), para quem, diante de incertezas científicas sobre os efeitos de determinado produto à saúde humana, deve-se conferir preponderância à não exposição dos trabalhadores a tais agentes.

Assim, com amparo nos citados princípios, o Estado brasileiro, cumprindo com o seu dever de garantir a todos o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, corretamente editou um conjunto de normas destinadas à proibição da importação de tais produtos. Cármen Lúcia (Brasil, 2009) relatou que “a importação de pneus usados ou remoldados é [...] gerador de mais danos que de benefícios, em especial aos direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (p. 108).

O ministro Carlos Britto (Brasil, 2009), em seu voto sobre a questão, lembrou que o meio ambiente é “matéria de preocupação invariável de todos os ordenamentos jurídicos” (p. 225). Disse também que a democracia, a ética, a quebra de preconceitos e a preservação do meio ambiente são temas planetários, e que “o meio ambiente passou de fato a se inserir nas preocupações do mundo, como condição de sustentabilidade do planeta, a se impor à própria liberdade de comércio” (p. 225).

Assim, ao final do julgamento da ADPF, o plenário do STF, compreendendo a dimensão do problema inerente à correta destinação de resíduos perigosos, entendeu pela constitucionalidade dos atos normativos exarados pelo Estado brasileiro, os quais proíbem a importação de pneus usados e remoldados, notadamente com base nas seguintes considerações, expostas em resumo: *a*) a importação de pneus usados e remoldados configura afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado; *b*) a ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados acarreta malefícios ao meio ambiente; *c*) a reciclagem de pneus usados e remoldados caracteriza violação aos princípios constitucionais do desenvol-

vimento sustentável e da responsabilidade intergeracional; *d*) é preciso compatibilizar o crescimento econômico com o desenvolvimento sustentável; *e*) deve-se atender ao princípio da precaução, dotado de *status* constitucional, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica; *f*) a importação de pneus usados e remoldados atenta contra os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2.3 Responsabilidade penal da pessoa jurídica independente da pertinente à pessoa física (Recurso Extraordinário 548.181/Paraná)

Antes do advento da carta constitucional de 1988, era pacífico, pelo menos para a doutrina nacional, que o direito penal apenas cuidava de comportamentos humanos. Na ocasião, não se concebia qualquer possibilidade de a pessoa jurídica figurar como sujeito ativo de condutas delituosas. Atualmente, tendo em vista o disposto no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal (Brasil, 1988), cujo teor determina que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, e mesmo diante da regulamentação estabelecida pela Lei 9.605/98 (Brasil, 1998), o assunto ainda comporta alguma controvérsia.

O segmento doutrinário favorável à responsabilização penal afirma que o princípio da culpabilidade, quando inerente à pessoa jurídica, não apresenta os mesmos contornos exigidos para a pessoa física. Segundo tal óptica, em se tratando de entes morais, a culpabilidade deve ser analisada sob o prisma *social*. Assim, por exemplo, ao descumprir regras relativas à preservação ambiental, gerando resultados lesivos à sociedade, a *culpabilidade social* da pessoa jurídica resta configurada, podendo, então, ser penalmente responsabilizada.

Logo, de acordo com esse raciocínio, uma indústria química pode vir a ser penalmente responsabilizada por ter poluído um rio, uma vez que a exploração da atividade econômica lhe impõe a observância dos princípios estabelecidos na carta constitucional. Ademais, argumenta-

-se que a previsão contida no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal (Brasil, 1988) reflete uma tendência observada nos ordenamentos modernos, qual seja a extensão da responsabilização penal às pessoas jurídicas, não raro utilizadas como forma de encobrir certas práticas delituosas.

Não obstante à tese favorável, há quem defenda a impossibilidade de uma pessoa jurídica vir a delinquir (*societas delinquere non potest*). Dentre outros, um dos argumentos invocados guarda relação com a vedação constitucional da responsabilidade penal objetiva, cuja premissa básica inadmite que possa alguém vir a ser penalmente responsabilizado sem que tenha atuado dolosa ou culposamente. Tendo em vista a impossibilidade de uma pessoa jurídica agir (ou deixar de agir) com dolo ou culpa, parte da doutrina penalista rejeita-lhe a condição de sujeito ativo de crime, mesmo diante do quadro legal desenhado pela Lei 9.605/98 (Brasil, 1988).

À guisa de exemplo, cite-se a posição de Bitencourt (2011), contrária à responsabilidade penal da pessoa jurídica:

No Brasil, a *obscura* previsão do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, relativamente ao *meio ambiente*, tem levado alguns penalistas a sustentarem, *equivocadamente*, que a Carta Magna consagrou a *responsabilidade penal da pessoa jurídica*. No entanto, a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à *responsabilidade subjetiva* e individual (p. 274-276).

Afirma-se, ainda, que o direito penal somente deve intervir diante da constatação de que outros ramos do direito são insuficientes para a proteção do bem jurídico; no caso em foco, o bem ambiental. Desta maneira, em se tratando de pessoa jurídica, aduz-se que o direito administrativo já possui instrumentos capazes de regular e coibir eventuais danos ao meio ambiente. Assevera-se, outrossim, que as sanções penais previstas nos artigos 21, 22 e 23 da Lei 9.605/98³ (Brasil, 1998), aplicáveis às pessoas jurídicas, são, na sua maioria, de caráter administrativo, evidenciando a desnecessidade de se lançar mão do direito penal, ramo sabidamente subsidiário.

Apesar do debate ainda travado no seio doutrinário, a jurisprudência brasileira reconheceu a perfeita aplicabilidade do disposto no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal (Brasil, 1988), consoante a regra do artigo 3º da Lei 9.605/98 (Brasil, 1998):

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.

Desdobrando-se o dispositivo legal anterior, nota-se que o legislador ordinário exigiu, no que concerne à responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental, dois requisitos: *a*) que a infração penal (ambiental) seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado; *b*) que a infração penal (ambiental) seja cometida no interesse ou benefício do ente moral.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), interpretando o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, *c/c* artigo 3º da Lei 9.605/98, firmou a posição retratada no Recurso Especial 610.114/Rio Grande do Norte, Quinta Turma, relator o ministro Gilson Dipp, julgado em 17 de novembro de 2005, cuja ementa está assim sintetizada (Brasil, 2005):

I. [...] possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio ambiente.

[...].

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política [...].

[...].

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social [...].

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. [...] a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.
[...].

XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

[...] (p. 1-2).

E tudo caminhava exatamente como estabelecido no julgado acima, até que a Primeira Turma do STF, apreciando o Recurso Extraordinário 548.181 (Brasil, 2013), relatado pela ministra Rosa Weber, julgado em 6 de agosto de 2013, trouxe à tona a questão (constitucional) relativa à possibilidade de haver (ou não) condenação de uma pessoa jurídica pela prática de delito ambiental, mesmo diante da absolvição da pessoa física detentora de cargo de direção inerente a ela.

No caso sob exame, o STJ, seguindo aquela orientação predominante na corte, havia excluído a imputação quanto ao crime⁴ tipificado no artigo 54 da Lei 9.605/98 (Brasil, 1998) relativa aos dirigentes da pessoa jurídica, determinando, por conseguinte, o trancamento da ação penal no tocante ao ente moral, evidenciando a adoção da *teoria da dupla imputação*. Eis a ementa do *decisum* proferido pela Sexta Turma do STJ no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16.696/Paraná, relator o ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 9 de fevereiro de 2006, cuja ementa transcreve-se (Brasil, 2006):

1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a *actio poenalis*, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade

ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio* humana.

2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor.

[...] (p. 1-2).

Não obstante a transcrita posição do STJ, a Primeira Turma do STF, por maioria, conhecendo (em parte) do Recurso Extraordinário 548.181, deu-lhe provimento e cassou o acórdão proferido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16.696. Para tanto, afirmou que condicionar a persecução penal relativa às pessoas jurídicas à concomitante descrição e imputação de uma ação humana individual viola a regra consagrada no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

O presente julgado, conforme se verifica, difere da jurisprudência pacificada até então no STJ, podendo vir a ser um novo paradigma para a matéria. De qualquer forma, se a questão inerente à constitucionalidade da responsabilização penal da pessoa jurídica já era controvertida no seio doutrinário, mais combustível haverá ante o que restou decidido no bojo do Recurso Extraordinário 548.181.

Diante do quadro atual, da atmosfera de riscos, sobretudo gerados pela atividade econômica de grandes empresas, negar a previsão do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal não se apresenta como reflexão lúcida, na medida em que é o direito penal, como acontece com todo e qualquer ramo do direito, que deve se adaptar ao texto maior, e não o contrário.

Com efeito, Dias (2001) assinala a premência de se discutir (e construir), dogmaticamente, a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. A lúcida contribuição de Dias aplica-se ao momento atual, quando o STF, por intermédio do Recurso Extraordinário 548.181, mergulha fundo na análise da questão inerente à responsabilidade penal da pessoa jurídica (e suas implicações jurídico-penais). Consoante o referido autor:

Não vale sequer a pena pensar em assinalar ao direito penal a mínima capacidade de contenção dos mega-riscos próprios da sociedade de risco se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da *individualização da responsabilidade penal* (DIAS, 2001, p. 178-179).

Com base nisso, entende-se que a Constituição Federal de 1988 efetivamente previu, no artigo 225, § 3º, a possibilidade de responsabilização penal de uma pessoa jurídica por crimes contra o meio ambiente, cuja regulamentação veio a lume a partir da Lei 9.605/98, não estando esta, por absoluta lógica, condicionada à simultânea responsabilização da pessoa física dirigente daquela. Tendo em vista a importância conferida ao bem ambiental pela carta atual, conclui-se que a efetiva responsabilização penal do ente moral demanda uma nova arquitetura jurídico-penal, elaborada de modo independente daquela pertinente à pessoa física, razão pela qual a teoria da dupla imputação, até o momento adotada pelo STJ (e posta em destaque pelo STF), necessita ser revista.

3. Conclusão

Os extratos jurisprudenciais trazidos à reflexão traduzem o entendimento do STF em *cases* diferentes, relativos a três temáticas distintas, todas inerentes ao direito ambiental. Nota-se, em todos eles, um dado comum: a relevância conferida pela suprema corte brasileira ao bem ambiental e à necessidade de preservá-lo para a presente e as futuras gerações, exatamente como determina o texto magno no artigo 225 da Constituição Federal.

Não restam dúvidas, portanto, que a atual constituição – interpretada em última instância judicial – conferiu à tutela do meio ambiente uma nova e reconhecidamente inédita dimensão sociopolítica, consagrando, em definitivo, importantes princípios balizadores do direito ambiental, tais como os relativos à *responsabilidade socioambiental intergeracional*, ao *desenvolvimento sustentável* e à *precaução* concernente à proteção ambiental. A análise dos casos selecionados, em sua riqueza jurisprudencial, revela-se em mais um necessário indicativo do reco-

nhecimento quanto à notável magnitude que o meio ambiente representa para toda a humanidade, que, em última análise, dele participa na qualidade de parte integrante e indissociável.

Notas

1. Reis Friede. Mestre e Doutor em Direito Público pela UFRJ. Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local da UNISUAM. Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
2. Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.
§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.
§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.
3. Art. 21. As penas aplicáveis isoladas, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:
I – multa;
II – restritivas de direitos;
III – prestação de serviços à comunidade.
Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:
I – suspensão parcial ou total de atividades;
II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.
§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.
§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.
§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.
Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:
I – custeio de programas e de projetos ambientais;
II – execução de obras de recuperação de áreas degradadas;
III – manutenção de espaços públicos;
IV – contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.
4. O delito de poluição encontra-se tipificado da seguinte forma:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I – tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV – dificultar ou impedir o uso público das praias;

V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena – reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Referências

- ALVES, Elizabete Lanzoni. *Direito ambiental na sociedade de risco: a hora e a vez da ecopedagogia*. In *Revista Direito Ambiental e Sociedade/Universidade de Caxias do Sul*. Vol. 1, n. 1 (jan./jun. 2011). Caxias do Sul: Educs, 2011.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho: uma visão sistêmica*. São Paulo: LTr, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial de 2 set. 1981*, p. 16.509. Brasília, DF, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.
- _____. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial de 5 out. 1988*, p. 1 (anexo). Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.

- _____. Congresso Nacional. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial de 13 fev. 1998*, p. 1. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 30 abr. 2014.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial 610.114/RN. Relator: ministro Gilson Dipp. Data de decisão: 17 nov. 2005. Data de publicação: 19 dez. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1791277&sReg=200302100870&sData=20051219&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16.696/PR. Relator: ministro Hamilton Carvalhido. Data de decisão: 9 fev. 2006. Data de publicação: 13 mar. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2237356&sReg=200301136144&sData=20060313&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 abr. 2014.
- _____. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856/RJ. Relator: ministro Celso de Mello. Data de decisão: 26 mai. 2011. Data de publicação: 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em: 15 abr. 2014.
- _____. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Data de decisão: 24 jun. 2009. Data de publicação: 4 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 15 abr. 2014.
- _____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 548.181/PR. Relatora: ministra Rosa Weber. Data de decisão: 14 maio 2013. Data de publicação: 19 jun. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=402623>>. Acesso em: 16 abr. 2014.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- DUARTE, Lilian Cristina Burlamaqui. *Política externa e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2003.
- ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. *Lei 2.895, de 20 de março de 1998*. Autoriza a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre) para preservar e defender o patrimônio genético da espécie gallus-gallus. Rio de Janeiro, RJ, 1998. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/bff0b82192929c2303256bc30052cb1c/345541152a607a28032565e800666424?OpenDocument>>. Acesso em: 25 abr. 2014.
- FERNANDES, Fábio. *Direito ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FIORILLO, Celso A. O bem ambiental pela Constituição Federal de 1988 como terceiro gênero de bem, a contribuição dada pela doutrina italiana e a posição do

- Supremo Tribunal Federal em face do HC 89.878/10. In *Revista Direito Ambiental e Sociedade/Universidade de Caxias do Sul*. Vol. 1, n. 1 (jan./jun. 2011). Caxias do Sul: Educs, 2011.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- KISS, Alexandre. *Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução*. In VARELLA, Marcelo Dias Varella; PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MILARÉ, Edis. *A importância dos estudos de impacto ambiental*. In MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. Organizadores. São Paulo: RT, 2011. v. 4. (*Doutrinas essenciais, direito ambiental*).
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- ONU. Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, aprovada pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In *A Dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos*. Brasília: Fórum, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

A relevância do amparo do núcleo de apoio técnico para a adequada tutela jurisdicional do direito à saúde

Mário Augusto Quintero Celegatto¹

Juiz do Tribunal de Justiça do Paraná

Ricardo Chinelli Galera²

Assistente de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

Luiz Fernando Correia³

Estudante, Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL

Resumo: A saúde, atualmente, é classificada como um direito fundamental social, considerada por alguns como um direito subjetivo e por outros como indisponível, por estar estritamente ligada à vida. Apesar de a natureza do direito à saúde ser tema controverso no âmbito jurídico, sua importância e exigibilidade para a concretização da dignidade da pessoa humana são indiscutíveis. Ante a insatisfatória efetivação do direito à saúde por meio de políticas públicas somada à judicialização de tal direito, surgiu a necessidade de criação de um Núcleo de Apoio Técnico (NAT), o qual pode ser consultado pelo magistrado com o objetivo de auxiliá-lo nas decisões relacionadas a medicamentos e outros meios de tratamentos e procedimentos específicos, garantindo o acesso ao conhecimento técnico necessário para um julgamento seguro. Utilizando-se do método dedutivo, chega-se à conclusão de que o Núcleo de Apoio Técnico (NAT) é um importante respaldo para a atuação judicial na implementação de políticas públicas relacionadas ao direito à saúde.

Introdução

O ARTIGO ABORDA A DICOTOMIA existente entre a teoria constitucional e a implementação prática quando se trata de direito à saúde no Brasil, destacando a atuação do Poder Judiciário na garantia da prestação de serviços públicos de saúde de qualidade aos cidadãos do nosso país.

A saúde, atualmente, é classificada como um direito fundamental social, considerada por alguns como um direito subjetivo e por outros como indisponível, por estar estritamente ligada à vida. Apesar de a natureza do direito à saúde ser tema controverso no âmbito jurídico, sua importância e exigibilidade para a concretização da dignidade da pessoa humana são indiscutíveis.

Ante a insatisfatória efetivação do direito à saúde por meio de políticas públicas, somada à judicialização de tal direito, surgiu a necessidade de criação de um Núcleo de Apoio Técnico (NAT), o qual pode ser consultado pelo magistrado com o objetivo de auxiliá-lo nas decisões relacionadas a medicamentos e outros meios de tratamentos e procedimentos específicos, o que garante o acesso ao conhecimento técnico necessário para um julgamento seguro.

A pesquisa será desenvolvida por meio da aplicação do método dedutivo, apoiando-se nos conhecimentos proporcionados em análise minuciosa da Constituição Federal, das leis vigentes em nosso país, da doutrina, entre outros meios de informações jurídicas e fáticas.

Inicialmente, o artigo pretende destacar o direito à saúde na Constituição Federal, ademais de outras garantias.

Em um segundo momento, o trabalho se voltará ao Poder Judiciário como garantidor de direitos não implementados prontamente pelo Poder Executivo, no intuito de demonstrar a importância da atuação judicial para a efetivação do direito em comento, bem como dos direitos e garantias positivadas no texto constitucional.

A seguir será apresentado o Núcleo de Apoio Técnico (NAT), esclarecendo o nexa, a pertinência de sua implementação e a sua influência nas decisões judiciais.

Desse modo, apresenta-se o Poder Judiciário como instância efetivadora dos direitos fundamentais, em casos de omissão do Poder Executivo em oferecer serviços públicos de qualidade para todos os cidadãos.

1. O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988, dado seu conteúdo iminentemente humanístico, é essencial para a saúde, sendo a primeira constituição brasileira a positivar a saúde como um direito fundamental de interesse público, ao declarar, em seu artigo 196, que a “saúde é um direito de todos e dever do Estado”. O direito à saúde é constitucionalmente consagrado como um direito social (art. 6º) de competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (art. 23), assegurado a todos os cidadãos e de prestação obrigatória pelo poder público (art. 196), mas aberto à iniciativa privada (art. 199).

Canotilho (1993, p. 667) esclarece ser a saúde um direito social, independente das imposições constitucionais que tenham por objetivo garantir sua eficácia e das prestações que são fornecidas pelo Estado para assegurá-lo. Considerada direito fundamental, a saúde demonstra a compreensão dos constituintes com a vida humana como bem supremo (BULOS, 2014, p. 1.568).

Considerar o direito à saúde como um direito de todos afasta a classificação do art. 196 da Constituição Federal como norma programática, incapaz de produzir efeitos imediatos. De modo inverso, há um direito subjetivo do indivíduo em face do Estado, e, como contrapartida na relação jurídica, o dever fundamental de o Estado prestar a saúde.

Esse dever do Estado é concretizado por meio de políticas públicas, sociais e econômicas que tenham por escopo a redução de doenças, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Evidencia-se a sua dimensão preventiva. A constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) de 1946 estipula essa definição ampla para a saúde: “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade”. Do mesmo modo, o art. 198, II, do texto constitucional prescreve que as ações e serviços públicos de saúde organizam-se para o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, entre outras diretrizes.

Trata-se, portanto, de um poder-dever do Estado. Ele necessita agir. E não só agir, mas também atuar de forma eficiente, garantindo a todos um amplo acesso à saúde. O poder público não pode se omitir, deixar de

desenvolver políticas públicas que priorizem a profilaxia ou não as colocar em prática. Além disso, precisa prestar atendimento aos enfermos condizente com a dignidade do ser humano.

As políticas públicas no âmbito da saúde, preferencialmente preventivas, não podem conter preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. Em outras palavras, predomina o princípio da igualdade na assistência à saúde. Além de garantir o acesso para todos e de forma igualitária, as políticas públicas buscam a promoção, proteção e recuperação da saúde.

O direito à saúde envolve um universo diversificado, não se restringindo unicamente à assistência prestada pelo médico ao doente; deve ir além. A prevenção precisa ser vista como prioritária. Assim sendo, constata-se que a ineficácia de algumas ações ligadas à concretização do direito em análise não ocorre pela falta de positividade, seja em âmbito constitucional ou legal, mas tem relação com outros fatores, como, por exemplo, questões relacionadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde. Diante disso, o cidadão está buscando no Poder Judiciário amparo para a concretização do direito constitucional a uma saúde digna, o que vem proporcionando demandas de alta complexidade, tendo em vista tratarem de temas poucos afeitos aos magistrados.

2. Ativismo judicial e o direito à saúde

A saúde, embora seja um direito fundamental, não ostenta caráter absoluto. A relatividade dos direitos fundamentais é uma de suas características mais conhecidas, de modo que, havendo conflitos entre eles (direitos fundamentais), cabe o sopesamento de um sobre o outro pelos critérios estabelecidos em lei. Nesse sentido, o Judiciário é, em grande maioria, o responsável por ponderar e relativizar esses direitos.

A questão da judicialização dos direitos sociais, especialmente quando se trata do direito à saúde, assume contornos ainda mais delicados, por conta da própria natureza desse direito, fortemente vinculado à vida, que é direito inalienável nos moldes da Constituição. Dessa maneira, ao se tratar da possibilidade de interferência do Poder Judiciário no destino de recursos públicos, determinando a concessão de medicamentos e tratamentos aos jurisdicionados, surge obrigatoriamente uma questão com-

plexa, visto que está em jogo “o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros” (BARROSO, 2013, p. 161).

Diante da escassez, da fragilidade e da ineficiência dos órgãos públicos protetores do direito à saúde, há um considerável aumento pela busca do Poder Judiciário por aqueles que tentam salvaguardá-lo.

Sucedo que a grande maioria dos casos relacionados ao direito à saúde exige uma urgência especial para a sua solução. Essa atuação dos magistrados nas demandas que envolvem o direito à saúde é destacada por Dirceu Siqueira (2009, p. 175), o qual afirma que isso se dá pelo fato de tal direito estar diretamente ligado ao direito à vida, e de o manuseio inadequado dos instrumentos processuais trazer sérias consequências aos demandantes, o que requer uma atuação mais efetiva por parte do juiz. Nesse ponto, diante da ausência de conhecimento médico pelo magistrado, faz-se necessária a comunicação entre os saberes para que se alcance a concretização do direito à saúde. Eis aqui uma outra premissa lógica: do magistrado é exigível o conhecimento jurídico, sendo que, em havendo necessidade de outros conhecimentos técnicos alheios ao direito, deve o juiz se servir de auxiliares ou de mecanismos próprios.

O acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB), garantido a todos, é o meio utilizado para materialização de direito e, por consequência, reflexo de respeito e credibilidade à garantia do estado democrático de direito (TOMÉ, 2014, p. 13). A despeito do que preceitua o princípio do acesso à justiça, a mera declaração do direito traz apenas expectativa, não significando a realização de justiça, de modo que a satisfação da sociedade (a conclusão da lide sociológica, a pacificação social), enquanto jurisdicionada, se dará no momento da aplicação do direito, da concretização dos direitos fundamentais, alterando sua realidade social; assim, terá o cidadão a satisfação da sua pretensão (NEME; MOREIRA, 2011, p. 21).

Diante da escassez,
da fragilidade e
da ineficiência dos
órgãos públicos
protetores do
direito à saúde, há
um considerável
aumento pela
busca do Poder
Judiciário por
aqueles que tentam
salvaguardá-lo

Por conseguinte, a atuação judicial deve garantir a efetivação do direito à saúde, mas, ao mesmo tempo, atentar-se para a preservação da harmonia entre os poderes da República. Portanto, a intervenção do Poder Judiciário se restringe a verificar se as políticas públicas realizadas pelos órgãos competentes atendem aos princípios constitucionais do acesso universal e igualitário. E essa função é exercida mediante a produção de textos jurídicos, que derivam de outros textos.

3. A importância do suporte oferecido pelo núcleo de apoio técnico à atuação jurisdicional

A carência na efetivação dos direitos fundamentais trouxe, em via consequente, um protagonismo excessivo do Poder Judiciário, conhecido por ativismo judicial, representando este poder um socorro para a sociedade, perante a negativa da prestação administrativa, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde. Diante desse ajuizamento excessivo de ações objetivando garantir a efetivação dos direitos fundamentais inseridos na carta magna e diante da falta de conhecimento técnico dos profissionais incumbidos de realizar o julgamento das demandas, surgiu a necessidade da criação de um sistema de integração e amparo ao Poder Judiciário com o objetivo, entre outros, de assegurar um julgamento mais justo àqueles que procuram a solução judicial.

Diante disso, a partir da necessidade de analisar as peculiaridades de cada caso, levando em consideração os postulados axiológicos da reserva do possível e do mínimo existencial e os demais princípios constitucionais, foi criado um sistema de pareceres técnicos elaborados por especialistas da área da saúde para dar atendimento às resoluções 107/2010 e 238/2016 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a fim de dar mais elementos técnicos relativos ao assunto a juízes de todo o Brasil. Trata-se de uma iniciativa cujo propósito não é eliminar a judicialização da saúde, mas oferecer ao Judiciário um respaldo técnico para a análise dessas demandas, contribuindo inclusive na prevenção de fraudes envolvendo a prestação de serviços de saúde.

A criação do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) atende, ainda, à recomendação 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça,

que “recomenda aos Tribunais a adoção de medidas com o objetivo de oferecer apoio técnico para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde”.

Em suma, a finalidade essencial do programa é fornecer aos magistrados informações na área da saúde, por meio de pareceres técnicos emitidos por médicos e farmacêuticos, com vasto conhecimento e experiência na área da saúde, depois de verificadas as informações constantes dos autos, de modo a possibilitar maior qualidade, conhecimento e segurança sobre aspectos médicos e farmacêuticos nas demandas de saúde, principalmente por ocasião de pedidos de tutela antecipada ou liminares. Assim, o NAT recebe solicitações judiciais de informações sobre diferentes aspectos relacionados ao direito à saúde e elabora pareceres técnicos visando auxiliar os juízes a decidir sobre pedidos de medicamentos, realização de cirurgias ou outros tratamentos.

Expostos os motivos que de fato levaram o Conselho Nacional de Justiça a implementar o NAT, foi elaborado, pelo próprio CNJ, o Enunciado 59 da II Jornada de Direito da Saúde, o qual determina: “As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências”. A medicina baseada em evidências consiste na padronização de medicamentos de componentes especiais, apresentando-se como a via mais adequada para atender a sociedade. No entanto, se faz necessária a demonstração da eficácia do medicamento para o tratamento da enfermidade, de acordo com o caso clínico apresentado, já que essa medida representa um padrão a ser estabelecido na política pública proposta pelo Estado.

Para demonstrar a importância do NAT para a tutela do direito à saúde, cita-se o Estado do Paraná, que se utiliza do núcleo desde 2013, tanto na esfera federal quanto na estadual, conforme pode ser documentado a partir do seguinte trecho:

De acordo com Gebran Neto, trata-se de importante conquista, que se concretizou graças a decisiva atuação do presidente do TJPR que acolheu proposta do Comitê da Saúde do Paraná e abrigou o funcionamento do Núcleo, em atenção à Recomendação nº 31 do CNJ.

‘Inicialmente o NAT contará com quatro ou cinco médicos (cedidos pelo TJPR, pela SESA e pelas operadoras de plano de saúde) e uma funcionária do TJPR, tendo esta última o encargo de receber as solicitações e encaminhá-las a um dos médicos.’

O CNJ e o Comitê Executivo da Saúde constaram que as questões técnicas – como a adequação do medicamento ou terapia proposta, a indispensabilidade de determinado remédio, eficácia curativa ou paliativa do tratamento, a fundamentação da prescrição em protocolos clínicos ou em medicina baseada em evidências e o respectivo grau de evidência, existência da aprovação do fármaco na ANVISA para a finalidade indicada, entre tantas outras questões – consistem atualmente na maior dificuldade enfrentada pelos magistrados para a decisão inicial da lide, vez que a urgência impede que uma cognição exauriente seja realizada até que seja tomada uma decisão concreta. Por isso a importância da instituição do NAT e dos pareceres técnicos. Importante destacar que não se trata de órgão para realização de perícia judicial, mas apenas responsável por emissão de parecer técnico, frente ao caso concreto (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ).

A finalidade dessa iniciativa não é eliminar a judicialização da saúde, mas qualificar o Judiciário no processo de análise de demandas, como em pedidos de acesso a um tratamento específico. Esse respaldo técnico tem como finalidade ajudar a prevenir fraudes envolvendo a prestação de serviços de saúde.

Portanto, nota-se que a padronização de um tratamento a cada tipo de doença seria, grosso modo, a pretensão do programa, de maneira que a implementação de tal medida, associada a outras diligências, poderá trazer resultados significativos para o desafogamento do Judiciário e, ainda, atender de forma efetiva aos cidadãos que se socorrem do Judiciário para requerer seus direitos.

Considerações finais

O trabalho apresentou um estudo básico e elementar sobre o direito à saúde, com o intuito de demonstrar a importância da intervenção do

Poder Judiciário, bem como os mecanismos a ele disponibilizados para que seja alcançada a efetivação do direito à saúde quando isso não ocorre por meio de ações da administração pública.

O primeiro passo, para tanto, foi a apresentação do direito à saúde na carta magna, inclusive com seus desdobramentos. Na sequência, foram tecidas considerações pertinentes a respeito do Núcleo de Apoio Técnico (NAT). Evidenciou-se que a falta de efetividade das práticas do sistema público de saúde origina um número exacerbado de ações judiciais contra os entes federados na busca da garantia do direito fundamental social à saúde.

Por isso, ante a imprescindibilidade da atuação judicial na efetivação dos direitos relativos à saúde, em razão da inércia do Poder Executivo, o Conselho Nacional de Justiça-CNJ propôs a criação de auxílio técnico de saúde ao Judiciário, denominado Núcleo de Apoio Técnico (NAT), o qual tem por objetivo apresentar aos magistrados pareceres técnicos, colaborando para a justiça das decisões.

Desse modo, os pareceres técnicos confeccionados pelo NAT são sobretudo úteis para respaldar a decisão a ser proferida pelo magistrado. Porém, sua relação com o direito é feita conforme determinam as normas jurídicas, mais especificamente a regulamentação apresentada pelo CNJ nas resoluções 107/2010 e 238/2016 e na Recomendação 31, de 2010.

Diante do exposto, acredita-se que a pesquisa apresentada pode colaborar para maior efetivação do direito à saúde no Brasil, ação essencial para o aumento da expectativa de vida dos brasileiros e um grande passo para o desenvolvimento do país.

Notas

1. Mário Augusto Quintero Celegatto. Juiz do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, Coordenador do Núcleo de Cursos à Distância da EMAP – Escola da Magistratura do Paraná, Professor da EMAP – Escola da Magistratura do Paraná, Professor no CPIURIS, Professor em diversos cursos de pós-graduação, Mestrando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Especialista em Direito Processual, Bacharel em Direito pela PUC-MG, palestrante em diversas instituições.
2. Ricardo Chinelli Galera. Assistente de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, Especialista em Direito Civil, Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

3. Luiz Fernando Correia. Estudante, Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL, Bacharel em Direito.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia. *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 159-187.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 1993. p. 667.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NEME, Eliana Franco. MOREIRA, José Cláudio Domingues. O acesso à justiça como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais: possibilidades do sistema interamericano de proteção dos direitos do homem. *Argumenta: Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica-UENP*. n.14 (janeiro/junho). Jacarezinho, 2011. p. 13-33.
- PARANÁ. Justiça Federal. *Comitê da Saúde – Comitê Executivo – Ata da 26ª Reunião do Comitê Executivo Estadual para Monitoramento das Demandas de Assistência à Saúde*. Disponível em: <https://www.jfpr.jus.br/saude/ata_26.php>. Acesso em: 07 de julho de 2017.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Núcleo de Apoio Técnico (NAT) vai emitir pareceres técnicos na área do Direito à Saúde*. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/nucleo-de-apoio-tecnico-nat-vai-emitir-pareceres-tecnicos-na-area-do-direito-a-saude/18319?doAsUserId=ltavfedr&inheritRedirect=false>. Acesso em: 07 de julho de 2017.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A inefetividade do direito fundamental à saúde, como fator determinante para a aplicação dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, n. 10, p. 169-181, jan.-jun.. 2009. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/132/132>>. Acesso em: 26 jan. 2018.
- TOMÉ, Levi Rosa. *Menos forma, mais justiça: a necessária simplificação do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Ações afirmativas, justiça e igualdade

Clèmerson Merlin Clève¹

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (graduação, mestrado e doutorado)

Resumo: Com base na leitura das teorias da justiça de John Rawls e Amartya Sen, encontram-se nas ações afirmativas os exemplos de políticas públicas para a mitigação das desigualdades sociais e do determinismo racial no Brasil. Ao se procurar implementar a justiça por meio desses instrumentos, visa-se a uma justa distribuição de direitos e recursos, sempre escassos e custosos. As ações afirmativas permitem a correção das desigualdades naturais em busca de uma sociedade igualitária. Portanto, é dever do Estado atuar positivamente para a redução dessas desigualdades, tendo em vista os princípios plasmados na Constituição Federal de 1988, como democracia, república, justiça social e igualdade, que fundamentam essa ação.

1. As ações afirmativas são justas?²

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 DEFINE O ESTADO BRASILEIRO como democrático e de direito³. Ora, o estado democrático de direito deve ser compreendido como um estado de justiça. Não de qualquer justiça, subjetiva e arbitrariamente orientada, ou idealisticamente deduzida de parâmetros residentes fora ou sobre a Constituição, mas sim de uma justiça historicamente determinada e juridicamente conformada pela própria

Constituição. O ordenamento jurídico do estado democrático de direito há de ser apreendido não apenas como aquele formalmente desenhado pela ação dos órgãos legislativos. Trata-se, antes, de apreendê-lo como bloco de ordenação normativa proveniente da ação daqueles órgãos, mas dotado de um sentido substantivo determinado. A ordenação jurídica desse estado haverá de ser, necessariamente, uma ordenação justa.

O conteúdo das emanções normativas do Estado brasileiro encontra-se orientado para produzir uma ordem jurídica justa. Nos termos do preâmbulo da carta de 1988, os constituintes reuniram-se para “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, na ordem interna e internacional”. Não cabe, aqui, discutir o valor normativo do preâmbulo⁴. É suficiente verificar que o preâmbulo, no mínimo, presta-se para informar a principiologia que orienta o Estado brasileiro e sua produção normativa.

Da atenta leitura da Constituição é possível deduzir uma série de princípios e objetivos indicadores do conteúdo da dinâmica de conformação legislativa. Referido conteúdo se expressa mediante regras ou princípios incrustada na Constituição (democracia, república, legalidade, segurança, justiça social e igualdade, entre outros) que, agrupados em torno dos direitos fundamentais, produzem o núcleo substantivo da ordem jurídica brasileira. Ora, a reserva de justiça condensada na lei maior vincula todos os órgãos constitucionais⁵. Embora ela autorize várias leituras (comunitária, republicana e liberal igualitária), repelindo outras (libertária, anárquica, perfeccionista ou comunista), condensa um núcleo substantivo compartilhado pelas mais importantes teorias da justiça. Além disso, cumpre reconhecer que as diferentes *concepções de justiça*, no sentido de Perelman e John Rawls, plurais e substantivas, implicam cosmovisões singulares sobre o que é justo, completando com conteúdo o *conceito* formal, para fornecer critérios de escrutínio para a qualificação ou justificação de situações (normativas ou fáticas) como justas ou injustas. Ora, numa sociedade aberta e democrática, “na medida em que sabemos onde residem os desacordos, mais possibilidades haverá de superá-los”⁶. De qualquer modo, há na reserva de justiça incrustada na Constituição um núcleo

duro que aponta para a igualdade, inclusive fática, simultaneamente direito, princípio e objetivo, enquanto critério para o escrutínio da justiça das posições sociais, de modo que a conexão entre justiça e igualdade deve estar presente não apenas no momento da aplicação do direito, mas também no anterior identificado com a sua construção normativa e institucional. A igualdade, na hipótese, é “um ideal a ser alcançado, e está implícito em toda e qualquer concepção plausível de justiça política”⁷. Nesse caso, a sociedade é justa porque considera os cidadãos iguais. Ora, “isso exige instituições e normas que promovam a igualdade factual, isto é, políticas sociais de igualação ou equiparação”⁸.

Falemos um pouco sobre a mais conhecida teoria da justiça inscrita no campo liberal igualitário. Para John Rawls, é possível imaginar um acordo hipotético – um contrato social – em função do qual as pessoas escolheriam, com base em uma posição original, os princípios reitores da sociedade⁹. Rawls chama este artifício de “véu de ignorância”. As pessoas, desconhecendo a posição futura na qual residirão e também quais bens e princípios seriam disputados no meio social, consentem – previamente – sobre a ordenação da sociedade.

Como lembra Michael Sandel, ao ocultar a posição das pessoas na sociedade, “suas forças e fraquezas, seus valores e objetivos, o véu de ignorância garante que ninguém possa obter vantagens, ainda que involuntariamente, valendo-se de uma posição favorável de barganha”¹⁰. Em verdade, Rawls manifesta oposição tanto ao utilitarismo como ao intuícionismo na sua teoria da justiça¹¹. No seu sentir, sob o “véu de ignorância”, desconhecida pelos contratantes a posição social que cada um ocupará, é possível escolher um conjunto de princípios para a ordenação da sociedade, implicando, para todos, a livre busca de objetivos e o tratamento com igual consideração e respeito.

Sobre a escolha dos princípios de justiça, para Rawls as condições procedimentais imparciais conduziriam à formação da “justiça como equidade”. Ora, os princípios de justiça imparciais são aqueles que resultam das escolhas realizadas por pessoas livres, racionais, interessadas em si mesmas, situadas na posição original de igualdade. Nesta posição, os indivíduos escolheriam “bens primários”, como anota Roberto Gargarella:

Os 'bens primários' que Rawls supõe são de dois tipos: a) os bens primários de tipo social, que são diretamente distribuídos pelas instituições sociais (como a riqueza, as oportunidades, os direitos); e b) os bens primários de tipo natural, que não são distribuídos diretamente pelas instituições sociais (como, por exemplo, os talentos, a saúde, a inteligência etc.).¹²

A oposição ao utilitarismo¹³ fica evidente quando Rawls sustenta que, diante da "loteria natural", uma minoria religiosa, étnica ou econômica, não pode ser oprimida, mesmo em nome do "bem comum" ou da "felicidade" da maioria.

Nuclear para a teoria de Rawls é o "princípio da diferença", segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas só podem ser toleradas caso promovam o benefício dos que ocupam as posições menos vantajosas dentro da comunidade. O princípio da diferença substancia, de certa maneira, um corretor das desigualdades naturais. Nos termos do princípio, a distribuição de renda e de oportunidades não pode ser fundada em pautas arbitrárias.

Explica Sandel:

Permitir que todos participem da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partida diferentes, dificilmente será uma corrida justa. É por isso, argumenta Rawls, que a distribuição de renda e fortuna que resulta do livre mercado com oportunidades formalmente iguais não pode ser considerada justa. [...] Uma das formas de remediar essa injustiça é corrigir as diferenças sociais e econômicas. Uma meritocracia justa tenta fazer isso, indo além da igualdade de oportunidades meramente formal. Ela remove os obstáculos que cerceiam a realização pessoal ao oferecer oportunidades de educação iguais para todos, para que os indivíduos de famílias pobres possam competir em situação de igualdade com os que têm origens mais privilegiadas.¹⁴

A igualdade de posições – para além da perspectiva da igualdade formal de oportunidades – exige a implementação de políticas para compensar ou assistir minorias, adotando meios para que todos os membros

de uma determinada comunidade possam, ao menos, ter a mesma situação para o desenvolvimento de suas habilidades, implicando isso análogo “ponto de partida”¹⁵ para todos.

Na obra *Uma Teoria da Justiça*¹⁶, Rawls afirma como não defensáveis as teses que argumentam no sentido de que as instituições são sempre falhas, pois a distribuição dos talentos naturais e as contingências advindas das condições sociais são injustas. Se, em verdade – é o que sustenta –, a distribuição natural, *per se*, não pode ser avaliada como justa ou injusta, a avaliação da justiça ou injustiça da sociedade decorre da forma como as instituições lidam com os fatos naturais. E é justamente neste registro que sua obra se desenvolve ao defender que as instituições elementares da sociedade *devem ser* justas. Portanto, a justiça política supõe um conjunto de princípios que, incidindo sobre as instituições básicas da sociedade, reclamam uma distribuição adequada das cargas e dos benefícios da co-operação social.

A preocupação de Rawls com a implementação da justiça antevê, portanto, o manejo de instrumentos adequados visando uma justa distribuição de direitos e recursos, sempre escassos e custosos¹⁷. Por isso, as ações afirmativas constituem uma forma de correção das desigualdades naturais em sociedades atravessadas por disparidades de diversas ordens. A sociedade igualitária poderia ser alcançada, sustenta o autor, “se cada pessoa contasse com o mesmo conjunto de *bens primários* – entendendo por tais, aqueles bens que todo mundo gostaria de ter porque constituem meios indispensáveis para realizar qualquer plano de vida”¹⁸. Ora, Rawls inclui entre eles as liberdades e direitos, as oportunidades e a renda ou riqueza.

Também Dworkin, compartilhando vários dos pressupostos de Rawls, embora mais preocupado com a distribuição de recursos e a questão da responsabilidade pessoal das pessoas com relação às escolhas que fazem, envida esforços para desenhar uma concepção liberal e igualitária da justiça política¹⁹.

As concepções igualitárias de Rawls e Dworkin, substanciando contribuições inestimáveis para o debate contemporâneo, são, todavia, ainda prisioneiras da ideia de justiça de *meios*, que implicam, de certa forma, manifestação de certo desinteresse pelos *resultados* da ação humana²⁰. Ora, Amartya Sen elabora um pensamento que ultrapassa a dicotomia

justiça dos meios/justiça dos resultados, de modo que “a essência da justiça não repousa nem sobre a igualdade de meios (direitos e recursos), nem sobre a igualdade de resultados (nível de bem-estar), mas sobre a igual *capacidade* dos indivíduos de fazer com os meios os resultados que reclamam a sua concepção de vida”²¹. A proposta de Amartya Sen aponta, portanto, para uma crítica das concepções de justiça marcadas pelo compromisso exclusivamente redistributivista. Ora, os mesmos recursos

A satisfação das capacidades para o exercício efetivo das liberdades, supõe, obviamente, um atuar positivo do Estado, concretizado por meio da adoção de políticas públicas capacitantes

serão convertidos em resultados de maneira distinta, por pessoas diferentes, conforme as condições concretas que experimentem. Daí a preocupação com a *capacidade* e, mais do que isso, com a igual capacidade de todos para o exercício efetivo das liberdades²². Ora, as pessoas reúnem um conjunto muito diferente de condições para transformar meios em resultados. Sen pensa em *funcionamentos* (condições) muito diferentes, desde os “mais elementares, tal como conseguir um nível nutricional adequado, até os mais complexos, como alcançar o autorrespeito ou o reconhecimento em sociedade”²³. A sa-

tisfação das capacidades para o exercício efetivo das liberdades, supõe, obviamente, um atuar positivo do Estado, concretizado por meio da adoção de políticas públicas capacitantes. Nesse sentido, as ações afirmativas, e entre elas, as cotas, são apenas algumas das políticas que podem ser adotadas.

Neste ponto, importa ir além da polêmica desenvolvida, há algum tempo, entre os que propõem políticas públicas de redistribuição e aqueles que defendem ações concebidas com base na lógica do reconhecimento. Talvez seja o caso de concordar com Axel Honneth, para quem a justiça distributiva é, ao fim e ao cabo, também uma forma de reconhecimento²⁴. Ou mesmo de admitir, com Nancy Fraser, que a justiça requer, simultaneamente, políticas de distribuição e de reconhecimento, políticas estas que podem ser conciliadas²⁵. Aliás, devem ser conciliadas, convém acrescentar, quando se está a cuidar da constituição brasileira.

Os Estados Unidos buscaram, ao longo das últimas décadas, promover a correção de injustiças sociais decorrentes de uma história marcada pela segregação racial por meio da implementação de ações afirmativas²⁶. Por isso, o Caso *Bakke* é tratado como paradigmático nas questões referentes às ações afirmativas.

Ronald Dworkin relata que:

Em 1978, no famoso processo *Bakke*, a Suprema Corte decretou que os planos de admissão sensíveis à raça não violam a 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que declara que ‘nenhum estado poderá negar a qualquer pessoa a igual proteção das leis’, contanto que tais planos não estipulem quotas fixas para qualquer raça ou grupo, porém considerem a raça somente como um fator entre outros. Em 1996, porém, no processo *Hopwood*, o Quinto Tribunal Itinerante de Apelação declarou inconstitucional o programa de admissões da Faculdade de Direito da Universidade do Texas, e dois dos três juízes que constituíram a maioria desse processo declararam que o veredicto de *Bakke* fora anulado, embora não expressamente, por decisões mais recentes da Suprema Corte²⁷.

As polêmicas envolvendo as ações afirmativas são múltiplas. Enquanto os defensores insistem na importância da adoção de políticas sensíveis para diminuir ou extinguir o impacto da condição vulnerável no longo prazo, seus críticos entendem que a ação afirmativa, ao invés de emancipar os negros, os “sacrificou” ao perpetuar a noção de inferioridade perante os brancos, resultando em novas tensões pertinentes à a questão racial e não sendo capaz de os integrar de maneira efetiva a uma comunidade “indiferente à cor” (*color blind*).

No campo universitário, duas propostas relativas às ações afirmativas merecem ser lembradas. A primeira é a da promoção da *igualdade de posições*, ou seja, mesmo que um diploma universitário não constitua garantia de uma carreira de sucesso, tem o forte potencial de “abrir portas” e auxiliar a superação de estereótipos negativos. A segunda trata da necessidade de formação de lideranças, pessoas que possam ocupar postos privilegiados na comunidade e também mitigar a perspectiva preconceituosa do determinismo racial.

Nas sociedades com minorias subrepresentadas é importante a adoção de medidas tendentes a remediar as desigualdades e impedir a perpetuação da estratificação social, ou seja, da dominação de um grupo hierárquico que se consolida em função de determinado arranjo desigual nas divisões de poder e renda na comunidade.

A subrepresentação social de uma minoria, por consequência, afetará o acesso desta aos bens sociais disponíveis. No caso, a educação superior é tratada como um recurso valioso e escasso. As ações afirmativas motivadas por fatores raciais são defendidas por Dworkin da seguinte maneira:

É possível distinguir a ação afirmativa do uso maligno da raça, pelo menos em princípio, de duas maneiras. Em primeiro lugar, podemos definir um direito individual que as formas malignas de discriminação violam, mas em programas bem elaborados de ação afirmativa não o fazem: esse é o direito fundamental que cada cidadão tem de ser tratado pelo governo, como igualmente dignos de consideração e respeito. Nega-se esse direito ao cidadão negro quando as escolas justificam a discriminação contra ele recorrendo ao fato de que outras pessoas têm preconceito contra membros de sua raça.²⁸

Nos Estados Unidos, a cláusula da igual proteção visa proteger os cidadãos de discriminações ou classificações desvantajosas. Contudo, não há violação da referida cláusula quando um grupo de interesse, um coletivo, não é favorecido por determinada decisão política, manifestando-se violação apenas quando o fato implicar redução a uma posição desvantajosa.

Para Dworkin, a cláusula não constitui uma garantia de que todos serão contemplados pelos benefícios das decisões políticas, mas de tratamento igualitário – com igual consideração e respeito – nas deliberações e nos processos políticos que produzem tais decisões²⁹.

Ademais, de acordo com o autor citado, a adoção do critério da raça, na promoção das ações afirmativas, não viola qualquer direito individual daqueles que pleiteiam ingresso na universidade. Logo, Cheryl Hopwood, a estudante preterida que reivindicou vaga na faculdade de direito da Universidade do Texas, para Dworkin, não teria razão ao de-

fender o critério do mérito como único a autorizar o acesso ao ensino superior. Nenhum candidato teria o direito de compelir a universidade a conformar sua política de admissão de modo a prestigiar determinadas características em detrimento de outras (no caso, o mérito)³⁰.

O último caso em debate nos Estados Unidos cuidando das ações afirmativas envolveu demanda proposta por Abigail Fisher contra a Universidade do Texas, na qual a autora alegou ter sido preterida em razão da cor de sua pele, fato que violaria a cláusula de igual proteção dos cidadãos da 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos. A Universidade do Texas, em sua defesa, lembrou que a instituição utilizou critério de segregação racial por 70 anos e que seu primeiro aluno negro, Heman Sweatt, só foi admitido em 1950, de acordo com o precedente *Sweatt v. Painter*. Mais do que isso, sustentou que em 2003, no caso *Grutter v. Bollinger* – através do qual foi revisto o entendimento anterior derivado de *Hopwood v. University of Texas School of Law* (1996) –, foi reconhecida a constitucionalidade das admissões baseadas em raça.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão no julgamento da ADPF 186, aforada pelo partido Democratas contra a política de cotas étnico-raciais para o ingresso de estudantes na Universidade de Brasília – que reservava 20% das vagas para negros e um pequeno percentual para indígenas pelo prazo de 10 anos. O STF julgou a ADPF 186 improcedente por unanimidade em abril de 2012, criando, desta forma, um importante precedente referente à constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil³¹.

Ações afirmativas voltadas para a ampliação das possibilidades de ingresso, de grupos vulneráveis, nas universidades federais e instituições federais foram previstas pela Lei 12.711/12, nos termos da qual:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o *caput* deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos

de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita. [...] Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Parágrafo único. No caso de não preenchimento das vagas, segundo os critérios estabelecidos no *caput* deste artigo, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

A lei também prevê a revisão periódica do programa de inclusão social, do seguinte modo:

Art. 7º O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior.³²

A lei em questão foi regulamentada pelo Decreto 7.824/12, que concebeu a criação do “Comitê de Acompanhamento e Avaliação das Reservas de Vagas nas Instituições Federais de Educação Superior e de Ensino Técnico de Nível Médio”, bem como privilegiou o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) como critério de avaliação dos estudantes para o ingresso nas instituições federais de educação superior³³.

Deve-se tomar o cuidado de não reduzir a abrangente questão das ações afirmativas (que se manifestam de diversas formas e por meio de distintas políticas) com a utilização de cotas nas universidades para a admissão de minorias sociais e economicamente segregadas. As ações afirmativas, afinal, se encaixam numa perspectiva mais ampla da busca por remediar as desigualdades existentes na sociedade (boa parte proveniente da loteria natural). De qualquer modo, a utilização das ações afirmativas é emblemática, e pode servir de modelo para outras tentativas de corre-

ção de distorções injustas das posições ocupadas pelas pessoas originariamente.

Existem vários mecanismos de ações afirmativas e o uso de cotas é apenas um deles. No caso das pessoas com deficiência, o artigo 37, VIII, da Constituição Federal patrocina a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos³⁴, enquanto a Lei 7.853/89 foi um distinto marco regulador, com a previsão de políticas afirmativas de direitos em setores como educação, saúde, formação profissional, recursos humanos e edificações³⁵.

No que tange à proteção dos idosos, o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03, protege o direito ao atendimento prioritário a eles, nos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população, prioridade no recebimento da restituição do imposto de renda bem como na formulação e execução de políticas públicas específicas.

Em ADI aforada no ano de 2006, a Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano (NTU) alegou a inconstitucionalidade do artigo 39 da referida lei, que assim dispõe: “Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.” A ADI 3.768-4/DF em questão teve o seguinte julgamento:

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 39 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos aos que têm mais de 65 (sessenta e cinco) anos. Direito constitucional. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Norma legal que repete a norma constitucional garantidora do direito. Improcedência da ação. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Ainda, pode-se colacionar a questão referente à cota de, no mínimo, 30% de candidaturas de gêneros distintos, conforme disposto pela Lei 9.504/97:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, até cento e cinqüenta por cento do número de lugares a preencher. [...] § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).³⁶

Com a Resolução 23.373/2011, do Tribunal Superior Eleitoral, houve mudança substancial em relação ao entendimento da referida lei, implicando passagem da simples reserva de 30% das vagas para um mínimo obrigatório. Cabe ao Ministério Público Eleitoral a fiscalização do devido cumprimento deste percentual pelos partidos nas eleições, sendo oportunas a informação e conscientização dos partidos da importância da pluralidade de gênero no pleito eleitoral.

2. O princípio constitucional da igualdade

Afirmativas, portanto, são chamadas as ações e políticas públicas implementadas para a efetivação do princípio constitucional da igualdade. Este, um dos pilares da democracia moderna, substancia direito fundamental, princípio, objetivo e elemento nuclear da *reserva de justiça*³⁷ plasmada na Constituição Federal. A propósito, assevera Joaquim Barbosa Gomes:

Concebida para o fim específico de abolir os privilégios característicos do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, na posição social, essa concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX.³⁸

Mais do que igualdade perante a lei, trata-se de exigir consideração isonômica na lei, de modo a superar a inconsistência da proclamação meramente formal. Como bem observa Fábio Konder Comparato, “sempre se suspeitou que a abstração isonômica servisse apenas para encobrir as terríveis desigualdades de fortuna e condição material, no seio do povo”³⁹.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, aliás, assevera que:

o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado da isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha até então cuidado. Conclui-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.⁴⁰

Há, hoje, no Brasil, consenso a respeito da necessidade de uma concepção substantiva do princípio da igualdade, implicando olhar atento sobre as diferentes condições reais que apartam os seres humanos na concretude de suas existências, de sorte a exigir que situações dessemelhantes sejam tratadas, por meio de políticas públicas especialmente concebidas, de forma adequada, tudo para a superação das heranças trágicas que, desgraçadamente, entre nós abraçam a muitos. Concorde-se, portanto, que do Estado cabe exigir mais do que a satisfação formal do direito fundamental ou a ação, omissiva ou comissiva, para prevenir ou a reprimir inaceitável discriminação. É dever do Estado atuar positivamente para a redução das desigualdades sociais.

Cumpra, na altura, lembrar que Celso Antônio Bandeira de Mello formula teoria que possibilita observar os casos em que a atuação do Estado para a equalização das desigualdades é pertinente. Observa o jurista que existem três tópicos a serem considerados no momento do reconhecimento das diferenciações:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o

fator erigido em critério de descrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.⁴¹

Deve-se, diante do exposto, investigar o critério adotado como discriminador, se esse parâmetro atende a uma justificativa racional, para a edição de tratamento jurídico específico para o caso objeto da desigualdade e, ainda, observar se não ocorre qualquer conflito com os axiomas dispostos na lei fundamental⁴².

Por outro lado, sustenta Joaquim Barbosa Gomes:

Como se sabe, a ideia de neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inumeráveis dispositivos constitucionais e legais, muitos deles promulgados com o objetivo expresso de fazer cessar o status de inferioridade em que se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco e quase nada mudou. Esse mesmo fenômeno de inefetividade constitucional ocorre igualmente no que diz respeito ao status da mulher na sociedade. Tal estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, a certeza de que proclamações jurídicas por si sós, revistam elas a forma de dispositivos constitucionais ou normas de inferior hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis indicativos do status de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, o reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só será viável com a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao contrário, uma posição ativa.⁴³

Com efeito, o constitucionalismo emancipatório, comprometido com a dignidade da pessoa humana, propugna por uma fórmula jurídica do princípio da igualdade suficiente para, por meio de uma política de desigualação positiva, promover a igualação efetiva.

Neste ponto, importa apontar possível incompreensão relativa ao artigo 3º, IV, da CF, que prevê como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação. Trata o referido dispositivo constitucional de garantia da igualdade, que se conecta ao reconhecimento de todas as pessoas como sujeitos de direitos, não tolerando, no ordenamento jurídico brasileiro, discriminações injustificadas. O mesmo pode ser depreendido da leitura do artigo 5º, XLI, que trata da punição de discriminações que violem os direitos e garantias fundamentais. Ou seja, a previsão de punição para o ato discriminatório e preconceituoso é reflexo de uma das dimensões da igualdade, de modo que, sendo todos iguais perante a lei, no contexto da sua aplicação não pode haver discriminação sob pena de violação direta da Constituição. Contudo, a dimensão da igualdade referida não é suficiente para o reconhecimento e emancipação de grupos com diferenças e especificidades circunscritas. Aqui emerge a exigência da igualdade material, como observa Luiza Cristina Fonseca Frischeisen:

E somente ações políticas, aplicadas ou reguladas pelo Estado, em suas diversas esferas da administração, podem garantir a efetividade da igualdade material, corrigindo desigualdades. E é neste contexto que se situam as políticas públicas que estabelecem discriminações positivas, as ações afirmativas.⁴⁴

Nesse intento de concretização do princípio da igualdade substancial, a ação afirmativa, verdadeiro modo de discriminação positiva ou reversa, apresenta-se como “o mais ousado e inovador experimento constitucional concebido pelo Direito no século XX, como instrumento de promoção da igualdade e de combate às mais diversas formas de discriminação”⁴⁵. Nos termos do magistério de Carmem Lúcia Antunes Rocha, “a ação afirmativa emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica”⁴⁶.

Ora, esse conteúdo deve ser desenhado com os insumos residentes na lei fundamental. O artigo 1º, inciso III, da Constituição erige como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. O artigo 3º, inciso IX, constitui, como um dos objetivos fundamentais da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Além disso, o *caput* do artigo 5º prescreve que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Analisando os apontados dispositivos constitucionais, Carmem Lúcia Antunes Rocha, com perspicácia, ressalta:

Não apenas ali se reiterou o princípio da igualdade jurídica, senão que se refez o seu paradigma, o seu conteúdo se renovou e se tingiu de novas cores, tomou novas formas, construiu-se, constitucionalmente, de modo inédito. A passagem do conteúdo inerte a uma concepção dinâmica do princípio é patente em toda estrutura normativa do sistema constitucional brasileiro fundado em 1988. A ação afirmativa – está inserida no princípio da igualdade jurídica concebido pela Lei Fundamental do Brasil, conforme se pode comprovar de seu exame mais singelo. [...] O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República). [...] Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos. [...] Somente a ação afirmativa, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e segundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição Brasileira garante como direito fundamental de todos.⁴⁷

Como se percebe, o princípio da igualdade, previsto no *caput* do artigo 5º, reclama a redução das desigualdades, razão pela qual não basta que o Estado proíba a discriminação ou se abstenha de discriminar. Importa, também, atuar positivamente no sentido da redução das desigualdades, até porque a mera vedação de tratamentos discriminatórios, conforme já acentuado, não tem o condão de realizar os objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos.

É indubitável que a Constituição de 1988 operou a transformação da igualdade, implicando a passagem de um conceito constitucional estático e negativo para outro dinâmico e positivo, de sorte que o princípio constitucional supõe também satisfação de obrigação positiva cuja expressão democrática mais atualizada é a *ação afirmativa*.

Nesta esteira, convém citar outra vez Carmem Lúcia Antunes Rocha:

A ação afirmativa constitui, portanto, o conteúdo próprio e essencial do princípio da igualdade jurídica tal como pensado e aplicado, democraticamente, no Direito Constitucional Contemporâneo. [...] é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdade. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação.⁴⁸

É irrefutável, portanto, que a constituição vigente conferiu novo conteúdo ao princípio da igualdade, autorizando a adoção de ações afirmativas quando necessárias. Convém realçar que a ação afirmativa – na terminologia europeia discriminação positiva – surgiu nos Estados Unidos como política pública ou privada que visa não só à concretização do princípio da igualdade material, mas também à mitigação e neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de nacionalidade.

Nas palavras de Joaquim Barbosa Gomes, a discriminação positiva ou ação afirmativa:

consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no ‘mainstream’, impedindo assim

que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão. Essa modalidade de discriminação, de caráter redistributivo e restaurador, destinada a corrigir uma situação de desigualdade historicamente comprovada, em geral se justifica pela sua natureza temporária e pelos objetivos sociais que se visa com ela a atingir.⁴⁹

Saliente-se, por oportuno, que as ações afirmativas substanciam medidas excepcionais, temporárias, adequadas e, por isso, suficientes (e, então, proporcionais) para a garantia da igualação almejada com a ruptura dos preconceitos ou para a superação da discriminação.

Aliás, como bem ressalta Fábio Konder Comparato, a acusação geral feita às *affirmative actions* “é a de que esse tipo de remédio jurídico, quando admitido como algo de normal e rotineiro e não como medida excepcional, acaba por instaurar uma discriminação inversa, isto é, da minoria contra a maioria, numa negação prática da igualdade perante a lei”⁵⁰.

Adverte Carmem Lúcia Antunes Rocha que não se pretende com a ação afirmativa dar azo a novas discriminações, agora em desfavor das maiorias; os planos e programas de discriminação positiva devem, portanto, primar sempre pela adoção e fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de romper os preconceitos contra elas ou pelo menos de propiciar as condições para sua superação em face da convivência juridicamente obrigada⁵¹.

Entre as três grandes nações ocidentais (Estados Unidos, África do Sul, Brasil) marcadas pela agudeza das desigualdades sociais fundadas no fator racial, o Brasil não é o país que apresenta menos desigualdades.

Diante da situação, é não só justificável, mas exigível, a implementação de ações afirmativas (temporárias e proporcionais), não implicando necessariamente a adoção de cotas. Tais mecanismos, reitere-se, indiscu-

tivelmente contribuem, quando bem geridos, para mitigar a desigualdade escandalosa e superar o apartheid informal ainda encontrável na sociedade brasileira, tudo conforme exige a Constituição compreendida como *reserva de justiça*⁵².

Notas

1. Clèmerson Merlin Clève. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná (graduação, mestrado e doutorado), Professor Titular de Direito Constitucional no curso de mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, instituição de ensino superior da qual é Presidente, Professor Visitante do Máster Universitario en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo e do Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas na Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha) e Líder Institucional do núcleo – Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção (UFPR).
2. A primeira versão deste texto deriva de parecer elaborado para o Instituto dos Advogados do Brasil e foi, originalmente, publicada na A&C. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* (Impresso), Belo Horizonte, v. 1, n. 11, p. 29-38, 2003. Posteriormente, o trabalho serviu de base para Conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Administrativo realizado em Belo Horizonte no ano de 2010 e para a obra *Temas de Direito Constitucional*, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014, do mesmo autor. A presente versão incorpora valiosas sugestões dos professores e advogados Melina Breckenfeld Reck, Ana Lúcia Pretto Pereira e Bruno Meneses Lorenzetto.
3. Conforme o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A Constituição Alemã, promulgada em maio de 1949, dispõe no art. 20.1. “A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social”. Na Constituição de 1978, art. 1º, o Constituinte espanhol fixou que a “Espanha se constitui em um Estado Social e Democrático de Direito (...)”. Quanto à Constituição Portuguesa de 1976, no art. 2º, preceitua que “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático (...)”.
4. Sobre o tema, conferir: CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1989. p. 74-80. Tomo I, arts. 1º a 5º, LXVII.
5. Sobre a questão, ver nosso posicionamento em: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011. p. 138-139.
6. VELASCO, Marina. *O que é justiça*. O justo e o injusto na pesquisa filosófica. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009. p. 55.
7. VELASCO, Marina. *O que é justiça*. p. 91.

8. *Idem.*
9. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
10. SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 188.
11. Como relata Will Kymlicka: “Rawls, porém, começa seu livro queixando-se de que a teoria política estava presa entre dois extremos: o utilitarismo, por um lado, e uma mixórdia incoerente de idéias e princípios, por outro lado. Rawls chama ‘intuicionismo’ esta segunda opinião, uma abordagem que é pouco mais do que uma série de anedotas baseadas em intuições específicas a respeito de questões específicas” (KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 64). Expõe Roberto Gargarella que: “Rawls, como muitos outros liberais, defenderá uma concepção não-conseqüencialista (‘deontológica’), isto é, uma concepção segundo a qual a correção moral de um ato depende das qualidades intrínsecas dessa ação – e não, como ocorre nas posturas ‘teleológicas’, de suas conseqüências, de sua capacidade para produzir certo estado de coisas previamente avaliado” (GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 3-4).
12. GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. p. 23.
13. De acordo com Kymlicka: “O utilitarismo, na sua formulação mais simples, afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produza a maior felicidade para os membros da sociedade” (KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. p. 11).
14. SANDEL, Michael J. *Justiça*. p. 191.
15. Cf. DUBET, François. *Repensar la justicia social: contra el mito de la igualdad de oportunidades*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011. De acordo com Kymlicka: “A visão prevalecente sugere que remover as desigualdades sociais dá a cada pessoa uma oportunidade igual de adquirir benefícios sociais e, portanto, sugere que quaisquer diferenças de renda entre indivíduos são obtidas pelo trabalho, o produto do esforço ou das escolhas das pessoas. Os naturalmente deficientes, porém, não têm uma oportunidade igual de adquirir benefícios sociais e sua falta de sucesso não tem nenhuma relação com suas escolhas ou esforço. Se estamos genuinamente interessados em remover desigualdades imerecidas, então, a visão prevalecente de igualdade de oportunidades é inadequada” (KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. p. 72).
16. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*.
17. Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
18. VELASCO, Marina. *O que é justiça*. p. 95.
19. Possivelmente, o aspecto mais original na teoria da justiça de Ronald Dworkin seja sua proposta de uma comunidade liberal, em que se forma a figura do “liberal integrado”, o qual não separa sua vida privada da vida pública. “Ele considera a

própria vida desvalorizada – uma vida menos virtuosa do que poderia ter – se vive em uma comunidade injusta, por mais que tente fazê-la justa. Essa fusão de moralidade política e interesse próprio crítico parece constituir o verdadeiro ponto nevrálgico do republicanismo cívico, a maneira importante como os indivíduos devem fundir seus interesses e sua personalidade à comunidade política. Ela afirma um ideal nitidamente liberal, que só pode florescer dentro de uma sociedade liberal. Não posso garantir, obviamente, que uma sociedade de cidadãos integrados gere inevitavelmente uma sociedade mais justa do que uma comunidade não integrada. A injustiça é consequência de muitos outros fatores – de falta de energia ou esforço, fraqueza de vontade, erro filosófico” (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 324). Ainda, sobre sua tese conciliadora do republicanismo e do liberalismo, trata o autor: “Uma ética geral competente precisa reconciliar esses dois ideais. Eles só podem ser adequadamente reconciliados, porém, quando a política tiver êxito na distribuição dos recursos da maneira que a justiça exige. Realizada a distribuição justa, então os recursos controlados pelas pessoas são moral e também legalmente seus; usá-los como desejam, e como os apegos e os projetos especiais requerem, não deprecia seu reconhecimento de que todos os cidadãos têm direito a um quinhão justo. Porém, quando a injustiça é substancial, as pessoas que se sentem atraídas por ambos os ideais – dos projetos e apegos pessoais de um lado, e a igualdade de consideração política do outro – são colocadas em uma espécie de dilema ético. Precisam comprometer um dos ideais, e cada direção dessa transigência obstrui o êxito crítico de sua vida” (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. p. 327-328).

20. GÉNÉREUX, Jacques. *Les vrais lois de l'économie*. Paris: Éditions du Seuil, 2005. p. 116.
21. GÉNÉREUX, Jacques. *Les vrais lois de l'économie*. p. 116-117. (tradução livre).
22. SEN, Amartya. *Repenser l'inégalité*. Paris: Éditions Le Seuil, 2000. Também: SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2008 e SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Coimbra: Almedina, 2010.
23. VELASCO, Marina. *O que é justiça*. p. 101.
24. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
25. FRASER, Nancy. *Redistribuição, reconhecimento e participação*. Por uma concepção integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167-189.
26. Veja-se o caso *Sweatt vs. Painter* (1950), proveniente de um caso de segregação racial da Faculdade de Direito da Universidade do Texas em que foi negada, no ano 1946, a admissão a Heman Marin Sweatt pelo fato da universidade não admitir alunos negros. Este caso se tornou um marco para a Suprema Corte e junto com outras ações como *Brown vs. Board of Education* (1954), em que a Suprema Corte

declarou inconstitucionais as leis que estabeleciam escolas públicas separadas para negros e brancos, com fundamento na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos que prevê a igual proteção aos cidadãos, nos seguintes termos: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

27. DWORKIN, Ronald. A virtude soberana. p. 544-545.
28. *Idem, ibidem*. p. 574.
29. *Idem, ibidem*. p. 584.
30. DWORKIN, Ronald. Why Bakke has no case. In: New York Review of Books, vol. 24, 1977. Segundo Sandel: “Candidatos preteridos como Hopwood podem não considerar essa distinção satisfatória, mas ela realmente demonstra certa força moral. A faculdade de direito não afirma que Hopwood seja inferior ou que a minoria dos alunos admitidos em seu detrimento mereça o privilégio que ela não mereceu. Ela diz apenas que a diversidade racial e étnica em sala de aula e nos tribunais serve aos propósitos educacionais da faculdade de direito. E, embora a realização de tais propósitos viole de certa forma os direitos dos perdedores, os candidatos preteridos não podem alegar legitimamente que foram tratados de forma injusta” (SANDEL, Michael J. *Justiça*. p. 219).
31. Segundo o relator ministro Ricardo Lewandowski: “Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. (...) Dentre as diversas modalidades de ações afirmativas, de caráter transitório, empregadas nos distintos países destacam-se: (i) a consideração do critério de raça, gênero ou outro aspecto que caracteriza certo grupo minoritário para promover a sua integração social; (ii) o afastamento de requisitos de antiguidade para a permanência ou promoção de membros de categorias socialmente dominantes em determinados ambientes profissionais; (iii) a definição de distritos eleitorais para o fortalecimento minorias; e (iv) o estabelecimento de cotas ou a reserva de vagas para integrantes de setores marginalizados. (...) Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam plural proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam

- métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF”
32. Nos Estados Unidos, há mais de cinco décadas, admitiu-se que a raça seja utilizada como critério para o ingresso nas universidades, contudo, esta ação afirmativa foi vetada em alguns estados (Washington, 1998; Califórnia, 1997; Arizona, 2010; Michigan, 2001; Nebraska, 2008), enquanto que em outros a questão está em discussão (Nebraska).
 33. Sobre a questão remete-se a artigo de Daniela Ikawa que defende um direito à redistribuição por políticas de ação afirmativa para negros em universidades: IKAWA, Daniela. Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
 34. Luiz Alberto David Araujo observa que: “Trata-se de política pública bem determinada, que viu na possibilidade de as pessoas portadoras de deficiência ingressarem no serviço público uma forma de compensação pelas gerações de discriminados, marginalizados pelas políticas governamentais. E uma forma de incluir esse grupo de pessoas. Por tal razão, a Constituição tratou de garantir o direito material à igualdade. Criou distinção para permitir que, com o tempo, haja a integração desse grupo de pessoas” (ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação de direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 915).
 35. De acordo com a Lei 7.853/89: “Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. Parágrafo único. Para o fim estabelecido no *caput* deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas: I – na área da educação: a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios; b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas; c) a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino; d) o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência; e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material

escolar, merenda escolar e bolsas de estudo; f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino; II – na área da saúde: a) a promoção de ações preventivas, como as referentes ao planejamento familiar, ao aconselhamento genético, ao acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, à nutrição da mulher e da criança, à identificação e ao controle da gestante e do feto de alto risco, à imunização, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência; b) o desenvolvimento de programas especiais de prevenção de acidente do trabalho e de trânsito, e de tratamento adequado a suas vítimas; c) a criação de uma rede de serviços especializados em reabilitação e habilitação; d) a garantia de acesso das pessoas portadoras de deficiência aos estabelecimentos de saúde públicos e privados, e de seu adequado tratamento neles, sob normas técnicas e padrões de conduta apropriados; e) a garantia de atendimento domiciliar de saúde ao deficiente grave não internado; f) o desenvolvimento de programas de saúde voltados para as pessoas portadoras de deficiência, desenvolvidos com a participação da sociedade e que lhes ensejem a integração social; III – na área da formação profissional e do trabalho: a) o apoio governamental à formação profissional, e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional; b) o empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns; c) a promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores públicos e privado, de pessoas portadoras de deficiência; d) a adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regule a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência; IV – na área de recursos humanos: a) a formação de professores de nível médio para a Educação Especial, de técnicos de nível médio especializados na habilitação e reabilitação, e de instrutores para formação profissional; b) a formação e qualificação de recursos humanos que, nas diversas áreas de conhecimento, inclusive de nível superior, atendam à demanda e às necessidades reais das pessoas portadoras de deficiências; c) o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico em todas as áreas do conhecimento relacionadas com a pessoa portadora de deficiência; V – na área das edificações: a) a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência, permitam o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transporte.” Guilherme José Purvin de Figueiredo relata que: “No âmbito do Direito do Trabalho, com base na Lei n. 7.853/89, a partir de 1989 tornou-se possível a propositura de ação civil pública (ou coletiva) em defesa de trabalhadores portadores de deficiência, objetivando, por exemplo, a construção de rampas para acesso de trabalhadores

- paraplégicos ao local de trabalho” (FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A pessoa portadora de deficiência e o princípio da igualdade de oportunidades no direito do trabalho. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 58). No Estado do Paraná, há um anteprojeto de Lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual foi amplamente debatido com a comunidade em geral e com o grupo específico de interessados. O anteprojeto de lei e seu processo de discussão se encontram no procedimento administrativo 11.167.114-1/PR.
36. Um exemplo relativo à questão de gênero pode ser observado na Corte Constitucional Alemã: “O Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemão), em decisão de 28 de janeiro de 1987, julgou conforme à Constituição um dispositivo legislativo que previa que as mulheres poderiam se aposentar na idade de 60 anos, ao passo que os homens só se aposentariam aos 65 anos, sob o fundamento de que a diferença de tratamento seria necessária para compensar a dupla jornada a que estão submetidas: a de seus trabalhos assalariados e a familiar, como mães e donas de casa. Em outra oportunidade, em aresto de 28 de janeiro de 1992, o Tribunal declarou a constitucionalidade de uma discriminação positiva favorável às mulheres que consistia na proibição de trabalho feminino noturno, fundado no art. 3º, alínea II da Constituição (...)” (SILVA, Fernanda D. L. Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 69).
37. Como anota Oscar Vilhena Vieira: “Caso se aceite a idéia da Constituição como ‘reserva de justiça’, como ponto de encontro entre a moralidade política e o direito positivo, então seus intérpretes e aplicadores serão obrigados a utilizar métodos jurídicos e argumentativos de interpretação toda vez que se virem frente a um caso regido por princípios não plenamente densificados pelo processo de positivação constituinte, toda vez que tiverem que decidir se uma determinada reforma favorece ou desfavorece a realização do princípio da separação dos Poderes ou dos direitos fundamentais. Assim, após levar em consideração a Constituição como lei, por intermédio dos diversos métodos de interpretação que auxiliam na redução da discricionariedade judicial, a doutrina e os precedentes, deve o intérprete constitucional recorrer aos princípios da argumentação racional para alcançar a devida compreensão do conteúdo aberto das cláusulas superconstitucionais, que constituem aspirações a uma ordem justa incorporadas pela própria Constituição” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 237-238).
38. BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 2.
39. COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 93. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 69.
40. ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, 1996. p. 86.

41. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 21.
42. Deve-se ter o cuidado de não confundir as discriminações positivas, que procuram emancipar minorias marginalizadas, com as discriminações sem justificativas, também chamadas de “odiosas”, como observa Fernanda D. L. Lucas da Silva: “(...) o *leading case* nesse campo é *Skinner versus Oklahoma*, 313 U.S. 535 (1942): (...) no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou lei estadual de odiosa inspiração ‘lombrosiana’ que estabelecia a esterilização dos condenados reincidentes por crimes apenados com reclusão e que envolvessem torpeza moral (*felonies involving moral turpitude*). Ao declarar a inconstitucionalidade de tal estatuto, o órgão máximo do Judiciário americano entendeu que o direito de procriar configura uma liberdade individual insubtraível e que, portanto, qualquer interferência legislativa em seu domínio somente pode justificar-se por motivos superiores e imperiosos, o que, à evidência não ocorria na espécie. Registra Hall (...) que a Suprema Corte determinou que algumas classificações são suspeitas, como, por exemplo, raça e religião, e portanto legislação discriminatória contra minorias raciais e grupos religiosos dificilmente são sustentáveis” (SILVA, Fernanda D. L. Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. p. 96-97).
43. BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. p. 36-37.
44. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de Justiça no Brasil*: alguns caminhos e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 54.
45. BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. p. 8. No mesmo sentido veja-se a lição de Fernanda D. L. Lucas da Silva: “Desde então, ação afirmativa passou a significar a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desiguadas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que se atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. Com efeito, a mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da ação afirmativa, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim nas entidades públicas e privadas” (SILVA, Fernanda D. L. Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. p. 63).
46. ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. p. 90.
47. *Idem, ibidem*. p. 91-92.
48. *Idem, ibidem*. p. 99.
49. BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*. p. 22.

50. *Idem. Ibidem.* p. 77-78.
51. ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.* p. 88.
52. A Lei 12.990, sancionada em 09 de junho de 2014, complementa a política de ações afirmativas inaugurada com o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288, de 20 de julho de 2010). A referida lei dispõe sobre a obrigatoriedade da previsão da reserva de 20% das vagas em editais de concursos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Nota-se que a instituição dessa política de cotas é restrita à Administração Pública Federal, não alcançando os Poderes Judiciário e Legislativo da União, nem os demais entes federativos. Novos diplomas legislativos, certamente, mais adiante, contemplarão os demais Poderes da União e os Estados e Municípios com iniciativas análogas. A lei em questão, temporária nos termos do que prescreve o art. 6º, é evidentemente constitucional.

Referências

- ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica.* *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, São Paulo: Malheiros, 1996.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência: Algumas Dificuldades para Efetivação de Direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* São Paulo: Malheiros, 1999.
- BARBOSA GOMES, Joaquim B. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 93. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988.* São Paulo: Forense Universitária, 1989.
- DUBET, François. *Repensar la justicia social: contra el mito de la igualdad de oportunidades.* Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.* São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. Why Bakke has no case. In: *New York Review of Books*, vol. 24, 1977.

- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. A pessoa portadora de deficiência e o princípio da igualdade de oportunidades no direito do trabalho. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direitos da pessoa portadora de deficiência*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação. Por uma concepção integrada da Justiça. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil: alguns caminhos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GÉNÉREUX, Jacques. *Les vrais lois de l'économie*. Paris: Éditions Du Seuil, 2005.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Buenos Aires: SigloVeintiuno, 2011.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.
- IKAWA, Daniela. Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 2010.
- _____. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- _____. *Repenser l'inégalité*. Paris: Éditions Le Seuil, 2000.
- SILVA, Fernanda D. L. Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- VELASCO, Marina. *O que é justiça. O justo e o injusto na pesquisa filosófica*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Recurso de apelação no novo Código de Processo Civil

Carlos Alberto Del Papa Rossi¹

Advogado. Especialista em Direito Processual Civil (PUC/SP)

Introdução

NA MEDIDA EM QUE O DIREITO REGULA os comportamentos humanos em tempo e espaço específicos, inclusive prescrevendo os efeitos jurídicos que são irradiados quando materializados os fatos hipoteticamente descritos, seria adequada a espontânea submissão das pessoas às normas jurídicas. Ter-se-ia, como consequência disto, o não aparecimento de conflitos de interesses. Entretanto, a realidade é bem diferente.

Há, na verdade, frequentes desencontros entre as condutas dos homens e as normas jurídicas que as regulam. Muitas pessoas insistem em não aceitar espontaneamente determinadas situações que envolvem seus interesses, ainda que estes estejam legalmente disciplinados. Nesse caso, tem-se uma pessoa com a pretensão de que à sua vontade outro indivíduo se submeta, e se este oferecer resistência ter-se-á caracterizada a *lide*.

Dentre as regras que compõem o direito há uma parte destinada a disciplinar a composição das lides. O ordenamento jurídico estatui como as pessoas devem agir no caso de terem seus direitos lesados ou colocados em situação de risco.

A Constituição Federal assegura a todos o livre acesso ao Poder Judiciário para a proteção ou reparação de direitos, e ao Estado foi atribuído o dever de desempenhar a atividade jurisdicional. Para que se inicie a prestação da tutela jurisdicional é necessário que o interessado manifeste sua vontade provocando o Poder Judiciário. O direito ameaçado ou violado só será passível de tutela pelo Estado após o seu titular solicitar, através de uma *ação*, a prestação jurisdicional (art. 2º, CPC).

Provocado, o Estado tem o dever de analisar a questão que lhe foi apresentada e resolvê-la através da aplicação das normas jurídicas. Assegurará a sobreposição da vontade da lei à vontade das partes, garantindo o respeito à ordem jurídica e a paz social.

Já escrevemos que “processo é o instrumento disponibilizado pelo ordenamento jurídico através do qual o Estado (terceiro imparcial e sem interesse), uma vez provocado, aplica o Direito ao caso concreto, observando uma sequência de atos legalmente regradados. Exercido o direito de ação pelo autor, o Estado instaura o processo, e no seu curso vá-

A Constituição Federal assegura a todos o livre acesso ao Poder Judiciário para a proteção ou reparação de direitos, e ao Estado foi atribuído o dever de desempenhar a atividade jurisdicional

rios atos devem ser praticados pelas partes, pelos órgãos jurisdicionais e por terceiros – tais como escrivães, peritos, assistentes técnicos, contadores, etc. Todos esses atos têm como finalidade exclusiva a prestação da tutela jurisdicional. O processo, como instrumento de atuação do Estado na entrega da prestação jurisdicional, se desenvolve seguindo um determinado procedimento. Há todo um percurso desde o início da atividade jurisdicional até o seu fim, estando ele devida e legalmente disciplinado – devido processo constitucional e legal”².

O magistrado, ao proferir a sentença, não encerra o dever que o Estado tem de prestar a atividade jurisdicional, o que só ocorre quando esgotadas as possibilidades das partes recorrerem. O direito de recorrer é ínsito ao direito de ação ou defesa. Instaurada a relação processual, as partes realizam atos de ataque e defesa até que o juiz, por sentença, decida a lide. A parte contra a qual foi proferida a sentença poderá prolongar o estado de pendência interpondo o recurso de apelação, cuja fase processual se desenvolverá com a prática de inúmeros outros atos.

Certos de que não conseguiremos, neste breve ensaio, tratar de todos os aspectos que gravitam em torno do recurso de apelação, nos atemos a fazer uma análise dos pontos que neste momento nos parecem merecer maior atenção.

1. Pronunciamentos do juiz e cabimento do recurso de apelação

O artigo 203 do Código de Processo Civil classifica os pronunciamentos do juiz em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Da leitura dos §§ 1º, 2º e 3º observamos que somente as sentenças e as decisões interlocutórias possuem conteúdo decisório, razão pela qual contra os despachos não cabe nenhum tipo de recurso³.

Quanto aos pronunciamentos decisórios, distingui-los é importante para fins de identificação do recurso cabível, valendo observar que a diferenciação constante do novo código não difere daquela outra do Código Buzaid. Pela sentença o juiz coloca fim à fase de cognição do procedimento comum ou à execução; e por decisões interlocutórias todas e quaisquer outras questões são resolvidas no curso do processo. Por exclusão, a sentença extingue a fase cognitiva do procedimento comum ou a execução, e todas as demais são decisões interlocutórias.

Note-se que pela definição do legislador “sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”⁴. O citado artigo 485 trata das situações em que o juiz sentencia sem resolver o mérito da ação, e o artigo 487 cuida das hipóteses de julgamento do mérito. Esta referência que o artigo 203, § 1º, faz aos artigos 485 e 487 nada importa para a conceituação de sentença, haja vista que para isto basta identificarmos se houve ou não encerramento da fase de conhecimento do procedimento comum ou da execução; se houve, trata-se de sentença, e o recurso cabível é a apelação⁵. As demais decisões são interlocutórias, contra as quais, se arroladas pelo artigo 1.015, caberá agravo de instrumento⁶.

Quanto aos despachos, como já afirmamos, não cabe nenhum tipo de recurso por não se tratar de decisão. Entretanto, na hipótese de o magistrado equivocar-se proferindo algum despacho com conteúdo decisório, a parte que por ele se sentir lesada estará legitimada a impetrar mandado de segurança⁷.

Não custa lembramos que a Lei 13.105/15 trouxe uma inovação em seu artigo 356, prevendo a possibilidade de uma determinada ação ter

parte de seu mérito julgado antecipadamente, cuja decisão não se caracteriza como sentença. Apesar de se tratar de decisão sobre o mérito da ação, a mesma só desafia agravo de instrumento⁸, e consideramos *erro grosseiro* a interposição de recurso de apelação, que conseqüentemente não legitima a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

2. Princípio do duplo grau de jurisdição

A Constituição Federal não prevê expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição, o que não o impede de ser classificado como um princípio constitucional processual. O artigo 5º da Constituição Federal é explícito ao assegurar o acesso à efetiva justiça (inc. XXXV), garantindo que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente (inc. LIII), nem privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inc. LIII), assegurados, aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes (inc. LV). Acrescente-se que os artigos 102, II, e 105, II, da Constituição Federal preveem expressa e respectivamente casos em que compete ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça atuarem como órgãos de segundo grau de jurisdição, conferindo segurança às decisões judiciais. A análise conjunta desses dispositivos origina a conclusão de que não há o pleno exercício do direito de ação sem o devido processo legal, ao qual é inerente não só o direito ao contraditório e à ampla defesa, mas também à interposição de recursos, pois só assim é possível garantir a segurança do resultado da atividade jurisdicional.

Quando do seu surgimento, o princípio do duplo grau de jurisdição objetivou inviabilizar eventuais abusos por parte dos magistrados, mas atualmente é compreendido como corolário da “boa e efetiva justiça”, haja vista que a parte estará segura de que as decisões proferidas por uma determinada autoridade judiciária poderão ser reexaminadas por outra de hierarquia superior. Isto, conseqüentemente, induz os juízes a decidirem com maior cautela e aprimoramento.

3. Reexame de decisões interlocutórias no recurso de apelação

O artigo 1.015 do Código de Processo Civil enumera as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento; ou seja, não é permitida sua interposição contra toda e qualquer decisão interlocutória proferida no curso da ação. Isso não significa que tais decisões escapam da apreciação dos tribunais. Pelo novo *codex*, as decisões interlocutórias não listadas pelo artigo 1.015 serão revistas na fase recursal, se assim a parte requerer.

Logo após dispor que a apelação é o recurso cabível contra sentenças, o artigo 1.009 do Código de Processo Civil regula, em seus parágrafos, a possibilidade da parte, em sede de preliminar da apelação ou em contrarrazões, requerer o reexame de questões que foram resolvidas no curso do processo, cujas decisões – *interlocutórias* – não desafiam agravo de instrumento. Sobre o assunto, em trabalho específico sobre o agravo de instrumento, já escrevemos, *in verbis*:

É certo que a Lei 13.105/2015 não permite a interposição do agravo de instrumento fora das hipóteses legalmente taxadas, mas isto não significa que não há a possibilidade de reexame da decisão interlocutória por outro recurso. Com efeito, o artigo 1.009, em seus §§ 1º e 2º, é inequívoco ao estabelecer que as questões resolvidas na fase de conhecimento por decisão contra a qual não cabe agravo de instrumento não estão cobertas pela preclusão, e devem ser suscitadas em sede de preliminar no recurso de apelação, ou ainda em contrarrazões. Ou seja, tais decisões, apesar de não agraváveis, podem ser submetidas a reexame quando da interposição do recurso de apelação ou na apresentação de contrarrazões, não havendo espaço para alegação de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.⁹

Feitas estas considerações sobre os §§ 1º e 2º do aludido artigo 1.009, que tratam das decisões interlocutórias não agraváveis, impende observar que pode ocorrer de o juiz, quando da sentença, decidir sobre matérias arroladas como agraváveis pelo artigo 1.015, porém estas só

poderão a ser objeto de discussão através de apelação. É o caso, por exemplo, da concessão de tutela provisória (art. 1.015, I, CPC) na sentença; hipótese em que tal discussão – sobre o deferimento da tutela – só poderá ocorrer em sede de recurso de apelação, e não agravo de instrumento¹⁰.

4. Legitimidade e interesse recursal

Pelo artigo 996 do Código de Processo Civil estão legitimados a recorrer a parte vencida, o terceiro prejudicado e o Ministério Público, este como parte ou como fiscal da ordem jurídica¹¹.

Não somente por força do artigo 996, mas principalmente em razão de princípios constitucionais, às partes é assegurado o direito de recorrer, ainda que exclusivamente para discutirem decisão relativa à legitimidade para integrarem ou não a relação processual em questão. Inevitavelmente, também está legitimado o assistente¹² – *terceiro interessado* – simples¹³ ou litisconsorcial¹⁴. Vale destacar que o assistente simples só poderá recorrer sozinho – *substituto processual* – se a parte assistida não se manifestar reconhecendo e aceitando o teor da decisão¹⁵.

No que se refere ao *terceiro prejudicado*¹⁶, sua legitimação está condicionada à demonstração de que a decisão proferida é capaz de atingir um direito que afirma ser titular, ou que pode figurar na relação processual como substituto¹⁷. Deve haver nexo de interdependência entre a relação jurídica *sub judice* e aquela outra que ele – *terceiro* – afirma ser o titular.

Convém lembrarmos que o artigo 472 do código revogado dispunha que, além da coisa julgada não prejudicar terceiros, não os beneficiava¹⁸. Inovando, o Código de 2015 estabelece em seu artigo 506 que “*a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*”¹⁹. Ou seja, foi suprimido o texto que impedia que terceiros fossem beneficiados pelos efeitos da coisa julgada. Portanto, na vigência da nova legislação processual, os efeitos da coisa julgada só não alcançam terceiros para prejudicá-los, o que é estrategicamente importante para que sejam avaliadas as vantagens e desvantagens de intervir no processo e ser diretamente envolvido na causa, ou manter-

-se afastado para no futuro, se necessário, ingressar em juízo gozando de todas as garantias inerentes ao procedimento de cognição exauriente para colocar em discussão a relação jurídica de que ele – *terceiro* – afirma ser titular. É curial observar que os *efeitos da coisa julgada* não se confundem com os *efeitos da sentença*; isto é, os terceiros serão alcançados pelos efeitos da sentença conforme a relação que possuem com o que foi objeto da ação, mas não estarão impossibilitados de se utilizarem de ação própria para rediscutir a mesma questão. De fato, por força do artigo 5º, XXXVI, LIV e LV, da Constituição Federal, o terceiro, por não ser parte no processo, não tem condições de exercer plenamente seu direito de ação ou defesa, razão pela qual não pode ser prejudicado pelos efeitos da coisa julgada.

Por fim, não se confundindo com a legitimidade, o interesse recursal só existe quando a parte legitimada experimentar algum tipo de prejuízo decorrente da decisão proferida. Portanto, a mera legitimidade para recorrer não implica, por si só, o respectivo interesse.

5. Interposição do recurso de apelação

A apelação deve ser interposta no prazo²⁰ de 15 dias úteis²¹ contados da data de intimação da sentença²², devendo o recorrente, se for o caso, comprovar a ocorrência de feriado local²³. O protocolo deve ser feito em cartório ou conforme as normas de organização judiciária, ressalvadas disposições especiais²⁴. Caso o recurso seja remetido pelo correio, a tempestividade da interposição será verificada a partir da data de postagem²⁵.

A interposição é realizada por petição endereçada ao juízo – *a quo* – que proferiu a sentença, contendo²⁶: *a)* os nomes e a qualificação das partes; *b)* a exposição do fato e do direito; *c)* as razões do pedido de reforma – *error in iudicando* – ou de decretação de nulidade – *error in procedendo* – ; e *d)* o pedido de nova decisão.

Note-se que o artigo 1.010 do *novo código* – Lei 13.105/15 – passou a exigir expressamente²⁷ que o apelante apresente as razões em que se funda seu pedido de reforma ou decretação de nulidade da sentença. Embora essa exigência²⁸ não constasse explicitamente do código revogado, ao apelante já incumbia tal dever²⁹. Com efeito, pelo princípio da

dialeticidade incumbe ao recorrente explicitar as razões do seu inconformismo demonstrando os aspectos pelos quais a decisão recorrida lhe é prejudicial, bem como por quais motivos entende ser necessária sua reforma ou anulação. “Observe-se que, e em quaisquer circunstâncias, as razões recursais sempre devem apresentar, de forma objetiva, os motivos pelos quais a decisão merece reforma. Dialético, portanto, é o recurso que estabelece esse necessário diálogo com a sentença, sem o que o referido princípio da dialeticidade se vê ofendido.”³⁰

Vale conferir jurisprudência anterior à vigência da Lei 13.105/15, *in verbis*:

Recurso especial. Repetição de indébito. Desconto indevido de imposto de renda sobre adicional de transporte ou verba indenizatória. Agentes fiscais de rendas do Estado de São Paulo. Fundamentação deficiente. Recurso não conhecido.

Embora a recorrente cite os dispositivos legais que entende violados e contrariados, a verdade é que não apresenta os argumentos que demonstram sua tese, limitando-se a anunciar a ofensa a esses artigos, furtando-se de apontar em que pontos do v. aresto teria ocorrido a violação ou contrariedade.

Para que o tribunal ao qual é dirigido o recurso possa entender a controvérsia, cabe ao recorrente não só expor as razões pelas quais pretende seja o julgado modificado ou anulado, mas, também, apresentá-las de modo não deficiente; em caso contrário, a inadmissibilidade do recurso será patente.

No tocante aos recursos, vige o princípio da dialeticidade, segundo o qual ‘o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão’ assim como ‘os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente, e, finalmente, o pedido de nova decisão’ (Nelson Nery Júnior, “Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos”, 5ª ed., Revista dos Tribunais, 2000, p. 149).

Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal.

Recurso especial não conhecido.

Decisão por unanimidade.³¹

Em suma, ao articular as razões de seu apelo, o recorrente necessita enfrentar e rechaçar todos os fundamentos da sentença, ainda que para tanto proceda à repetição de argumentos já expostos anteriormente noutras peças dos autos. cremos, portanto, que merece crítica o entendimento de uma parte da jurisprudência pelo qual a reprodução de trechos de peças anteriores caracteriza afronta ao princípio da dialeticidade. Isto porque, na maioria das vezes o apelante já apresentou, em manifestações pretéritas, argumentos suficientes e capazes de rebater de forma específica a sentença, evidenciando seu desacerto e a necessidade de sua reforma ou invalidação. cremos não haver óbices para que o apelante enfrente e rebata os fundamentos da decisão utilizando-se, para isto, da reprodução de argumentos já ofertados anteriormente, não acarretando violação ao princípio da dialeticidade. Confira-se, *in verbis*:

Agravo regimental no recurso especial. Processual civil. Apelação não conhecida em parte. Inobservância do princípio da dialeticidade. Não configuração. Art. 514, II, do CPC.

1. A reprodução da petição inicial nas razões de apelação não enseja, por si só, ofensa ao princípio da dialeticidade, consoante entendimento pacífico deste Superior Tribunal.
2. Caso concreto no qual houve impugnação suficiente dos fundamentos da sentença.
3. Agravo regimental desprovido.³²

Processual civil. recurso especial. Apelação. Observância dos requisitos previstos no art. 514 do CPC. Não conhecimento do recurso que implica rigor excessivo e injustificado.

1. A repetição dos argumentos deduzidos na contestação não impede, por si só, o conhecimento do recurso de apelação, notadamente quando suas razões deixam claro o interesse pela reforma da sentença. Assim, havendo impugnação específica dos fundamentos que motivaram a sentença, contendo a apelação os nomes e a qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão, ficam preenchidos os requisitos previstos no art. 514 do CPC. Na hipótese, o não-conhecimento do recurso, sob o fun-

damento de que houve mera reprodução da contestação, constitui rigor excessivo e injustificado.

2. Além disso, tratando-se de sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública, está ela sujeita ao duplo grau de jurisdição, a teor do disposto no art. 475, II, do CPC. Assim, na hipótese, o Tribunal de origem, obrigatoriamente, devia ter apreciado as questões decididas em prejuízo do Estado do Espírito Santo, em sede de reexame necessário. 3. Recurso especial provido.³³

Mais adiante, especificamente ao falarmos sobre o juízo de admissibilidade, veremos que não é em toda e qualquer situação que o relator deverá observar a determinação do artigo 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil. O não atendimento ao princípio da dialeticidade, por exemplo, não pode ser regularizado, já que não se trata de vício meramente formal, mas sim intimamente ligado à própria fundamentação do recurso; já há, inclusive, decisão do Superior Tribunal de Justiça³⁴ nesse sentido.

Cumpramos lembrarmos que é pelo recurso de apelação que o recorrente deve suscitar as questões decididas no curso da demanda – *decisões interlocutórias* – e que não podem ser alvo de agravo de instrumento³⁵, havendo até mesmo a possibilidade do tribunal, ao acolher determinada preliminar, decidir pela anulação da sentença.

5.1 Inovação no apelo

Em regra é vedado ao órgão colegiado decidir – *originariamente* – sobre novas questões de fato, pois a fase recursal destina-se ao exercício do juízo de controle, e não de criação.

O Código Processual Civil, em seu artigo 1.013, delimita a atuação do tribunal, estabelecendo que somente as questões suscitadas e discutidas no curso do processo podem ser objeto de apreciação no julgamento do recurso de apelação. Entretanto, o artigo 1.014 dispõe que “as questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”. Dessa forma, ao apresentarem as *novas* alegações, o apelante

– *em seu recurso* – e o apelado – *nas contrarrazões* – deverão demonstrar que tais fatos não foram arguidos em primeiro grau de jurisdição por motivo de força maior. Mitigou-se o regramento do artigo 1.013 do CPC para excluir da vedação – *inovação recursal* – tanto o debate sobre fatos materializados após ser proferida a sentença, como a discussão relativa a direitos supervenientes.

As *questões de fato* não se confundem com a *argumentação jurídica*, que poderá ser inovada a qualquer tempo no curso da ação, nada impedindo seu acolhimento pelo magistrado.

Com relação à juntada de “documentos novos” no recurso, isto já era permitido pelo código revogado em seu artigo 397, e assim continua nos termos do artigo 435 da Lei 13.105/15.

A correção de erro material³⁶ e as matérias de ordem pública³⁷ não se sujeitam aos institutos da preclusão e da coisa julgada, razão pela qual podem ser alegadas a qualquer tempo, e são cognoscíveis de ofício pela autoridade judiciária.

5.2 Preparo e porte de remessa e de retorno

Quanto ao preparo e o porte de remessa e retorno dos autos, vamos reiterar o que escrevemos em artigo sobre o agravo de instrumento³⁸.

Nos termos do artigo 1.007, “no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente³⁹, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção”, estando dispensados desses recolhimentos o Ministério Público, a União, o Distrito Federal, os estados, os municípios e suas respectivas autarquias, e os demais que gozam de isenção legal (§ 1º). Em se tratando de processos em autos eletrônicos, o recorrente estará dispensado de recolher o porte de remessa e retorno (§ 3º), obrigação está que subsiste nos casos de processos físicos. Importa destacarmos que mesmo no caso de processo eletrônico pode ser indispensável, em alguns casos, o recolhimento do porte de remessa e retorno, como por exemplo se no respectivo processo foi juntado algum elemento físico, tal como um CD ou qualquer outro objeto relacionado ao processo em questão. Nos juizados especiais, havendo gravação digital (art. 13, § 3º,

Lei 9.099/95) é indispensável o recolhimento do porte de remessa e retorno para a interposição de recursos, sob pena de deserção.

Caso no momento da interposição do recurso os recolhimentos tenham sido feitos em valores inferiores aos devidos, o recorrente deverá ser intimado, na pessoa de seu advogado, a realizar a complementação no prazo de cinco dias, sob pena de deserção⁴⁰ (art. 1.007, § 2º). Neste aspecto, não estamos diante de nenhuma inovação legislativa, pois previsão semelhante encontra-se no artigo 511, § 2º, do Código de 1973.

Alteração significativa foi trazida pelo § 4º do artigo 1.007, pois, ao contrário do previsto pelo CPC/1973 (art. 511), ainda que o recorrente, no momento da interposição do recurso, não comprove o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e retorno, não poderá a autoridade judiciária aplicar a pena de deserção, devendo intimar o recorrente a recolher tais valores em dobro, o que não ocorrendo acarretará a deserção. Nesta hipótese, se os recolhimentos forem realizados em montantes inferiores ao dobro, não haverá oportunidade para complementação e o recurso será julgado deserto (§ 5º).

Pelo respectivo § 6º, caso o recorrente que não comprovou o recolhimento do preparo ou porte de remessa e retorno quando da interposição do recurso prove que não o fez por *justo impedimento*, a autoridade judiciária, por decisão irrecorrível, relevará a pena de deserção e fixará prazo de cinco dias para os recolhimentos. Note-se que nesta situação de *justo impedimento* o recolhimento intempestivo não precisará ser feito em dobro.

A deserção também não poderá ser decretada quando as respectivas guias de recolhimento forem preenchidas com algum equívoco, caso em que o relator deverá intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias (§ 7º). Este sempre foi um problema para os advogados, geralmente prejudicados pela excessiva burocracia nacional, haja vista que as respectivas guias possuem vários campos a serem preenchidos e com as mais diversas informações, o que em muitas situações enseja equívocos no preenchimento.

Por fim, caso o relator observe a existência de algum vício sanável⁴¹ não poderá, de imediato, considerar o recurso inadmissível, devendo

conceder prazo para que o recorrente proceda à respectiva regularização (art. 932, par. único, CPC)⁴².

Das alterações trazidas pela Lei 13.105/15 é fácil observar que o legislador procurou impedir a continuação de uma prática muito conhecida como “*jurisprudência defensiva*”, consistente na criação dos mais variados obstáculos durante o exercício do juízo de admissibilidade com o simples objetivo de diminuir a quantidade de recursos a serem conhecidos e julgados. Convém ainda lembramos que o Enunciado 168 do FONAJE concluiu pela inaplicabilidade do referido artigo 1.007 no procedimento da Lei 9.099/95. Esta, no nosso modesto pensar, foi uma “conclusão” retrógrada que só teve por objetivo diminuir o volume de trabalho dos juízes competentes para conhecerem e julgarem os recursos interpostos nesse procedimento, contrariando não só o artigo 2º da Lei 9.099/95, como também os artigos 1º e 13º do Código de Processo Civil.

5.3 O procedimento do recurso de apelação em primeira instância

Interposto o recurso de apelação, o juiz determinará a intimação do apelado para, no prazo de 15 dias úteis, apresentar suas contrarrazões⁴³. No mesmo prazo o apelado poderá recorrer adesivamente, hipótese em que o juiz mandará intimar o apelante para contrarrazões⁴⁴. O Código de Processo Civil não prevê expressamente o prazo de 15 dias para interposição do recurso adesivo, o que é dispensável haja vista o exigido pelos princípios da isonomia e da igualdade processual⁴⁵.

Atendidas todas as formalidades – *constantes dos §§ 1º e 2º do artigo 1.010* –, os autos serão remetidos ao tribunal independentemente de qualquer juízo preliminar de admissibilidade (§ 3º). Na vigência do Código Buzaid, ao juízo *a quo* era atribuída a análise preliminar relativa à admissibilidade do recurso de apelação, cujo reexame competia ao tribunal⁴⁶. Além disso, pela legislação revogada o juiz estava autorizado a rejeitar liminarmente o recurso se a sentença estivesse em desconformidade com súmulas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷. Assim, se o magistrado prolator da sentença de-

cidisse que o recurso de apelação era inadmissível, ou o rejeitasse liminarmente, ao apelante cabia interpor agravo de instrumento.

Nota-se que eliminando uma decisão e eventual recurso contra ela, a Lei 13.105/15 prestigiou a celeridade do processo, atribuindo exclusivamente ao tribunal a competência para decidir sobre a admissibilidade do recurso (art. 932, III). Consequentemente, atendidas as regras dos §§ 1º e 2º do artigo 1.010 do Código de Processo Civil, deverá o juiz, sem mais delongas, remeter o processo ao tribunal, e surgindo qualquer obstáculo à respectiva remessa, o apelante deverá se utilizar da reclamação (art. 988, CPC).

5.4 Juízo de retratação

Retratação é o ato pelo qual o magistrado, por nova decisão, invalida a que proferiu anteriormente.

Via de regra, nos termos do artigo 494 do Código de Processo Civil, uma vez publicada a sentença só é lícito ao juiz modificá-la, de ofício ou a requerimento da parte para correção de erros materiais e de cálculo, ou em razão de embargos de declaração. Como exceções a esta regra, nas hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido (arts. 330 e 332 do CPC), interposto o respectivo recurso de apelação, o juiz poderá retratar-se⁴⁸ no prazo de cinco dias. Por se tratar de prazo judicial, não é ele preclusivo, de modo que mesmo após o seu transcurso ainda é possível essa retratação.

Se contra a sentença de indeferimento da petição inicial for interposto o recurso de apelação e o juiz sentenciante não se retratar, havendo reforma pelo tribunal, o prazo para o réu contestar começará a fluir da sua intimação do retorno dos autos à primeira instância⁴⁹, observando-se o disposto no artigo 334 sobre a designação de audiência de mediação ou conciliação. Isso porque sua *citação* já ocorreu antes, porém para oferecer contrarrazões⁵⁰.

Já na hipótese de improcedência – *prima facie* – liminar do pedido, havendo retratação pelo juiz sentenciante, será determinado o prosseguimento do processo com a citação do réu para contestar. Por outro lado, sem retratação, o réu será citado para oferecer contrarrazões, e

sendo provida a apelação e anulada a sentença, ao réu deverá ser aberto prazo para contestar⁵¹.

Pelo § 3º do artigo 1.013 do Código de Processo Civil, em certos casos – previstos nos seus incisos I a IV – “se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito”. É certo que tal previsão busca assegurar a celeridade processual⁵², o que é positivo. Isso, todavia, não autoriza que garantias constitucionais sejam vilipendiadas. Deste modo, “se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito”; contudo, verificando a ausência de tais condições o tribunal não poderá aplicar o § 3º do artigo 1.013. É o caso, por exemplo, do recurso de apelação interposto contra sentença de indeferimento liminar da petição inicial, pois anulando a sentença o tribunal não poderá decidir o mérito para acolher o pedido do autor sem antes oportunizar ao réu o oferecimento de sua contestação, haja vista a patente afronta ao direito do contraditório. Por outro lado, em se tratando de questão que dispensa a fase instrutória, independentemente de citar o réu – apelado – o tribunal poderá julgar liminarmente improcedente o pedido, tal como autoriza o artigo 332 do Código de Processo Civil. Nem se cogite falar em exceção à regra de que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, disciplinada pelo artigo 9º do Código de Processo Civil, afinal a decisão proferida nesta situação favorece o réu.

Assim, sempre que toda matéria estiver devida e suficientemente discutida pelas partes, viabilizando a formação do convencimento dos magistrados, não haverá óbices ou qualquer tipo violação capaz de impedir o tribunal de, após anular a sentença, prosseguir diretamente com o julgamento sobre o mérito da ação.

6. O procedimento no tribunal

Recebido no tribunal e não sendo o caso de prevenção, o recurso de apelação será registrado e imediatamente distribuído⁵³, cabendo ao relator sorteado observar o disposto no artigo 932 do Código de Processo

Civil. Na hipótese de as partes já terem interposto outro recurso anteriormente, a apelação será distribuída ao relator prevento, e para tanto há que se observar as normas do regimento interno do respectivo tribunal que versam sobre o assunto⁵⁴. Afinal, o artigo 96, I, da Constituição Federal é expresso ao dispor que compete *privativamente* aos tribunais “eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

Com os autos conclusos, e sendo uma das hipóteses do artigo 932, III a V, do Código de Processo Civil, o artigo 1.011, I, permite que o relator decida monocraticamente sobre a admissibilidade ou mérito do recurso de apelação. Constatada a presença de vício – sanável – capaz de inviabilizar o conhecimento do recurso, o relator não poderá considerá-lo inadmissível sem antes conceder ao recorrente prazo – *cinco dias úteis* – para a respectiva regularização⁵⁵.

Frise-se que o artigo 1.011, I, do Código de Processo Civil não afasta o poder do relator de também apreciar e decidir monocraticamente sobre outros assuntos previstos no artigo 932, tal como ocorre, por exemplo, com a tutela provisória⁵⁶.

Não sendo o caso de proferir decisão monocrática relacionada às hipóteses do artigo 932, III a V, o relator elaborará seu voto e devolverá os autos à secretaria com relatório⁵⁷ para julgamento pelo órgão colegiado. O julgamento se dará por decisão de três magistrados⁵⁸, facultada a sustentação oral⁵⁹, a qual poderá ser realizada por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, quando o advogado que possuir domicílio profissional em cidade diversa daquela em que está sediado o tribunal, o requerer até o dia anterior da sessão⁶⁰.

Considerando a possibilidade de as partes suscitarem questões preliminares, estas deverão, por óbvio, ser decididas antes do mérito se com este forem incompatíveis⁶¹. Caso a preliminar suscitada seja acolhida para reconhecer algum vício sanável, ou este seja cognoscível de ofício, o relator determinará a realização ou renovação do ato processual no próprio tribunal ou em primeira instância, intimando as partes⁶².

Cumpridas estas providências, o relator sempre que possível prosseguirá no julgamento do recurso⁶³.

Na hipótese do relator reconhecer a necessidade de produção de provas, ele converterá o julgamento em diligência a ser realizada no próprio tribunal ou em primeira instância e, concluída a instrução, dará sequência ao julgamento do apelo⁶⁴.

Ainda que o relator conclua não ser o caso de nenhuma das providências acima – previstas nos §§ 1º e 3º do artigo 938 –, o órgão colegiado competente para julgamento do recurso poderá determiná-las caso as repute pertinentes⁶⁵.

Sendo o caso de rejeição das preliminares, ou não sendo elas incompatíveis com o mérito, prosseguir-se-á com a discussão e o julgamento do mérito do recurso (matéria principal). Pendendo julgamento de agravo de instrumento anteriormente interposto, este deverá ser julgado antes da apelação⁶⁶.

6.1 Juízo de admissibilidade

Ao fazermos a introdução deste trabalho, dissemos que o exercício dos direitos de ação ou defesa compreende o direito de recorrer. Interposto o recurso, compete ao relator a análise sobre sua admissibilidade⁶⁷. Neste momento o relator se limita a verificar se foram atendidos todos os pressupostos de existência e regularidade do direito de recorrer, sem adentrar a análise do mérito, razão pela qual o simples fato do recurso ser admitido não significa que as respectivas razões serão acolhidas; daí a distinção entre o *juízo de admissibilidade* e o *juízo de mérito*. Somente se o recurso for considerado admissível é que o relator prosseguirá dando início à análise da respectiva fundamentação, momento em que será apreciado e debatido o pedido de integração, anulação ou reforma da decisão, seja ela interlocutória ou sentença.

Qualquer que seja a espécie recursal, o julgamento de sua admissibilidade envolverá os seguintes pontos: *a)* cabimento do recurso; *b)* legitimidade; *c)* interesse; *d)* recolhimento do preparo e do porte de remessa e retorno; *e)* tempestividade; *f)* regularidade quanto aos re-

quisitos formais; g) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer e h) dialeticidade do recurso.

Lembrando o que afirmamos ao tratarmos do preparo e do porte de remessa e retorno, o parágrafo único do artigo 932 do Código de Processo Civil estabelece que, “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”⁶⁸. cremos, contudo, que isto não significa que em toda e qualquer hipótese o recorrente poderá ser beneficiado por essa regra. Um exemplo disto, como já vimos, é o caso do não atendimento ao princípio da dialeticidade, hipótese esta que por não se tratar de um vício meramente formal, mas sim de deficiência na fundamentação do recurso, não é passível de regularização posterior. Apenas para termos mais um exemplo, imaginemos que julgando antecipadamente o mérito de uma ação o juiz acolha um dos pedidos do autor que tenha se mostrado incontroverso (art. 356, I, CPC). Neste caso, embora se trate de decisão sobre o mérito da ação, contra ela *só cabe agravo de instrumento*, tal como impõe o artigo 356, § 5º, do Código de Processo Civil. Portanto, se o réu equivocadamente se insurgir através de recurso de apelação, este será inadmissível em decorrência de um vício insanável (não cabimento do recurso), sem que o relator esteja obrigado a conceder prazo para a respectiva regularização. E nem se cogite que o recurso interposto erroneamente deve ser conhecido por força do princípio da fungibilidade dos recursos, haja vista que estaremos diante de erro grosseiro, e não de dúvida razoável.

Quanto à tempestividade, convém tecermos algumas considerações. A intempestividade do recurso resulta na sua inadmissibilidade, e por tratar-se de vício insanável é insuscetível de correção.

De forma geral, o artigo 1.003, § 6º, do Código de Processo Civil, determina que, nos casos em que a tempestividade de algum recurso depender da comprovação de um feriado local, o recorrente deverá demonstrar tal circunstância “*no ato de interposição*”. Já no caso de agravo de instrumento, o artigo 1.017, I, obriga o agravante a comprovar sua tempestividade instruindo o recurso com documento oficial. Entretanto, se a parte interpôs o recurso sem comprovar, no mesmo

momento, que é tempestivo, poderá fazê-lo posteriormente, pois o relator está impedido de considerar o recurso inadmissível antes de viabilizar a respectiva regularização (art. 932, par. único, CPC). Assim, cremos que, não sendo o caso de intempestividade *prima facie*, o relator só poderá reputar o recurso extemporâneo se após conceder prazo para comprovação da tempestividade o recorrente deixar de fazê-lo.

Especificamente no caso de recurso extraordinário ou especial, não sendo um erro “grave”, o artigo 1.029, § 3º, dispõe que “o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção”. Note-se que referido dispositivo estabelece que a desconsideração ou a correção do vício formal só poderá ocorrer se o recurso for *tempestivo*; e esta má redação legislativa pode levar o intérprete ao equivocando entendimento de que a tempestividade desses recursos – extraordinário e especial – deve ser comprovada impreterivelmente no instante de sua interposição, como dispõe o artigo 1.003, § 6º, não se admitindo posterior regularização. Entretanto, como acabamos de sustentar, não estando diante de explícita e incontestável intempestividade; o relator deve obedecer o artigo 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e conceder cinco dias úteis para que o recorrente possa demonstrar a interposição no prazo correto.

Lamentavelmente, o Superior Tribunal de Justiça vem interpretando de forma isolada e literal⁶⁹ o mencionado artigo 1.003, § 6º, concluindo que no caso de feriado local a tempestividade do recurso deve ser comprovada “*no ato de interposição do recurso*”. Entenderam que os artigos 932, p. único, e 1.029, § 3º, do Código de Processo Civil, por serem “*de âmbito geral*”, não prevalecem sobre a norma de caráter especial do artigo 1.003, § 6º.

Com a devida vênia, se também interpretarmos literalmente o referido parágrafo único do artigo 932, concluiremos que o simples fato

Não sendo o caso de intempestividade *prima facie*, o relator só poderá reputar o recurso extemporâneo se após conceder prazo para comprovação da tempestividade o recorrente deixar de fazê-lo

do artigo 1.003, § 6º, exigir que a ocorrência de feriado local seja comprovada “*no ato de interposição do recurso*”, não desobriga o relator de conceder o prazo de cinco dias para regularização. Afinal, a redação daquele dispositivo é inequívoca ao determinar que, antes de considerar inadmissível o recurso, “o relator concederá” o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”. Desta forma, mesmo sendo literalmente exigida a juntada de documentos que comprovem o feriado local no ato de interposição do recurso, na hipótese de isso não ter ocorrido o relator está patentemente obrigado a viabilizar a regularização.

Nos parece, com o devido respeito, que o único propósito desse entendimento – apegado ao formalismo excessivo – é a construção de *jurisprudência defensiva*, criando barreiras destinadas à diminuição do volume de trabalho a ser desempenhado pelos magistrados, haja vista a consequente redução da quantidade de recursos a serem julgados. Isto, infelizmente, além de ir no sentido oposto a um dos deveres dos magistrados (art. 35, I, LC 35/1979), afronta a segurança jurídica, uma vez que por exagerado amor ao formalismo a decisão que foi objeto de recurso não será revista para ser anulada, reformada ou confirmada, prevalecendo a incerteza que sobre ela recai e colocando em dúvida a efetividade da prestação jurisdicional.

Essa manobra, na verdade, está longe de beneficiar os tribunais com a diminuição do volume de trabalho; afinal, contra a decisão do relator que contrariar o artigo 932, parágrafo único, para julgar o recurso inadmissível, será interposto agravo interno e, dependendo do que o órgão colegiado decidir, haverá novo recurso, e a parte lesada seguirá se insurgindo até não ser mais possível recorrer.

Em suma, mesmo quando for obrigatória a juntada de documentos, seja ou não para comprovação da tempestividade do recurso, o Código de Processo Civil, no parágrafo único de seu artigo 932, é expresso – literalmente – ao *proibir* o relator de considerar o recurso inadmissível antes de oportunizar ao recorrente a complementação da “*documentação exigível*” para a respectiva interposição.

7. Efeito suspensivo

O artigo 995 do Código de Processo Civil traz a regra geral de que “os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”. Ou seja, a interposição de recurso *per se* não é suficiente para impedir a propagação dos efeitos da decisão recorrida.

Entretanto, no caso específico do recurso de apelação, o artigo 1.012 do Código de Processo Civil estabelece, como regra, ser ele dotado de efeito suspensivo – *ope legis*. Dessa forma, a sentença só produzirá efeitos se o recurso de apelação for intempestivo, inadmitido ou improvido.

Convém observar que a sentença “que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária”, produzindo efeito de hipoteca judiciária mesmo se atacadas por recurso dotado de efeito suspensivo⁷⁰.

Em seu § 1º, o artigo 1.012 do Código de Processo Civil traz exceções à atribuição *ope legis* do efeito suspensivo. Pelo referido dispositivo, a sentença começa a produzir efeitos logo após sua publicação quando: *a)* homologar divisão ou demarcação de terras; *b)* condenar a pagar alimentos; *c)* extinguir sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; *d)* julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem; *e)* confirmar, conceder ou revogar tutela provisória; e *f)* decretar a interdição. Nestas hipóteses o autor poderá promover o cumprimento provisório da sentença⁷¹.

Apesar do efeito suspensivo do recurso de apelação estar expressamente afastado nos casos listados pelo artigo 1.012, § 1º, o apelante poderá requerê-lo ao relator – *ope judicis* – desde que demonstre: *a)* a probabilidade do recurso ser provido – *fumus boni iuris* –, isto é, a efetiva e potencial chance de o tribunal dar provimento à apelação; *ou b)* mediante relevante fundamentação – *fumus boni iuris* – de que a imediata produção de efeitos da sentença implicará riscos de dano grave, de difícil ou impossível reparação⁷². Nesta segunda situação, ainda que seja relevante a fundamentação, se não ficar demonstrado o risco de dano, o efeito suspensivo não deverá ser concedido.

O rol de hipóteses do artigo 1.012, § 1º, não é taxativo, havendo na legislação outros casos em que o recurso de apelação é recebido apenas no efeito devolutivo, como por exemplo na apelação interposta contra sentença preferida em processo de busca e apreensão⁷³.

Observe-se que numa determinada ação ao autor é facultado formular vários pedidos, sendo que na respectiva sentença o juiz resolverá todos eles. Contra essa sentença caberá recurso de apelação, podendo ocorrer que para cada um dos capítulos da sentença a legislação atribua efeitos distintos. Em outras palavras, com relação ao capítulo da sentença que decide sobre o pedido “A” o recurso pode ser dotado de efeito suspensivo, e o mesmo não ocorrer para o capítulo relativo ao pedido “B”. Deste modo, presentes os pressupostos, ao apelante caberá requerer a concessão do efeito suspensivo – *ope judicis* – quanto ao capítulo impugnado ao qual a lei não o atribuiu.

Quanto ao momento adequado para requerimento do efeito suspensivo, o apelante deverá formulá-lo: *a) ao tribunal* no período compreendido entre a interposição do recurso e sua distribuição⁷⁴; ou *b) diretamente ao relator* caso a apelação já tenha sido distribuída⁷⁵. No que se refere à *prevenção* do relator, o artigo 96, I, da Constituição Federal estabelece que compete privativamente aos tribunais, através de seus regimentos internos, expedirem normas sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais – *o que abarca a prevenção* – e administrativos⁷⁶, não podendo o legislador ordinário tratar desse assunto.

8. Efeitos devolutivo e translativo

Quando da propositura da ação, o autor, observando os requisitos do artigo 319 do Código de Processo Civil, deve apresentar todos os fatos e os fundamentos jurídicos de seu pedido, justificando os motivos pelos quais entende ser o titular do direito alegado. Ao réu, em contestação, tal como exigem os artigos 336 e 337 do mesmo diploma normativo, incumbe alegar toda sua matéria de defesa, arguindo as preliminares que forem pertinentes ao caso, bem como expondo as razões de fato

e de direito com que impugna o pedido do autor. Às partes incumbe a comprovação de tudo que foi alegado⁷⁷, devendo o juiz conhecer da matéria e por sentença decidir a lide. A parte que se sentir prejudicada⁷⁸ poderá interpor recurso de apelação expondo seu inconformismo e todas as razões que fundamentam o pedido de reforma ou invalidação da sentença – *princípio da dialeticidade*.

O artigo 1.013 do Código de Processo Civil estabelece que “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”. Isso significa que ao tribunal somente será repassado o conhecimento daquilo que for efetivamente impugnado pelo recurso de apelação – *tantum devolutum quantum appellatum*. Desta forma, no caso de apelação parcial o recorrente não transferirá ao tribunal o conhecimento de toda matéria que foi objeto da ação sentenciada⁷⁹, mas somente da parcela que foi pontualmente impugnada pelo recurso interposto – extensão do *efeito devolutivo*. Isto, contudo, não afasta a possibilidade do tribunal, de ofício, adentrar no reexame de todas as demais questões discutidas e suscitadas no processo, mesmo que não tenham sido resolvidas pela sentença, desde que relativas ao capítulo impugnado no apelo. Trata-se do chamado *efeito translativo* da apelação, que se encontra previsto pelos §§ 1º e 2º do artigo 1.013 do Código de Processo Civil.

O código revogado⁸⁰ já previa a possibilidade do tribunal conhecer de todas as questões discutidas e suscitadas no processo, ainda que não tivessem sido apreciadas por inteiro na sentença. Pelo novo regramento, apesar dessas questões debatidas e suscitadas no processo não terem sido solucionadas pela sentença, o tribunal só poderá delas conhecer se estiverem relacionadas ao *capítulo da sentença impugnado*⁸¹. Resta inequívoco que, pela inovação legislativa, se determinado capítulo da sentença não for impugnado em apelação – *recurso parcial* –, transitará desde logo em julgado.

O § 2º do artigo 1.013, por sua vez, prescreve que, no caso do juiz sentenciar acolhendo apenas um dos fundamentos do pedido do autor – causa de pedir – ou de defesa do réu, a mera interposição do recurso de apelação já permite que o tribunal, independentemente de requerimento específico das partes – *de ofício* –, conheça dos demais. Poder-se-ia argumentar que antes dessa atuação oficiosa o tribunal deve ouvir

a parte contrária⁸², o que, com o devido respeito, não nos parece necessário. Afinal, por se tratar de decisão sobre fundamentos do pedido do autor ou do réu, às partes já foi dada a oportunidade de se manifestarem anteriormente. Ou seja, sobre o pedido e respectivos fundamentos apresentados pelo autor e pelo réu em primeira instância, a ambos já foi deferido o contraditório. Na fase recursal, portanto, pelo § 2º do artigo 1.013, para conhecer dos demais fundamentos do pedido acolhido pela sentença – seja em favor do autor ou do réu –, o tribunal se valerá das manifestações já apresentadas pelas partes em primeira instância, fase em que à parte adversa também foi oportunizado o contraditório.

Também poderá o tribunal, de ofício, conhecer e decidir sobre quaisquer das matérias de ordem pública⁸³. Nesta hipótese, sendo a atuação oficiosa e nos autos não havendo debate prévio sobre elas, necessário se mostra que o tribunal viabilize o contraditório, não sendo lícito decidir em desfavor de uma parte sem sua prévia oitiva, tal como exige o artigo 5º, LV, da Constituição Federal e artigos 9º e 10º do Código de Processo Civil. Ainda a respeito de questões de ordem pública, mesmo que tal matéria já tenha sido anteriormente posta em discussão, quando do julgamento do recurso de apelação o tribunal poderá reapreciá-las. Note-se que o artigo 485, § 3º, do Código de Processo Civil é expresso ao dispor que “*enquanto não ocorrer o trânsito em julgado*” serão cognoscíveis de ofício todas as matérias listadas nos incisos IV, V, VI e IX. Deste modo, enquanto não encerrada a prestação da tutela jurisdicional, tais questões poderão ser reapreciadas em qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente de provocação da parte.

Por último, tendo a sentença reconhecido a decadência ou a prescrição, o § 4º do artigo 1.013 determina que, *sendo possível*, após reformar a sentença o tribunal julgará o mérito examinando as demais questões discutidas e suscitadas no processo, não devendo haver o retorno dos autos para a primeira instância. Por certo, para que o tribunal possa prosseguir com o julgamento apreciando as demais questões, mister se faz que o *processo esteja em condições de imediato julgamento*⁸⁴, isto é, para o tribunal apreciar o mérito é necessário que ao apelado tenha sido assegurado o exercício do contraditório. Dito de outra forma, caso na apelação o recorrente se insurja contra o decreto de prescrição ou

decadência e também invoque os §§ 3º e 4º do artigo 1.013 para colocar em debate o mérito, e o apelado já tenha tido a oportunidade de exercer o contraditório em contrarrazões, fica viabilizado o julgamento pelo tribunal. Não sendo este o caso, ou seja, não havendo discussão sobre o mérito no recurso, o tribunal não poderá prosseguir com o julgamento sem antes viabilizar o contraditório.

Conclusões

O recurso de apelação pode ser interposto contra todo e qualquer pronunciamento judicial que se caracterize como sentença, ainda que em procedimentos de jurisdição voluntária, sendo ainda o meio adequado para – *em sede de preliminar* – impugnar decisões interlocutórias contra as quais a legislação processual não admite a interposição de agravo de instrumento.

É a apelação o recurso que melhor representa o princípio do duplo grau de jurisdição, pois sua interposição pode transferir ao tribunal o conhecimento de toda matéria debatida em primeira instância, viabilizando a confirmação, reforma ou invalidação da sentença impugnada.

Diante das profundas alterações legislativas, e com o intuito de tornar o processo mais célere, resta aos operadores do direito aguardarem o transcurso de prazo razoável para que se possa verificar como a jurisprudência se posicionará sobre todas as relevantes inovações.

Notas

1. Carlos Alberto Del Papa Rossi. Advogado. Especialista em Direito Processual Civil (PUC/SP). Especialista em Direito Tributário (PUC/SP). Especialista em Direito Empresarial (FGV/MBA).
2. ROSSI, Carlos Alberto Del Papa. *Tutelas provisórias na Lei 13.105/2015 – Novo código de processo civil*, in *Revista Judiciária do Paraná*, n. 11, Paraná: Bonijuris. Associação dos Magistrados do Paraná, 2016, p. 94. Artigo também publicado pela *Revista Bonijuris*, n. 632. Paraná: Bonijuris, 2016.
3. Art. 1.001, CPC.
4. Art. 203, § 1º, CPC.

5. Art. 1.009, CPC.
6. Como já tivemos a oportunidade de escrever, a Lei 13.105/15 é taxativa quanto às decisões interlocutórias que desafiam agravo de instrumento. Ao contrário do que previa o CPC/1973, não é contra toda e qualquer decisão interlocutória que a parte pode interpor o agravo. ROSSI, Carlos Alberto Del Papa. O agravo de instrumento na Lei 13.105/15 – Novo código de processo civil. Revista *Âmbito Jurídico* n. 148, *Revista Jurídica Eletrônica*, ano XIX, maio – 2016.
7. “Recurso em mandado de segurança. Impetração contra despacho que determina o cancelamento da distribuição, com arquivamento dos autos, em razão da ausência de conexão da demanda em relação a outra ação em trâmite no mesmo juízo. Teratologia do ato judicial. ausência de recurso próprio, por se tratar de mero despacho. Violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. cabimento excepcional do mandado de segurança. Recurso provido. 1. Na linha da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, revela-se incabível, em regra, o mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição, nos termos do que proclama a Súmula n. 267/STF, sendo admitido somente em casos excepcionalíssimos, como nas hipóteses de flagrante ilegalidade, ato abusivo ou em situações teratológicas. 2. No caso em exame, foi proferido um mero despacho, conforme designado pelo próprio Juiz prolator, que determinou o cancelamento da distribuição da ação de prestação de contas, com arquivamento dos autos, por entender que não havia conexão com a ação de despejo em trâmite no mesmo Juízo. 3. Tal o quadro delineado, impõe-se reconhecer a excepcionalidade da hipótese a justificar o cabimento do mandado de segurança, porquanto, além do fato de que contra o referido despacho não cabia qualquer recurso, a teor do que dispunha o art. 504 do CPC/1973, vigente à época, a medida adotada pelo Juízo de primeiro grau, de cancelar a distribuição do feito em razão da ausência de conexão com outra demanda já ajuizada, arquivando-se, em consequência, os autos, revela-se manifestamente equivocada, afrontando, inclusive, o princípio da inafastabilidade da jurisdição. 4. Recurso provido.” (STJ – 3ªT, RMS n. 54.215/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 29.05.2018.
8. Art. 356, § 5º, CPC.
9. ROSSI. Carlos Alberto Del Papa. O agravo de instrumento na lei 13.105/2015 – Novo código processo civil. *Revista âmbito Jurídico*, n. 148 – Ano XIX – Maio/2016.
10. Art. 1.009, § 3º, CPC
11. Súmula 99, STJ: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”.
12. Art. 119, par. único, CPC.
13. Arts. 121/123, CPC.
14. Art. 124, CPC.
15. Art. 122, CPC.
16. O “terceiro prejudicado” é aquele que antes de ser proferida a sentença poderia ter participado de todo o processo na condição de assistente de uma das partes.

17. Ver arts. 121, par. único; 343, § 5º, CPC.
18. “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, *não beneficiando*, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.” (CPC/1973).
19. De forma semelhante, aclarando o intuito do legislador, pelo artigo 1.068 da Lei 13.105/15 o artigo 274 do Código Civil, que passou a dispor que “o julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita-lhes, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles”.
20. Art. 997, CPC.
21. Arts. 212 e 1.003, § 5º, CPC.
22. Art. 1.003, CPC.
23. Art. 1.003, § 6º, CPC.
24. Art. 1.003, § 3º, CPC.
25. Art. 1.003, § 4º, CPC.
26. Art. 1.010, CPC.
27. Requisito não constante do artigo 514 do CPC/1973.
28. Art. 1.010, III, CPC.
29. “(...) 2. Não basta ao recorrente afirmar o desacerto da decisão agravada, mas, pelo princípio da dialeticidade, é indispensável confrontar os argumentos nela desenvolvidos com aqueles que entende corretos. (...)” – STJ – 2ªT., AgRg no Ag 1215526 / BA, Rel. Min. Castro Meira, DJe 15.12.2009.
30. TJ/PR – 14ª C. Cív., AI n. 1555694-8, Rel. Des. José Hipólito Xavier da Silva, decisão monocrática, Julg. 15.07.2016, DJ 1849, 26/07/2016.
31. STJ – 2ªT., REsp n. 255169/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 15.10.2001, p. 256.
32. STJ – 3ªT., AgRg nos EDcl no REsp 1317985/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 05.02.2015.
33. STJ – 2ªT., REsp 1195789/ES, Rel. Min. Mauro Campbell, DJe 08.10.2010.
34. STJ – 4ª T., AgInst no AREsp 1.080.703/ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 29.08/2018.
35. Ver item 3.
36. “(...) 1. É assente tanto na doutrina quanto na jurisprudência que o erro material pode ser corrigido a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte, mesmo após o trânsito em julgado da decisão, sem que isso ofenda o instituto da coisa julgada. 2. Erro material é aquele perceptível ‘primu ictu oculi’ e sem maior exame, a traduzir desacordo entre a vontade do juiz e a expressa na sentença” (RSTJ 102/278). (...)”, STJ – 6ª T., AgRg no AgRg no REsp n. 839.542/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 01.02.2012.
37. Ver arts. 485, IV, V, VI e IX, e § 3º; e 494, CPC.
38. ROSSI, Carlos Alberto Del Papa. *O agravo de instrumento na lei n. 13.105/2015 – Novo código de processo civil*. Revista Âmbito Jurídico n. 148, Revista Jurídica

- Eletrônica, ano XIX, maio – 2016.
39. Legislação federal ou estadual que versa sobre os recursos que implicam os recolhimentos e seus respectivos montantes.
 40. *Deserção* é a pena aplicada ao recorrente que acarreta o não conhecimento do recurso interposto pelo não pagamento da taxa judiciária ou custas de porte de remessa e retorno.
 41. Vide item 6.1. deste trabalho.
 42. No caso de agravo, combinar o artigo 932, p. único, com o artigo 1.017, § 3º.
 43. Art. 1.010, § 1º, CPC.
 44. Art. 1.010, § 2º, CPC.
 45. Ver art. 139, I, CPC.
 46. Art. 518, § 2º, CPC/1973.
 47. Art. 518, § 1º, CPC/1973.
 48. Arts. 331 e 332, § 3º, CPC.
 49. Art. 331, § 2º, CPC.
 50. Art. 331, § 1º, CPC.
 51. Art. 332, § 4º, CPC.
 52. Art. 5º, LXXVIII, CF/1988 e art. 6º, CPC.
 53. Arts. 929, 930 e 1.011, CPC, e art. 93, XV, CF/1988.
 54. Ver art. 96, I, CF/1988, e art. 930, par. único, CPC.
 55. Art. 932, par. único, CPC.
 56. Artigo, 932, II, CPC.
 57. Arts. 931 e 1.011, II, CPC.
 58. Art. 941, § 2º, CPC.
 59. Art. 937, CPC.
 60. Art. 937, § 4º, CPC.
 61. Art. 938, CPC.
 62. Art. 938, § 1º, CPC.
 63. Art. 930, § 2º, CPC.
 64. Art. 938, § 3º, CPC.
 65. Art. 938, § 4º, CPC.
 66. Art. 946, CPC.
 67. Art. 932, III, CPC.
 68. No caso de agravo, combinar o artigo 932, p. único, com o artigo 1.017, § 3º.
 69. “Agravo interno. Intempestividade do recurso. Suspensão dos prazos processuais. Não comprovação no ato de interposição. Art. 1003. § 6º, CPC/2015. Corpus Christi. Feriado local. Recurso não provido. 1. Segundo o entendimento firmado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgInt no AREsp n. 957.821/MS, (julgado em 20/11/2017), nos recursos protocolados na vigência do novo Código de Processo Civil, para fins de aferição de tempestividade, a ocorrência de feriado local deverá ser comprovada, mediante documento idôneo, no ato da interposição do recurso, nos termos da disposição expressa contida no

§ 6º do art. 1.003 do CPC/2015. 2. O feriado nacional deve estar previsto em lei federal, contudo, o dia de Corpus Christi (Corpo de Cristo) é feriado local, uma vez que não previsto em qualquer legislação federal e, portanto, sua eventual ocorrência na instância de origem exige comprovação nos autos pela parte interessada por meio de documento idôneo, no ato de interposição. 3. A interpretação literal da norma expressa no § 6º do art. 1.003 do CPC/2015, de caráter especial, sobrepõe-se a qualquer interpretação mais ampla que se possa conferir às disposições de âmbito geral insertas nos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3º, do citado diploma legal. 4. 'A parte recorrente deve comprovar a existência do feriado ou o ato de suspensão por meio de documentação idônea, não servindo a essa finalidade mera menção, no corpo da petição, da existência de legislação ou ato normativo.' (AgInt no AREsp 1090574/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 19/12/2017). 5. Agravo interno não provido". STJ – 4ª T., AGInt no AREsp 1.296.642/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 28.08.2018.

70. Art. 495, § 1º, III, CPC.
71. Art. 1.012, § 2º, CPC.
72. Arts. 995, p. único, e 1.012, § 4º, CPC
73. Art. 3º, § 5º, Decreto-lei 911/69.
74. Art. 1.012, § 3º, I, CPC.
75. Art. 1.012, § 3º, II, CPC.
76. A título de exemplo, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em seus artigos 105/107 dispõem sobre a prevenção.
77. Art. 373, CPC.
78. Art. 996, CPC.
79. Arts. 141, 492, 1.002 (parte final), 1.008, 1.013, *caput* e § 1º, CPC.
80. Art. 515, CPC/1973.
81. Art. 1013, § 1º, CPC.
82. Arts. 9º e 10º, CPC.
83. Art. 485, § 3º, CPC.
84. Tal como ressalta o artigo 1.013, § 3º, CPC.

Referências

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do Brasil comentado*, vol. 1. 9. ed. São Paulo, 1951.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CRETILLA Júnior, José. *Curso de filosofia do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

- RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, 1º v., 2. ed. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.
- ROSSI, Carlos Alberto Del Papa. O agravo de instrumento na Lei 13.105/15 – Novo código de processo civil. Revista *Âmbito Jurídico* n. 148, *Revista Jurídica Eletrônica*, ano XIX, 2016. Disponível eletronicamente em 11/09/2018 pelo link: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17207.
- _____. Tutelas provisórias na Lei 13.105/15 – Novo código de processo civil. In *Revista Judiciária do Paraná*, n. 11, Paraná: Bonijuris. Associação dos Magistrados do Paraná, 2016. Também publicado pela Revista Bonijuris, n. 632, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil*, vol. 1, *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, 10. ed. São Paulo: RT, 2008.

O dano presumido nas ações de improbidade administrativa

Luís Mauro Lindenmeyer Eche¹

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: O uso do termo dano presumido ou dano *in re ipsa* de forma indiscriminada na ação de improbidade administrativa pode vir a trazer reflexos negativos ao devido processo legal. Não há confundir dano presumido, em sede de improbidade administrativa, com o dano *in re ipsa*, instituto importado do Direito Civil. A falta de cuidado com o tema poderá ensejar a prolação de sentenças injustas com violação a outros princípios caros ao ordenamento.

Introdução

A LEI DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LIA (8.429/92) é um eficaz instrumento de controle da atividade do administrador público. Visa, a um só tempo, estabelecer regras claras de conduta para os agentes públicos e para aqueles que com eles se relacionam, bem como sinalizar, em rol não taxativo, condutas que são proibidas, quer por causarem enriquecimento sem causa (art. 9º), quer porque acarretam dano ao erário (art. 10), quer por violarem princípios caros à administração pública (art. 11).

O ressarcimento ao erário é uma das maiores finalidades das ações de improbidade que discutem dano ao patrimônio público. Às vezes, a constatação e apuração desse dano é relativamente simples. Porém,

há outras situações em que a apuração do dano é tão ou mais difícil do que comprovar a própria prática do ato ímprobo. A situação se agrava quando a tese defensiva ventilada reside justamente na inexistência de dano ao erário (o que é usual nessas ações).

Essa problemática surge constantemente nas ações fundadas em dano presumido, mais precisamente nos casos de dispensa ou fraude de licitação. Como sabido, o STJ passou a se orientar no sentido de que, versando a ação de improbidade sobre dispensa ou frustração de licitação (art. 10º, VIII, da LIA), o dano seria *in re ipsa*, estando o autor da ação dispensado de comprová-lo. Não obstante, há diversos julgados de tribunais estaduais que, não sem razão, resistem em aplicar o entendimento, justamente por falta de prova do dano.

Dessa forma, é necessário aprofundar o tema porque, ainda que seja possível se partir de uma presunção de ocorrência de dano, isso não significa, necessariamente, que ele ocorra em todas as hipóteses fáticas. Logo, é mister a adequada apreensão do termo *in re ipsa* em se tratando de improbidade administrativa. Outrossim, se revela importante analisar questões práticas que elucidaram as proposições que serão realizadas no presente artigo.

1. Do dano *in re ipsa*

Dano *in re ipsa* é expressão oriunda da responsabilidade civil umbilicalmente vinculada à lesão a bens imateriais de pessoas físicas². Justamente pelo bem jurídico maculado não possuir concretude, o que tornaria inviável a produção de provas do dano a esse bem – nos termos usualmente reconhecidos pela ciência –, é que se construiu a teoria do dano *in re ipsa*, que consiste, em resumo, em situações que, uma vez vivenciadas, fazem presumir a ocorrência de uma lesão aos elementos anímicos do indivíduo. Calha transcrever as ponderações de Sérgio Cavalieri Filho: “o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum” (2006, p. 108).

Logo, pelo que se extrai da própria definição, não se cogita da possibilidade de o agente responsável pelo fato danoso fazer contraprova da não ocorrência do lesão. Ele pode, à evidência, debater se foi ou não praticada determinada conduta reputada ilícita, arguir causas de isenção de responsabilidade civil, inclusive pode discutir se determinado fato é causa eficiente ou não a causar dano aos bens imateriais do indivíduo. Porém, o dano em si é incontestável. Concluído que dada situação interfere sensivelmente nos elementos anímicos de um indivíduo, o reconhecimento do dano moral é o curso ordinário da aplicação da norma.

Um exemplo traz luzes ao que foi apresentado. Se *A*, que nunca teve seu nome inscrito em órgãos de restrição de crédito, foi inserido injustamente em tais órgãos por *B*, este não poderá fazer prova de que a positivação do nome de um indivíduo não causa danos morais porque se cuida de hipótese de dano moral *in re ipsa*. O dano decorre *ipso facto* da inscrição indevida.

Dessarte, é fácil concluir que a teoria do dano moral *in re ipsa* se qualifica como hipótese de dano presumido. Entretanto, é impositivo observar que o dano presumido é um gênero, que possui diversas sub-classificações, como se verificará a seguir.

2. Do dano presumido

Por definição, a presunção não é um meio de prova ou mesmo uma prova propriamente dito. Trata-se de um raciocínio, uma dedução que, a partir de um fato provado, chegasse a outro, que se pretende demonstrar (LOPES, 2007, p. 66).

As presunções se subdividem em dois grandes grupos: legais e *hominis*. Para o presente estudo interessam as presunções legais uma vez que, segundo o entendimento jurisprudencial do STJ, a presunção do dano, no caso de frustração de licitação, deriva da própria lei.

A presunção legal, por seu turno, é subdividida em presunção *iuris tantum* e presunção *iuris et de iure*. Aquela é empregada quando se está diante de presunções relativas, que admitem a produção de prova des-

tinada a descredibilizar a presunção legal; esta, quando a presunção é absoluta, não admitindo prova em contrário.

Assim, o dano presumido pode tanto indicar uma situação que engesse a parte acusada de produzir provas acerca do dano (*iuris et de iure*), como pode revelar uma situação que faça presumir a ocorrência do dano, porém franqueando ao imputado infirmar a suposta ocorrência da lesão (*iuris tantum*), se valendo dos meios de prova admitidos pelo direito.

Logo, deve-se atentar que *dano in re ipsa* e dano presumido não são, necessariamente, expressões sinônimas.

Além disso, como se verificará no presente estudo, nem sempre a frustração/dispensa de licitação importará uma presunção absoluta de dano, o que revela a imprecisão do uso da expressão latina *in re ipsa* sem maior cuidado.

3. Do dano presumido em caso de frustração ou dispensa indevida de licitação

O procedimento licitatório encontra-se fundado em uma amálgama de princípios e normas que balizam e orientam a própria administração pública, tais como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade.

Já os objetivos do procedimento licitatório são dois, em resumo: 1) obtenção de proposta mais vantajosa para a administração pública; 2) possibilitar que qualquer interessado possa validamente participar da disputa pelas contratações (isonomia)³.

A violação de quaisquer dos princípios que regem a administração pública, ou das finalidades do certame licitatório engendra, em maior ou menor grau, vício na contratação, que culmina na nulidade ou anulação do contrato administrativo.

Desse modo, quando há frustração da licitação ou quando ocorre sua dispensa fora das hipóteses legais, é presumível o dano ao erário justamente porque se surrupiou do Estado a possibilidade de obter a proposta mais vantajosa, oriunda da disputa desencadeada quando da abertura do certame.

Portanto, a presunção do dano nesses casos não é algo ficto ou desarrazoado. Na verdade, decorre de um raciocínio lógico cartesiano, devendo essa guinada na jurisprudência ser vista com bons olhos. Porém, isso não imuniza o entendimento à uma análise crítica.

Debruçando-se sobre os precedentes do STJ, constata-se um uso indiscriminado da expressão *dano in re ipsa*, inclusive ponderando os julgadores que “não há perquirir-se sobre a existência de dano”⁴. Logo, há uma indicação de que a presunção de dano, nesses casos, seria absoluta. Contudo, o STJ não atentou que, na verdade, nem sempre a frustração da licitação ou sua dispensa indevida importa em uma lesão ao erário.

O plano fenomênico viabiliza uma quantidade praticamente ilimitada de hipóteses que, no mais das vezes, escapa ao alcance do legislador e do aplicador do direito. Embora plenamente admissível a teoria do dano presumido nas hipóteses de frustração de licitação ou dispensa indevida do certame, deve se observar que essa presunção pode tanto ser absoluta como relativa, a depender dos coloridos do caso.

Vejamos três situações absolutamente corriqueiras na praxe jurídica que bem evidenciam a problemática. Em determinado município foram realizadas três contratações diretas, sem realização prévia de licitação, embora a lei a exigisse. Na primeira contratação, o serviço/obra não foi prestado, embora o preço tenha sido recebido pelo contratado; na segunda, o serviço/obra foi prestado, mas não a contento, em que pese tenham sido liberados os valores integrais; na última contratação, o serviço/obra foi prestada a contento, tendo o contratado recebido o preço. Embora todas essas situações padeçam de vício insanável no plano formal (uma vez que a contratação é nula de pleno direito por falta de licitação), não há como concluir que o dano ao erário seja idêntico nos três casos, podendo, inclusive, ser discutida a própria existência de dano na última hipótese apresentada.

A aplicação da teoria do dano presumido sem maiores reflexões e sem observância das peculiaridades do caso concreto acaba por trazer problemas ao curso do processo

Logo, a aplicação da teoria do dano presumido sem maiores reflexões e sem observância das peculiaridades do caso concreto acaba por trazer problemas ao curso do processo, podendo, inclusive, culminar na prolação de uma sentença injustiça, o que deve ser evitado por todos.

Dessa feita, a fim de iniciar o trato do problema, deve-se partir da premissa de que a teoria do dano presumido pode tanto versar sobre hipótese de presunção absoluta (*iuris et de iure*) como de presunção relativa (*iuris tantum*).

Justamente por conta dessa constatação, não é recomendável o uso, em sede de improbidade administrativa, da expressão latina *in re ipsa* porque não se cuida de sinônimo de dano presumido. Somente haverá sinonímia quando a expressão dano *in re ipsa* estiver a indicar hipótese de presunção de dano *iuris et de iure*. Isto é, quando a presunção for absoluta, inviabilizando que a parte imputada produza provas sobre a inocorrência do dano. Não sendo essa a hipótese, a utilização da expressão latina se revelará imprecisa.

Outro aspecto que deve ser diferenciado, e que parece não ser apreendido cotidianamente, é que a teoria do dano presumido faz presumir a ocorrência do dano (seja essa presunção absoluta ou relativa). De modo algum ela presume a extensão desse dano, a qual sempre poderá ser objeto de debate, caso se torne ponto controvertido no curso do processo. Então, grifa-se: o dano pode ser presumido, a extensão da lesão deve ser provada.

Partindo-se, portanto, dessas constatações, e voltando a analisar as situações postas acima, pode-se concluir que, no primeiro e segundo casos (obra/serviço não prestado ou prestado não a contento), a presunção do dano é *iuris et de iure*. Ora, se o valor do contrato foi pago, não tendo havido a contraprestação pactuada, a lesão ao patrimônio público se faz presente, não havendo margem para que o imputado produza contraprova sobre sua inocorrência.

Na terceira situação, a complexidade é maior. Embora se parta de uma presunção de dano, essa presunção não pode ser considerada absoluta, mas *iuris tantum*, viabilizando que se apure se, de fato, houve dano ao erário.

Essas questões serão aprofundadas neste artigo.

4. Do problema de condenação genérica com base na teoria do dano presumido nos moldes propostos pelo STJ

Como se viu, há uma tendência na jurisprudência em reconhecer que a frustração do certame licitatório, ou sua dispensa irregular, culmina na presunção de um dano que sequer será perquirido durante o trâmite processual.

Ocorre que se, em teoria, essa presunção não traz maiores problemas, na prática os resultados são nefastos.

Nas ações de improbidade por frustração de licitação ou dispensa de licitação, o dano que é presumido tem natureza material⁵. Consiste no prejuízo concreto que o ente público suportou em razão da frustração do certame. E, justamente por versar sobre dano concreto, torna-se impositiva a realização de sua prova para adequada apuração de sua extensão.

Diversamente do que ocorre com o dano imaterial, em que a indenização fica ao alvedrio⁶ do juiz, porquanto inexistente um tabelamento indenizatório, o dano material deve ser indenizado na exata medida em que foi suportado, sob pena de enriquecimento ilícito à parte adversa. Daí porque a extensão do dano suportado sempre poderá e deverá ser objeto de prova no curso do processo, ainda que o caso tratado verse sobre presunção absoluta.

Outrossim, como já se consignou alhures, como a presunção sobre a existência do dano pode ser absoluta ou relativa, é indefensável a tese de alguns julgados do STJ de que o dano, por ser presumido, não admitiria em qualquer hipótese perquirição sobre sua ocorrência. Em versando o caso concreto sobre presunção relativa, ele pode, sim, ser debatido no curso no processo.

Essas simples percepções sobre a teoria do dano presumido já resolvem boa parte dos problemas ligados a julgamentos condenatórios na seara da improbidade administrativa, os quais invocam aludida teoria.

É que, não raras vezes, há julgamento positivo de reconhecimento de prática de ato ímprobo, com condenação genérica de ressarcimento do dano, relegando a apuração do *quantum debeatur* para a fase de liquidação. Contudo, como não se admitiu dilação probatória sobre essa

questão na fase cognitiva, assim como não houve deliberação precisa sobre a extensão desse dano e no que ele consistiria, não sobram elementos objetivos para se liquidar o julgado, tornando a liquidação da sentença uma tarefa árdua, quando não impossível.

Afora isso, pode ocorrer uma situação inusitada. No âmbito cível, pode acontecer o que se denomina de “liquidação zero”. Tal situação se verifica quando a apuração do *quantum debeatur* é relegada para a

Nas ações de improbidade por frustração de licitação ou dispensa de licitação, o dano que é presumido tem natureza material

fase de liquidação e, após a apresentação das contas, se verifica que a parte tida por credora no início do processo não possui valores a receber, ensejando a “liquidação zero”. Se no âmbito cível isso não é um problema, no âmbito da improbidade administrativa engendra um paradoxo. É que, tendo sido o agente condenado por dano ao erário (art. 10), o pressuposto da sua condenação é justamente a lesão causada ao ente público. Portanto, se for constatado, apenas na liquidação, que lesão não

houve, configurado estará o paradoxo. A sentença proferida na fase de conhecimento reconhece a existência de dano, enquanto a sentença proferida na fase de liquidação aponta a inexistência de lesão. À evidência as sentenças são autofágicas. Além disso, não há resposta fácil para a solução do problema: Teria o juiz, que julgou a liquidação, reanalisar o mérito da sentença proferida na fase cognitiva? Caberia ao tribunal de justiça, em sede de recurso de apelação da sentença de liquidação, reformar a sentença proferida na fase de conhecimento, mesmo ela já estando transitada em julgado? Ou socorreria ao réu o ajuizamento de ação rescisória? E se o prazo legal de dois anos já decorreu? Todas essas indagações não possuem resposta singela. O fato é que a manutenção das duas sentenças não pode ser aceita porquanto uma delas seguramente constitui injustiça.

Nessa ordem de ideias, se evidencia a pertinência e a relevância do problema posto, no qual se investirá mais profundamente nos próximos tópicos.

5. Do direito do réu em contestar a ocorrência do dano e sua extensão

Fixada a premissa de que a presunção do dano poder ser absoluta ou relativa, é impositivo garantir ao réu o direito de, em arguindo como matéria de defesa, insurgir-se com relação à ocorrência de dano ao erário, nos casos de presunção *iuris tantum*. Outrossim, irresignando-se o imputado no tocante à extensão da indenização postulada a título de dano material – seja hipótese de presunção absoluta ou relativa –, deve lhe ser franqueada a dilação probatória. Isso porque, fundada a ação em suposto dano ao ente público (art. 10 da LIA), a existência de dano surge como pressuposto processual para a condenação.

Impedir que o réu produza provas nessas hipóteses acabaria por violar normas de assento constitucional (*ex vi* art. 5º, LV, da CF – que prevê o devido processo legal). Ademais, malferiria outro ponto nodal da prestação jurisdicional: não basta ao juiz julgar; ele deve julgar com justiça. E isso somente é possível de se fazer conhecendo satisfatoriamente os fatos apresentados, fatos esses que são objeto de provas.

Dito isso, é imperioso que já na petição inicial (pela parte demandante) e no recebimento da vestibular (pelo juiz) seja definido sobre qual espécie de presunção versam os autos. Aduza-se que, por regra, a constatação de que se trata de presunção absoluta ou relativa é possível desde a deflagração do processo uma vez que sua análise decorre dos fatos narrados na exordial. Raramente essa constatação demandará uma maior dilação probatória. Logo, a definição sobre o tema deve ser realizada com a maior brevidade possível, permitindo ao réu, o quanto antes, ter ciência da extensão do seu ônus probatório, resguardando-se, assim, os preceitos do devido processo legal.

Além disso, se mostra pertinente, para a boa marcha processual, que o titular da ação de improbidade identifique, precisamente, qual o dano causado ao erário, franqueando ao réu elementos claros e objetivos que viabilizem o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, a prática forense releva que nas ações de improbidade fundadas em frustração ou dispensa ilegal de licitação, independentemente dos coloridos do caso, como regra, o autor da ação aponte

como lesão ao erário os valores que foram dispendidos pela administração pública. Por vezes, é indicado o próprio valor do contrato objetado, mesmo não tendo sido pago o preço integral previsto na avença. Contudo, nem sempre esses valores representarão a exata lesão ao erário. Haverá casos em que o dano é inferior a esse montante, assim como pode ocorrer de ele ser superior, bem como há a possibilidade de inexistir o dano, daí a relevância de, já na inicial, resguardar o titular da ação um capítulo específico na peça inaugural para tratar do tema.

É bem verdade que, em alguns casos, a prova do dano e de sua extensão é de difícil consubstanciação na fase embrionária do processo. Todavia, a cautela na análise desses pontos redundará em frutos de altíssimo relevo para todos os agentes do processo. A depender da documentação que instruiu os autos, o próprio agente ímprobo pode se convencer da extensão do dano apontado na vestibular, dispensando a realização de outras provas. Pode, ainda, ocorrer de os elementos que instruem a inicial limitarem sensivelmente as matérias controvertidas nos autos e o objeto de eventual perícia que se faça necessária no processo para fins de apuração do *quantum debeatur*. Ademais, o acervo probatório previamente constituído pode corroborar a alegação de que se cuida de presunção absoluta de lesão, com o que a existência do dano sequer será objeto de dilação probatória. Ou seja, um maior zelo antes da propositura da ação e concomitantemente a ela refletirá diretamente na celeridade da prestação jurisdicional, o que é de extremo relevo em ações dessa natureza.

Por outro lado, deve ficar claro que, como se parte de uma presunção de dano (seja ele *iuris tantum* ou *iuris et de iure*), se está diante de verdadeira situação de inversão de ônus *ope leges*. Isso é, a inversão decorre da lei e está fixada desde a propositura da ação, sendo desnecessário manifestação judicial a esse respeito. Logo, cumprirá ao réu, contestando a ocorrência de dano ao erário ou sua extensão (princípio da impugnação específica, art. 336 do CPC), trazer ao caderno processual elementos de convencimento sobre a alegada inoccorrência de dano ou que sua extensão foi inferior àquela apontada na exordial. À evidência que, com o advento do vigente Código de Processo Civil, que

adotou a teoria da carga dinâmica das provas (§ 1º do art. 373 do CPC), pode o magistrado distribuir de forma diversa esse ônus, observando as posições das partes e facilidades que possuam em produzir as provas relevantes para o desenlace do processo. Porém, silente o juiz, será do réu esse ônus probatório.

Registra-se, também, que todas essas questões (presunção absoluta ou relativa, ocorrência de dano etc.) constituem *thema decidendum*. Logo, devem ser objeto de deliberação judicial e de prova no curso da fase cognitiva. Isso porque, malgrado viável a remessa da apuração do *quantum debeat* para a fase liquidatória (o que deve ser evitado sempre que possível), o *an debeat*, isto é, a existência do dano, é de constatação obrigatória na fase cognitiva. Portanto, é imprescindível que se apure se, de fato, houve ou não dano ao erário na fase de conhecimento, podendo ser relegada, apenas, a apuração do *quantum* para um segundo momento. Nesse mesmo sentido, colho a lição de Sérgio Cavalieri Filho: “Essa prova [do dano] deve ser feita no processo de conhecimento, posto que para a liquidação só poderá ser deixada a mensuração do dano, o *quantum debeat*, jamais a prova da sua própria existência. Condenar sem prova do dano colide com todos os princípios que regem a matéria” (2006, p. 140). Aliás, o envio da apuração do *quantum* para a fase de liquidação deve ser evitado sempre que possível, de modo a impedir a ocorrência do paradoxo já noticiado.

6. Da vedação do enriquecimento ilícito do ente público

Essa preocupação com a apuração do dano e de sua extensão não se trata apenas de garantir o devido processo legal em favor do réu. Também tem por desiderato, em igual medida, resguardar um outro princípio caro ao ordenamento jurídico, qual seja, o que veda o enriquecimento ilícito. Veja-se que, culminando o processo em uma sentença condenatória por lesão ao erário, cujo dano é, de fato, inexistente, ou que venha a reconhecer uma lesão superior do que a que realmente ocorreu, resultaria no enriquecimento ilícito do ente público, que se locupletaria, sem motivo, às custas do agente ímprobo.

A vedação ao enriquecimento ilícito, além de ser um princípio, foi incorporada como regra no ordenamento jurídico pátrio, consoante se afere da redação do Código Civil, artigo 884: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.” Aduza-se que aludido dispositivo possui plena aplicação aos contratos administrativos, face ao contido no artigo 54 da Lei 8.666/93: “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.” A jurisprudência do STJ, por seu turno, é uníssona em reconhecer a impossibilidade de o ente público se enriquecer injustificadamente, mesmo nos casos de nulidade contratual⁷. Logo, se, por exemplo, se comprovar que a contratação, mesmo ao arrepio da lei, se deu por preço abaixo do praticado no mercado (em que pese seja rara a ocorrência), não haveria falar em ocorrência de lesão ao erário e, conseqüente, em condenação fundada no artigo 10 LIA.

Assim, apuração da ocorrência do dano e seu exato dimensionamento não tem por desiderato apenas tutelar o réu, mas garantir que eventual condenação não garanta ao ente público se beneficiar de sua própria torpeza.

Por fim, externo que tais ponderações de forma algum têm o desiderato de impor ao réu um juízo absolutório. Afastada a hipótese do artigo 10, nada impede que o ato ímprobo seja invalidado por violação dos princípios inerentes à administração pública, cuja previsão se encontra no artigo 11 da LIA, com penas proporcionais à altura do ilícito praticado, ou, hipótese mais rara, por enriquecimento injustificado (art. 9º da LIA). E essa condenação pode ocorrer no mesmo processo, independentemente de aditamento ou de reabertura da instrução processual. O demandado em ação de improbidade se defende dos fatos que lhe são imputados e não da capitulação engendrada pelo titular da ação. Dessa forma, caso sobrevenha uma sentença condenatória na qual o juiz entenda que o ato praticado não caracterizou prática de dano ao erário, mas, sim, outra espécie de improbidade, isso não importará qualquer vício da sentença. Aplica-se o princípio da *iura novit*

curia. Nesse sentido são as lições de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014, p. 987-993).

Feito esses apontamentos, adentremos na problemática do dimensionamento do dano analisando três casos que integram o cotidiano forense.

7. Do dimensionamento da lesão ao erário nos casos de contratação cuja contraprestação não foi entregue ou foi a entregue, mas não a contento

Para viabilizar um melhor exame da questão, o problema será analisado com base nas três hipóteses trazidas à lume no capítulo 3, uma vez que se cuidam de situações que ordinariamente nos deparamos no cotidiano forense. Além disso, fixadas as balizas, parece que servem de norte para outros casos que venham a ocorrer, embora não enquadrados exatamente nas propostas.

Pois bem.

Nos casos em que o serviço/obra contratado não foi realizado, embora o preço tenha sido pago, a questão é simples. Primeiro, cuida-se de hipótese de presunção absoluta, uma vez que não será dado ao imputado controverter a existência do dano. No tocante à extensão da lesão, a questão, em linha de princípio, não demonstra maior complexidade. Isso porque a lesão será diretamente proporcional aos valores alcançados pelo ente público ao contratado.

É de se salientar, ainda, que, malgrado não seja usual, a teoria do ressarcimento integral adotado pela LIA viabiliza ao ente público ser indenizado não apenas pelos danos emergentes suportados, como todo e qualquer dano que decorra direta e imediatamente do contrato viciado, aí incluindo, por exemplo, os lucros cessantes e todos os demais danos materiais. Pode-se incluir no pedido indenizatório (o que geralmente é esquecido) o custo para a realização do certame licitatório (quando ocorreu a licitação mas o procedimento foi fraudulento), todas as despesas inerentes à essa contratação (licenças, alvarás, vistoriais, pesquisas de preços etc.), bem como os valores que a administração deixou de auferir pela não realização da obra a tempo oportuno.

Dificuldade maior surge nos casos em que o serviço/obra foi prestado, porém não a contento.

Com efeito, se o serviço/obra foi prestado, mas não nos exatos termos do contrato, duas situações podem ser verificadas: 1) o serviço/obra efetivamente prestado se revela inútil à administração pública, porque não poderá ser aproveitado/terminado; 2) o serviço/obra realizado parcialmente podem ser complementados/terminados mediante contratação suplementar.

Na hipótese 1, a presunção do dano é absoluta. O que se poderá discutir durante o curso do processo é apenas a extensão desse dano. O dano ao erário será pelo menos igual aos valores que foram pagos

Se o preço contratado for superior ao preço de mercado, pode-se presumir, de forma absoluta, pela ocorrência de dano ao erário

ao contratado porquanto não há qualquer utilidade para o contratante. Além disso, devem ser adicionados ao valor da indenização pleiteada os custos que serão gerados para o desfazimento das obras (demolição, por exemplo) ou desfazimento dos serviços já realizados. Trata-se de típico caso de inadimplemento contratual absoluto, pelo que deve o erário ser integralmente indenizado pelas perdas e danos decorrentes do inadimplemento (art. 389 do CC⁸).

Veja-se que inequivocadamente esses danos reflexos (demolições e refazimento de serviços) decorreram diretamente do inadimplemento levado a efeito pelo contratado, preenchendo, assim, os requisitos da teoria do dano direto e imediato (art. 403 do CC⁹) exigidos pelos civilistas para fins de reconhecimento da responsabilidade civil.

Agora, na hipótese 2, que versa sobre inadimplemento relativo, a presunção do dano é relativa, como regra. É que, na situação retratada, pode ocorrer, sim, de inexistir dano ao erário, devendo ser possibilitado ao imputado provar que, de fato, o dano não ocorreu. Vejamos um exemplo: A empresa X foi contratada diretamente por uma prefeitura, fora das hipóteses legais, para realizar uma empreitada, consistente na construção de uma estrada de 20 km. A empresa entregou 10 km de estrada, tendo recebido proporcionalmente à execução da obra. Nessa

situação, caso se constate que os 10 km entregues estão de acordo com a exigências contratuais e legais, que o preço pago estava de acordo com o valor de mercado e que os 10 km faltantes podem ser executados por outra empresa sem maiores despesas, não haverá, em linha de princípio, dano a ser ressarcido ao ente público.

Logo, é imprescindível averiguar nessa segunda hipótese os exatos termos do negócio e a possibilidade ou não de aproveitamento da parte da obra que foi entregue para se fixar se a presunção do dano será absoluta ou relativa, bem como para melhor analisar a extensão da lesão ao erário.

Para evidenciar a necessidade dessas diligências, tragamos à baila outro exemplo: a administração pública contratou determinada empresa para fornecer equipamentos cujo valor seja vinculado a *commodities*, com a peculiaridade que essas *commodities* estavam com baixa cotação no mercado quando da contratação. Mesmo tendo o contratado recebido o preço integral, os bens foram entregues apenas em parte, restando um saldo em favor do ente público. Pode ocorrer que, quando da compra desses equipamentos faltantes, o valor das *commodities* a que estejam atrelados esteja em valor muito superior ao que estava vigente à época da contratação. Nesse caso, não há dúvidas que o dano ao erário não deverá ficar restrito aos valores alcançados a maior ao contratado, devendo equivaler ao necessário para honrar à inteireza com o contrato assumido. Veja-se que a indenização se mede pela extensão do dano (art. 944 do CC¹⁰). Logo, nessa hipótese, a presunção quanto ao dano será absoluta e não relativa. Ademais, embora viável a discussão no tocante à extensão da lesão, tudo indica que ela será superior aos valores pagos a maior ao contratado.

Se vê pela multiplicidade de fatores que envolvem os problemas que as questões são mais densas do que aparentam inicialmente. Por isso, é primordial a análise de todas essas peculiaridades, o que garantirá a prolação de uma sentença justa e de acordo com a realidade fática.

8. Do dano ao erário nos casos de realização a contento do contrato. Do sobrepreço. Da contratação pelo preço de mercado

Questão ainda mais complexa das que as tratadas no capítulo anterior ocorre quando o serviço/obra contratado foi realizado a contento (o que muitas vezes é ponto incontroverso nos processos dessa natureza) e o que se põe em discussão é o preço do negócio.

Como já dito, a licitação tem por desiderato desencadear uma disputa de preços, visando sua redução. Esse valor, como regra, é inferior ao preço de mercado. Daí porque se o preço contratado for superior ao preço de mercado, pode-se presumir, de forma absoluta, pela ocorrência de dano ao erário. De igual forma, nos casos de dispensa, como é necessário que seja feita uma justificativa do preço (art. 26, par. único, inc. III, Lei 8.666/93¹¹) – o que se realiza, como regra, por meio de prévio levantamento de preços pelo ente contratante –, havendo contratação direta por preço superior, há também dano material ao ente público.

Dessa forma, apurada a ocorrência de sobrepreço, a solução é simples: basta considerar como dano ao erário justamente o excesso cobrado, isto é, a diferença entre o preço de mercado e aquele previsto no contrato. Tal conclusão resguarda adequadamente os interesses em debate: impede o enriquecimento ilícito do Estado e impõe ao agente ímprobo o ressarcimento integral do dano causado ao erário. Logicamente, como já dito acima, além desse dano emergente, todo e qualquer outro dano que decorra direta e imediatamente da contratação irregular deve ser exigido do agente ímprobo.

O maior problema nesses casos é dimensionar esse prejuízo. É de veras simples apurar qual foi o preço pago pela administração pública pelo serviço/obra. O que muitas vezes gera complexidade e dificuldade é verificar qual era o preço de mercado à época da contratação. Difícil porque, muitas vezes, as contratações com a administração pública possuem diversas peculiaridades que impossibilitam verificar hipóteses semelhantes no mercado para bem dimensionar o preço. Complexo porque, não raras vezes, passaram-se anos desde o cometimento do ato ímprobo até a deflagração da ação de improbidade, o que torna peno-

so a apuração de dados mercadológicos, que variam de acordo com o tempo e particularidades locais.

Todavia, ainda assim, cuida-se de prova que deve ser produzida no curso do processo, cabendo ao réu impugnar o montante apontado na inicial e produzir as provas necessárias a infirmar o valor perseguido pelo demandante.

Agora, caso se constate que o preço contratado foi abaixo do praticado no mercado (o que é de raríssima ocorrência), não haverá elementos para se concluir pela ocorrência de dano ao erário. Assim, a condenação do agente deverá ser fundada no artigo 9º ou 11 da LIA, uma vez que o uso do artigo 10 pressupõe a ocorrência do dano.

Por fim, calha examinar a hipótese de contratação pelo preço de mercado.

Poder-se-ia cogitar também da ocorrência de dano ao erário porque, uma vez subtraída da administração pública a contratação por meio de licitação, ela deixou de colher os louros da disputa de preço e o deságio que, de regra, é inerente ao procedimento licitatório. Contudo, tal possibilidade não pode ser aceita.

Realmente, com a licitação, se busca o preço mais vantajoso, na maior parte das vezes, inferior ao preço de mercado. Esse deságio decorre da segurança do pagamento, e/ou do volume da contratação, e/ou da concentração dos atos negociais, o que reduz o custo total da operação. Não obstante, esse deságio, diante da falta de regra expressa, somado à falta de dados concretos, empíricos e objetivos que viabilizem dimensionar sua extensão¹²⁻¹³, impedem a emissão de um juízo condenatório seguro. Eventual condenação do agente ímprobo a indenizar o valor do deságio seria absolutamente arbitrária por falta de elementos a justificar o dimensionamento do dano. Outrossim, a fixação de uma indenização sem lastro probatório da efetiva extensão do dano acabaria por resultar numa sentença injusta antes de tudo: o réu

A utilização indiscriminada do termo dano in re ipsa em sede de ação de improbidade se revela atécnica, devendo os agentes do processo ficar atentos às peculiaridades de cada caso concreto

não teria elementos para recorrer da sentença; o ente público poderia tanto estar se enriquecendo ilícitamente como estar sendo reparado em montante inferior ao devido. E, entre uma sentença justa e uma injusta, aquela sempre prefere essa.

Assim, nessa derradeira hipótese, não haverá falar em condenação com base no artigo 10 da LIA, sem prejuízo da condenação do agente ímprobo com fulcro no artigo 11 da LIA.

Conclusão

Como se viu, a utilização indiscriminada do termo dano *in re ipsa* em sede de ação de improbidade se revela atécnica, devendo os agentes do processo ficar atentos às peculiaridades de cada caso concreto, resguardando a utilização do termo apenas nos casos em que a presunção do dano seja absoluta.

Ademais, é impositivo apreender que a teoria do dano presumido, em sede de ação de improbidade, deve ficar restrita à presunção do dano. Logo, independentemente de se tratar de presunção absoluta ou relativa, deve ser garantido ao réu, caso se torne ponto controvertido no processo judicial, o exercício do contraditório e da ampla defesa uma vez que essa extensão não está atingida pela presunção.

Outrossim, versando o caso concreto sobre presunção relativa de dano, impõe-se seja franqueado ao imputado o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório, autorizando a produção de provas modo a controverter a própria existência do dano. Tolher do réu esse direito importa construir um processo viciado, que culminará na prolação de uma sentença injusta, em última análise.

Ainda, é de ser admitida a possibilidade de, mesmo nos casos de frustração de licitação e dispensa indevida, incorrer dano ao ente público. Malgrado se cuida de hipóteses mais difícil de ocorrer, como há uma possibilidade real dessa situação, devem os agentes do processo dedicar especial atenção aos coloridos do caso para bem equacionar as questões postas.

Com relação aos danos ao erário, eles devem ser compreendidos de forma mais ampla possível, uma vez que a LIA adotou a teoria do res-

sarcimento integral do dano. Assim, não apenas os danos dispendidos pela administração se incluem no campo da reparação como todo e qualquer dano material que decorra direta e imediatamente do contrato viciado.

É indubitoso que a atenção a todos os aspectos anotados no presente artigo densificam as ações de improbidade administrativa. Contudo, esses cuidados visam a colheita de um bem maior: a garantia de um processo judicial constitucional, que garanta às partes o resguardo integral dos interesses e direitos postos em análise.

Além disso, tem por desiderato último a produção de uma sentença justa, atenta à própria finalidade da prestação jurisdicional. A aplicação do direito sobre fatos inverídicos ou não suficientemente demonstrados, no lugar de ensejar a pacificação social, perturba a relação na qual as partes estão inseridas, além de servir de ferramenta para a violação de direitos.

Notas

1. Luís Mauro Lindenmeyer Eche. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.
2. Faço a ressalva porquanto há forte orientação jurisprudência que o dano moral das pessoas jurídicas apenas por exceção é *in re ipsa*, dependendo, como regra, de comprovação. Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência majoritária do STJ: “Civil. Agravo interno. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Publicação de matéria ofensiva à honra. Omissão, Contradição e obscuridade. ausência. Notas taquigráficas. Juntada. Ausência. Matéria jornalística nos limites do exercício regular do direito de informar. Dano moral caracterizado. Danos morais. Pessoa jurídica. Ausência. 1. Ação ajuizada em 13/01/2009. (...). 8. Para a pessoa jurídica, o dano moral não se configura *in re ipsa*, por se tratar de fenômeno muito distinto daquele relacionado à pessoa natural, devendo haver a comprovação da ocorrência do prejuízo. 9. Agravo interno não provido” (AgInt no REsp 1626272/DF, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 04/04/2018).
3. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior (Curso de Direito Administrativo, 12. ed. Salvador: Bahia, 2013, p. 483; Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264); Rafael Maffini (Direito Administrativo, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 131); Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93-99).

4. A guisa do exemplo, consta da ementa do AgInt no REsp 1669685/PE: *É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que “o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano in re ipsa), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta. [...] O próprio art. 10, VIII, da Lei 8.492/1992 ‘conclui pela existência de dano quando há frustração do processo de licitação, inclusive abarcando a conduta meramente culposa. Assim, não há perquirir-se sobre a existência de dano ou má-fé nos casos tipificados pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.’ (Resp 769.741/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 20.10.2009)” (REsp 1.685.214/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017).*
5. Cabe destacar que, malgrado não usual na prática forense, não há qualquer impedimento para que a indenização por dano material buscada por meio da ação de improbidade englobe não apenas danos emergentes como também lucros cessantes. Aduza-se que a LIA determina como pena, em quaisquer das espécies de improbidade, o ressarcimento integral do dano causado ao ente público (art. 12, I, II e III, da LIA), incorporando, portanto, a teoria do ressarcimento integral, prevista no art. 944 do CC.
6. Ressalto que a expressão, aqui, não equivale à arbitrariedade, porquanto a decisão deve ser fundamentada e observado, sempre que possíveis, os critérios da reparação integral do dano, o caráter punitivo-inibitório, as condições pessoais dos envolvidos, afora o reflexo social.
7. Nesse sentido: Agravo interno no agravo em recurso especial 2017/0158945-2. Administrativo e processual civil. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Anulação de contrato administrativo c/c ressarcimento de danos ao erário. Contratação de empresa para prestação de serviços de assessoria tributária. Acórdão que, à luz das provas dos autos, concluiu ser hipótese de inexigibilidade de licitação. Reexame. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Obrigação de o ente público efetuar o pagamento pelos serviços efetivamente prestados. Vedação ao enriquecimento ilícito. Precedentes do STJ. Agravo interno improvido. (...). IV. Ademais, o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que “ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade” (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009)”. (STJ, AgRg no REsp 1.383.177/MA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 26/08/2013). Em igual sentido: STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/03/2016); REsp 1.143.969/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina,

Primeira Turma, DJe de 07/11/2017. V. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1128268/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 10/04/2018).

8. Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
9. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.
10. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
11. Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: (...); III – justificativa do preço.
12. Há alguns levantamentos que apontam que há, invariavelmente, a prática de preços a menor quando a contratação se dá por meio de licitação. Todavia, são levantamentos pontuais, inexistindo compilação de dados a engendrar conclusões empíricas sobre o tema.
13. Uma saída seria confeccionar um cadastro nacional de preços de produtos e serviços usualmente adquiridos pelos diversos entes públicos juntamente com uma pesquisa nacional de preços. O cotejo desses dados permitiria, com certa segurança, aferir qual o “desconto” que usualmente é obtido pela administração pública com a contratação por meio de licitação. A título de exemplo, no tocante a medicamentos, os preços logrados pela administração pública quando determinado fármaco é incluído na lista de medicamentos obrigatórios do SUS, gerando a obrigatoriedade de aquisição perene e em grandes quantidades, chegam a ser 60% inferiores aos praticados no mercado.

Referências

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Salvador: Bahia, 2013.
- FILHO, Marçal Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco Alves. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

A democracia e o desacato

Camila Henning Salmoria¹

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: Este artigo analisa a possibilidade de compatibilização do crime de desacato com o sistema de proteção internacional dos direitos humanos. O estudo debruça-se sobre os julgados nacionais e das cortes de direitos humanos. A liberdade de expressão, como princípio fundante da democracia, deve preponderar na análise. Deste modo, cabe ao julgador, no caso concreto, afastar a condenação nos casos em que se verifique o exercício do direito de crítica.

Introdução

EM JANEIRO DE 2012, APÓS SUBTRAIR PARA SI mediante grave ameaça uma garrafa de conhaque na residência da vítima, Alex foi abordado por policiais militares e os agrediu verbalmente chamando-os de “coxinhas”, “veados” e “filha da puta”, dizendo ainda “você não tem coragem de atirar em mim”.

No dia 16 de agosto de 2015, após parar repentinamente seu automóvel em via pública, Magno deixou de atender à solicitação feita pelos policiais para se retirar do veículo e, ao ter sua identificação por estes solicitada, realizou gesto obsceno (mostrando o dedo médio) e proferiu agressão verbal dizendo “vai tomar no cú seu bosta, o que eu estou fazendo”.

Esses dois fatos ganharam relevância no panorama nacional, abrindo a discussão a respeito da convencionalidade ou não do crime de desacato frente ao artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 15 de dezembro de 2016, decidiu, ao analisar o primeiro fato², pela não convencionalidade do crime de desacato e, conseqüente, o afastamento da sua tipificação criminal. O recurso foi, ao final, parcialmente provido, absolvendo-se o réu pelo delito de desacato³.

A discussão no STJ centrou-se na análise da convencionalidade do crime de desacato frente ao artigo 13 da CADH, as orientações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Contudo, em 24 de maio de 2017, a Terceira Seção do STJ, analisando o segundo fato⁴, adotou entendimento diverso, reaplicando a teoria anteriormente vigente, reconhecendo que o desacato ainda é crime. Sob o fundamento de que o direito à liberdade de expressão não é absoluto e de que no próprio artigo 13.2 da CADH está prevista a possibilidade de restrição da liberdade de expressão mediante o teste tripartido, decidiu-se, por maioria, por reconhecer a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio.

Embora a questão pareça pacificada na corte superior, na verdade, ela apenas ganhou seus primeiros contornos. De um lado, é possível a alteração do entendimento dentro do próprio STJ, seja por reformulação do entendimento dos ministros ou alterações do quórum por movimentos internos no preenchimento dos cargos ou ante o ingresso de novos membros. Por outro lado, considerando que a decisão do STJ não possui cunho vinculante, observa-se que a discussão se acirrou no juízo de primeiro grau. Se antes possuíamos algumas decisões esparsas reconhecendo a tese da não convencionalidade, após esses julgados do

STJ o tema ganhou relevo. Diversas defensorias públicas estaduais adotaram formalmente tal tese como matéria de defesa para todos os processos de desacato.

A discussão no STJ centrou-se, sobretudo, na análise da convencionalidade do crime de desacato frente ao artigo 13 da CADH, as orientações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse panorama, surge a questão se a manutenção do desacato como crime ofende a proteção internacional dos direitos humanos, ou se haveria como extrair uma interpretação conforme esse.

1. Direito internacional

A Convenção Americana de Direitos Humanos é um ato da Organização dos Estados Americanos (OEA). Esta é uma associação internacional e regionalizada que reúne 35 nações independentes do continente americano, membros da Organização das Nações Unidas. O cumprimento pelos Estados-membros das obrigações previstas na CADH é feito pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, o qual é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cabe, ressaltar, contudo, que só integram a comissão e estão sob a jurisdição da corte os signatários da CADH, dentre os quais não se encontram países como os Estados Unidos ou o Canadá.

A organização correspondente à OEA na Europa é o Conselho da Europa (formado por 47 membros, vários dos quais não integrantes da União Europeia). Correspondem, ainda, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos à CADH, e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ambas convenções são regionalizações do previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁵, assinado e ratificado por todos os Estados-membros da OEA e do Conselho Europeu, o qual determina em seu artigo 19 a proteção a liberdade de expressão.

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

O conteúdo deste artigo inspirou a redação do mesmo direito nas convenções interamericana (art. 13) e europeia (art. 10).

Considerando que as duas cortes de direitos humanos internacional baseiam-se em artigos que consagram a liberdade de expressão em termos semelhantes, ambos com fonte comum, seria natural pressupor uma uniformização nos julgados. Contudo, na realidade, não é isso que ocorre.

2. Corte Interamericana de Direitos Humanos

No dia 6 de maio de 1993, Humberto, após ter sido preso por desobediência e ter um livro de sua autoria apreendido (ainda na fase de publicação), concedeu entrevista à imprensa, na qual afirmou que “havia sido limitada a sua liberdade de expressão e que aparentemente tentou-se encobrir a repressão acusando-o de descumprimento de ordens e deveres militares”. E que “existiam razões para supor que o Fiscal Naval adulterou documentos legais e mentiu para a Corte de Apelações”.

Este é o fato relativo ao julgado mais relevante que a Corte IDH possui a respeito da matéria. No corpo da fundamentação, reconhece a violação pelo Chile do direito a liberdade de expressão e, citando expressamente julgados do tribunal europeu⁶, diz que os funcionários públicos devem ter maior tolerância às críticas, pois são consequências do controle democrático.

Julgou a corte, ao final, que a condenação por desacato no caso, foi desproporcional e desnecessária e privou o réu de exercer seu direito à liberdade de expressão ao apresentar opinião crítica.

3. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

No dia 2 de setembro de 1992, um vendedor ambulante, após ser abordado por guardas municipais para alterar seu local de venda, em razões de demandas de tráfego, chamou-os de “idiotas e estúpidos”.

Este fato foi julgado pelo tribunal europeu⁷ e é muito semelhante às situações de desacato que ocorrem na grande maioria dos processos no Brasil.

A decisão do tribunal foi de que não houve, na condenação do réu pela Polônia, violação à liberdade de expressão, uma vez que a discussão não se referia a questão de ordem pública. O insulto foi decorrente das palavras usadas pelo réu e não do fato dele ter expressado opinião crítica sobre os guardas em razão de sua conduta. Concluiu, ainda, a corte que se deve proteger o policial, cumpridor de seus deveres, no exercício da função, de ofensas e ataques verbais ofensivos.

4. Análise tripartida

Considerando que duas cortes internacionais de direitos humanos, pertencentes a duas associações regionalizadas, ambas ligadas à ONU, com Estados-membros signatários do mesmo Pacto (PIDCP)

possuem divergência na interpretação da questão, se a criminalização da agressão verbal a policial ou autoridade pública ofende o direito à liberdade de expressão, surge a questão de qual o fundamento para interpretações tão diversas.

Embora exista a classificação dos direitos humanos segundo certas categorias, não existe hierarquia entre eles. Desse modo, todos devem ser igualmente respeitados e assegurados.

No dia a dia das relações sociais, contudo, direitos humanos distintos podem entrar em choque e, em havendo conflito, algum deles deverá sofrer restrição. No caso da liberdade de expressão, a própria norma já prevê os valores que legitimariam uma restrição.

Sem adentrar na questão teórica da discussão⁸, no tocante à colisão de um direito com o da liberdade de expressão, a legitimidade da restrição deve ser avaliada através do teste tripartido. Devem ser analisados três requisitos⁹: a) estar definida em lei formal e preexistente, b) orientada pelos objetivos da convenção, e c) necessária a sociedade democrática para os fins que buscam, proporcional a finalidade perseguida e idônea a obter os objetivos que pretendem alcançar.

Os objetivos da convenção e que poderiam dar origem a restrições ao direito da liberdade de expressão são os dois nela previstos: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública. A doutrina ainda agrega aqui os princípios assegurados no artigo 20 do PIDCP ao “proibir propaganda em favor da guerra, apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência”.

5. Democracia

A relatoria especial da liberdade de expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao fundamentar sua defesa da não criminalização do desacato sustenta, sobretudo, a relevância da liberdade de expressão para a democracia. Afirma que o direito

à liberdade de expressão não é um direito absoluto; contudo, em razão de sua importância para as sociedades democráticas, uma vez que sem liberdade de expressão não há deliberação e sem essa não se pode falar em democracia, as limitações devem ser estabelecidas com muito cuidado para que não impeçam o livre debate.

Sustenta, ainda, a CIDH que os funcionários públicos e os candidatos a cargos eletivos estão expostos a um maior escrutínio e, portanto, devem ser mais tolerantes às críticas. É importante para a manutenção da sociedade democrática que essa exerça controle sobre os funcionários públicos e a execução dos recursos públicos e, para tanto, os cidadãos precisam sentir-se livres para debater e investigar.

A CIDH tem entendido que responsabilidade penal por desonra à reputação de um funcionário público, inclusive como expressão de um juízo de valor ou uma opinião, deve ser evitada uma vez que pode ser utilizada como forma de suprimir a crítica e aniquilar os adversários políticos, evitando que o próprio governo seja alvo de críticas. A penalização só poderia ser aplicada em circunstâncias excepcionais.

Com base em tais considerações é que a CIDH orienta que os Estados-membros deixem de penalizar as declarações feitas contra funcionários públicos e assuntos públicos.

Sobressai de forma clara dos pronunciamentos da CIDH a sua preocupação com a democracia, com o livre debate e o pleno exercício do direito de crítica pelos cidadãos.

Com foco na questão democrática, reanalisando-se os pronunciamentos das cortes regionalizadas e a diferença entre o desenvolvimento democrático do grupo de Estados-membros pelos quais cada uma delas é composta, pode-se entender um dos critérios, se não o principal, um de relevo, que gera a controvérsia.

A CIDH é composta, sobretudo, por países que acabaram de sair de regimes ditatoriais e autoritários e que estão em regime de

O direito à
liberdade de
expressão
não é
um direito
absoluto

transição para a democracia. Na Europa, ao contrário, a maioria destes países já vive em uma democracia consolidada. Tal diferença de panorama político e social dos países sob a jurisdição das cortes é um dos fatores, senão o essencial deles, a justificar os julgados conflitantes na proteção da liberdade de expressão.

Conclusão

Partindo do pressuposto que a questão democrática é um dos nortes na orientação da análise da legitimidade das restrições à liberdade de expressão, infere-se que cabe ao juiz, aplicador do direito, ponderar se houve ou não, no caso concreto, ameaça à liberdade de expressão e ao livre debate, natural das sociedades democráticas.

A responsabilidade penal por desonra à reputação de um funcionário público deve ser evitada, uma vez que pode ser utilizada como forma de suprimir a crítica e aniquilar os adversários políticos

De certa forma, essa análise já é feita na jurisprudência brasileira, sem, contudo, adentrar-se nesses refinamentos teóricos do teste tripartido ou de ponderação de direitos fundamentais em conflito.

Diversos são os julgados que analisam o dolo específico no caso do desacato, ponderando se houve a intenção de criticar; se agiu a parte com o dolo de agredir verbalmente, de humilhar e menosprezar a autoridade pública ou se agiu visando criticar uma situação.

Assim, mesmo não se adotando a tese da não convencionalidade, é possível, ainda, analisar o desacato de uma forma mais consentânea com o sistema de proteção internacional dos direitos humanos, sobretudo no viés do dolo específico, assegurando-se o direito de crítica e a liberdade de expressão e resguardando-se o debate aberto característico dos regimes democráticos.

Notas

1. Camila Henning Salmoria. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.
2. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.640.084. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 15 de dezembro de 2016.
3. A decisão ainda não transitou em julgado e permanece pendente a análise de embargos de declaração opostos.
4. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 379.269 Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para acórdão: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 24 de maio de 2017.
5. BRASIL. Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 12/09/2017.
6. CORTE INTERMAREICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile San José da Costa Rica, 22 de novembro de 2005. P.60 (par. 83, nota de rodapé 181). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf> Acesso em: 30/08/2017.
7. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Janowskiv. Poland. Estrasbourg, 21 de janeiro de 1999. Disponível em: < [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["696786"\],"itemid":\["001-58909"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) > Acesso em 30/08/2017.
8. A discussão é mais ampla e passa inclusive pelo questionamento de se poder ou não falar em colisão de direitos humanos fundamentais.
9. BOTERO, Catalina. Derecho Penal y Libertad de Expresión: Deliberación Pública, Democracia y Derecho Penal. Palestra no Seminário Liberdade de Expressão e Poder Judicial. Rio de Janeiro, 7 e 8 de abril de 2014. P. 2. Par.8.

Referências

- BRASIL. Decreto 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm > Acesso em 12/09/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 379.269 Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para acórdão: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 24 de maio de 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.640.084. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 15 de dezembro de 2016.
- BOTERO, Catalina. Derecho Penal y Libertad de Expresión: Deliberación Pública, Democracia y Derecho Penal. Palestra no Seminário Liberdade de Expressão e Poder Judicial. Rio de Janeiro, 7 e 8 de abril de 2014.

- CIDH. Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre *Derechos humanos*. Disponível em:< <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1844/15.pdf>> Acesso em: 29/08/2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile San José da Costa Rica, 22 de novembro de 2005. Disponível em:<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf> Acesso em: 30/08/2017.
- TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Janowski. Poland. Estrasburgo, 21 de janeiro de 1999. Disponível em:< [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmnumber":\["696786"\],"itemid":\["001-58909"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) > Acesso em 30/08/2017.

Legalidade, vigência, prevalência, hierarquia e plena validade dos pactos e convenções de direitos humanos no sistema legal de justiça brasileiro.

Efetividade da cláusula pétrea, da cláusula de proteção e da cláusula federal

Cândido Furtado Maia Neto¹

Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná

INICIALMENTE RESSALTAMOS QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988) expressa categoricamente que a República Federativa do Brasil se constitui em “Estado Democrático de Direito”², com especial respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), tendo como fundamento a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) onde obviamente, nas suas relações externas e domésticas, os instrumentos internacionais detêm consagrada hierarquia jurídico-legal, restando ao poder estatal o dever de atenção as cláusulas constantes nos pactos e convenções ratificados ou de validade universal tácita.

Os direitos humanos são cláusulas pétreas, como consta no artigo 5º § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais *têm aplicação imediata*”; e no § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte CF”, porque são supremas, fundamentais, irrevogáveis e universais. Por essa razão, nem mesmo uma emenda constitucional poderá ser objeto de deliberação ou de proposta tendente a abolir direitos e garantias

individuais (art. 60, § 4º, IV, CF), porque se encontram blindados pelo sistema de proteção dos direitos humanos, seja interno ou internacional.

Nenhum poder da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) poderá se omitir quanto ao reconhecimento e aplicação dos direitos humanos, posto que é dever respeitá-los *in totum*.

A cláusula de proteção diz respeito ao valor hierárquico dos direitos humanos; assim, no âmbito da justiça criminal brasileira, as normas processuais infraconstitucionais rezam: “Art. 1º O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional” (Decreto-Lei 3.689/41); e mais, “artigo 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Além da previsão legal ordinária pátria, deve-se aplicar o previsto nos tratados e regras de direitos humanos; vale dizer que, no contexto de uma justiça verdadeiramente democrática, a interpretação extensiva é aquela que vai além da taxatividade típica servindo para complementar a legislação infraconstitucional; porém, este tipo de interpretação somente será possível quando beneficiar o investigado, o acusado, o processado ou o réu. Desse modo, os direitos humanos prevalecem hierarquicamente com valor absoluto através da sua principiologia consagrada e da analogia *in bonam partem*.

A dúvida na justiça penal democrática será sempre em favor do acusado, posto presumir-se a inocência e não a culpabilidade. Na incerteza, para melhor ou correta aplicação da lei, recomenda-se seguir os ditames de direitos humanos, segundo seus princípios. Para relembrar, o princípio *in dubio pro reo* ganha força e descarta o princípio *in dubio pro societate*; este último se adapta ou se integra aos regimes antidemocráticos ou ditatoriais.

Na alçada da justiça castrense que vigora desde os tempos do regime militar, pode-se fazer uma simples comparação, quanto aos direitos humanos e o direito humanitário propriamente dito; citamos:

Art. 1º O processo penal militar reger-se-á pelas normas contidas neste Código (Dec.-Lei n. 1.002/1969).

§ 1º Nos casos concretos, se houver divergência entre essas normas e as de convenção ou tratado de que o Brasil seja signatário, prevalecerão as últimas.

Art. 2º A lei de processo penal militar deve ser interpretada no sentido literal de suas expressões. Os termos técnicos hão de ser entendidos em sua acepção especial, salvo se evidentemente empregados com outra significação.

§ 1º Admitir-se-á a interpretação extensiva ou a interpretação restritiva, quando for manifesto, no primeiro caso, que a expressão da lei é mais estrita e, no segundo, que é mais ampla, do que sua intenção.

Casos de inadmissibilidade de interpretação não literal

§ 2º Não é, porém, admissível qualquer dessas interpretações, quando:

- a) cercear a defesa pessoal do acusado;
- b) prejudicar ou alterar o curso normal do processo, ou lhe desvirtuar a natureza;
- c) desfigurar de plano os fundamentos da acusação que deram origem ao processo.

Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;
- d) pelos *princípios gerais de direito*; [entenda-se direitos humanos ou humanitários]
- e) pela *analogia*”; exclusivamente analogia *in bonam partem*.

Também na área da justiça cível os direitos humanos são obrigatórios, isto é, estão inteiramente protegidos; vejamos: “Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte” (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

Por sua vez, na CLT, Consolidação das Leis do Trabalho (Dec.-Lei 5.452/43), o artigo 912, expressa que: “terão aplicação imediata *dispositivos de caráter imperativo*”; entende-se aqui a imperatividade dos direitos humanos nas questões sociotrabalhistas³. Na Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados/ONU, no seu artigo 64 consta: “*Superveniência de uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral (jus cogens)*. Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.”

A Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados (ONU/1969 – BR/2009) prevê categoricamente: “Todo Tratado obriga as Partes e deve ser executado por elas de boa-fé (*pacta sunt servanda*)”; e “uma Parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um Tratado” (arts. 26 e 27). No conceito *lato sensu* de tratado, incluem-se outros instrumentos legais de direitos humanos, como pactos e convenções etc.

A Convenção Panamericana sobre Tratados (Havana/1928) estatui que “os tratados não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que esta cláusula não conste nos plenos poderes dos negociadores, em que figure no próprio tratado” (artigo 5º).

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948) encontramos expresso no artigo XXX o seguinte: “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à *destruição de qualquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos*”.

“Existem certos direitos individuais cujo respeito e consenso exige a comunidade internacional. São os direitos da pessoa huma-

na, reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda que não tenha natureza de tratado, por não haver sido regularmente celebrada como determinam as normas do direito internacional público, tem força como se assim fosse, e para alguns tratadistas está na categoria dos documentos indenunciáveis, o que tecnicamente não é exato, mas politicamente é uma realidade”, nos ensina o ex-ministro da corte suprema de controle da legalidade e da constitucionalidade⁴.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU/1966 – BR/1992) reza no artigo 5º 2: “Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos.”

Igualmente o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU/1966 – BR/1992) complementa:

“Artigo 5º 1 “Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer direito algum a um Estado, grupo de indivíduo para empreender atividades ou realizar atos encaminhados à *destruição de qualquer dos direitos ou liberdades reconhecidos no Pacto*, ou a sua limitação em medida maior que a prevista nele”; e artigo 5º 2 “Não poderá admitir-se restrição o menoscabo de nenhum dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em um país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, a pretexto de que o presente Pacto não lhe reconhece o lhe reconhece em menor grau”.

Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (OEA/1969 – BR/1992), estabelece no “art. 29: nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de permitir supressão do gozo e do exercício dos direitos e liberdades reconhecidos”.

Ainda o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (ONU/1988), no princípio 3º reza: “*Não se restringirá ou menosprezará nenhum dos*

A validade dos direitos humanos está no seu valor supremo, universal e inderrogável

direitos humanos das pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão reconhecidos ou vigentes em um Estado em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes sob pretexto de que o presente Conjunto de Princípios não reconhece esses direitos ou os reconhece em menor grau.”

Sylvia Steiner cita Fábio Konder Comparato e destaca o princípio da prevalência da norma mais favorável ou da interpretação e aplicação da lei penal mais benéfica ao réu, à luz da supremacia dos direitos humanos, a saber: “a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de expressarem de certa forma a consciência ética universal, *estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado*. [...] Seja como for, vai-se afirmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflitos entre regras internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, *há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito*, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.”⁵

Desse modo, não se admitirá nenhuma interpretação que utilize a legislação interna no sentido de restringir, suspender, menosprezar, destruir ou dar menoscabo aos direitos humanos, pois o que consta nos instrumentos internacionais (pactos e convenções etc.) são dispositivos de caráter superior para a devida proteção aos direitos e liberdades da cidadania, em nome da dignidade da pessoa humana.

É de se mencionar o universalismo e a indivisibilidade dos instrumentos de direitos humanos. A cidadania é cosmopolita, globalizada e planetária; sem asseguramento dos direitos fundamentais individuais e coletivos das pessoas, e sem respeito integral aos princípios gerais de direitos humanos que possuem validade hierárquica prevalente frente aos dispositivos ou normas legais ordinárias pátrias, não há que se falar em justiça. A correta interpretação se dá com a aplicação dos direitos humanos (fonte primaz), que se encontram no ápice hierárquico das fontes primárias do direito.

A validade dos direitos humanos está no seu valor supremo, universal e inderrogável sempre acima do que disciplina uma emenda

constitucional, a exemplo da de nº 45/2004: “Art. 5º § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Os direitos humanos não se encontram sujeitos ao disposto na legislação interna, porque prevalecem em todos os sentidos.

De acordo com a teoria geral dos direitos humanos e os instrumentos internacionais, aderidos e ratificados, podemos ler sobre a sua validade legal sem deixarmos de lado o valor tácito universal plenamente aceito pela comunidade jurídica e pela jurisprudência das cortes de direitos humanos.

Ademais, se sentença é lei para o caso concreto, somente admite-se a retroatividade de análise e aplicação analógica ou comparada, mais benéfica, segundo as regras e princípios de direitos humanos, onde se depreende o valor da jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos⁶, pelas garantias constitucionais fundamentais individuais que são absolutas, não se podendo relativizá-las e muito menos fazer qualquer tipo de ponderação.

“Juris-imprudência” ou “juris-negligência” são decisões que faltam com atenção e com observância às cláusulas e princípios de direitos humanos, ou que afrontam regras maiores de reconhecimento universal.

Cançado Amorim Trindade, quando juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deu seu voto com clareza e objetividade ao se referir ao valor e à imperatividade da jurisdição do tribunal: “A Convenção Americana, juntamente com outros tratados de direitos humanos, foram concebidos e adotados com base na premissa de que *os ordenamentos jurídicos internos devem se harmonizar com as disposições convencionais, e não vice-versa*”⁷ (grifo nosso).

E o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu (voto do min. Celso de Mello, 12.3.08 STF – HC 87.585-TO e RE 466.343-SP) e reconheceu o valor constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos na hipótese de conflito entre lei ordinária e tratado, dizendo que sempre prevalecerá o tratado (leia-se instrumentos

internacionais de direitos humanos). Os direitos humanos são supraconstitucionais.

O poder soberano estatal encontra-se condicionado ao estrito cumprimento e respeito aos direitos humanos, nos termos da teoria da incorporação incondicional ou automática.

O constituinte demonstrou o espírito da Constituição de 1988, voltado à supremacia e prevalência dos direitos humanos, visto que para formular o texto da carta magna, na época e antes de sua aprovação, o legislador constituinte originário tomou como base o contido nos instrumentos internacionais de direitos humanos, ou seja, na Declaração Universal de 1945, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966 e na Convenção sobre Direitos Humanos da OEA de 1969. Nesse sentido, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos (e seus princípios) estão acima da própria Constituição, e que todo Estado democrático possui o dever de respeitá-los, independentemente da expressão legal constante na sua carta magna.

Os direitos humanos possuem valor hierárquico tácito internacional majoritário, e a carta magna dos países democráticos se adapta aos princípios fundamentais de direitos humanos, e não estes à carta magna.

A cláusula de proteção dos direitos humanos se dá também pela via do controle global e nacional, do sistema de justiça composto pelas Nações Unidas (Corte Internacional de Justiça) e Organização dos Estados Americanos/OEA (Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos), nos quais o Brasil se encontra inserido na qualidade de Estado-membro.

Quando se fala em convencionalidade dos direitos humanos, está a se referir sobre a correta aplicação dos tratados, pactos e convenções internacionais no sistema interno de justiça; assim, também ocorre no controle da constitucionalidade das leis domésticas pelo modelo difuso e concentrado⁸.

Nas lides domésticas os instrumentos de direitos humanos devem ser sempre utilizados ou aferidos pelos órgãos do sistema interno de justiça federal ou estadual, em face aos princípios da validade e

da hierarquia vertical das normas, posto que a República Federativa do Brasil é signatária de instrumentos de direitos humanos, sendo a União responsável para assumir compromissos internacionais.

Vejamos:

a) – quanto às violações de direitos humanos

Elas se configuram quando o próprio Estado, através de seus órgãos (agentes, funcionários ou servidores), não respeita e não reconhece a validade dos instrumentos universais; portanto, como regra geral é o Estado que viola os direitos humanos, tornando a República Federativa do Brasil ré na ordem jurídica global ou continental, passível de sanções e reprimendas sérias⁹ emanadas pelas cortes de justiça internacionais e regional.

Os direitos humanos possuem valor hierárquico tácito internacional majoritário

E quando um particular – cidadão – é autor de crime contra os direitos humanos, deverá ser julgado pelo sistema de Justiça interno ou pelo sistema das cortes internacionais; neste caso, o Estado, excepcionalissimamente, abre mão de sua soberania penal¹⁰.

O delito de genocídio é uma situação especial ou extraordinária, vez que também é protegido e reprimido nacionalmente, através das leis 2.889/56 e 8.072/90, cuja competência é da União/Justiça Federal, ante a relevância da matéria, nos termos do artigo 109, § 5º, EC 45/2004. Mas o princípio *non bis in idem* deve vigorar no regime democrático. O artigo 20 do Estatuto de Roma (1988) prevê a competência do Tribunal Penal Internacional (TPI), mas ninguém pode ser processado pelo mesmo fato duas vezes, se já tiver sido julgado por outro juízo, ou seja, submetido ao crivo do sistema legal doméstico de justiça.

Expressa a carta magna brasileira: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: V-A as causas relativas a direitos humanos EC nº 45/2004”, desnecessária é a redação exposta na emenda supracitada do “§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de asse-

gurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”; trata-se, a nosso ver, de um reforço legislativo desnecessário, porque assuntos de direitos humanos, tanto na teoria jurídica como na prática consuetudinária, estão resguardados pela “cláusula federal”.

Se o Estado brasileiro é responsável ante organismos internacionais de acordo com a “cláusula federal”, sempre será a Justiça da União competente para processar e julgar violações de direitos humanos, e nunca órgãos jurisdicionais dos entes federados¹¹.

No artigo 28 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, encontramos previsto: “1. Quando se tratar de um Estado-Parte constituído como Estado Federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial. 2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com a sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta convenção.”

Quando o parlamento nacional através das suas duas casas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) promulga emendas à Constituição¹², aderindo a pactos e convenções internacionais (art. 60, § 3º, CF), nos termos do princípio da representação popular, configura-se o momento em que se dá valor nacional à integração dos tratados de direitos humanos ao ordenamento jurídico pátrio vigente.

Incumbe ao presidente da República a ratificação dos tratados, e na hipótese de cometimento de crime contra os direitos humanos a responsabilidade nacional e internacional recai sobre a União. Consta expressamente que no sistema brasileiro todos os crimes ou

infrações penais praticadas em detrimento dos interesses da União são de competência da Justiça Federal (art. 109, IV, da CF).

O governo nacional como Estado-parte cumprirá todas as disposições referentes a matéria de competência legislativa e judicial expressas em um tratado internacional.

Segundo o Pacto de San José da Costa Rica, as questões de ordem judiciais em matéria de direitos humanos incumbem às instâncias da Justiça Federal.

b) – quanto à promoção dos direitos humanos

É obrigação de todos, do Estado e da cidadania.

As promotorias de justiça das unidades da federação, na área criminal (desde a investigação até a sentença transitada em julgado) ou na área cível propriamente dita (inclua-se a justiça da infância e da adolescência, juzgados especiais, varas de família, fazenda pública, proteção do patrimônio público, consumidor, saúde, educação etc.), possuem atribuição para interpretar e promover os instrumentos de direitos humanos no contexto da legislação interna sob à luz da proteção internacional.

Aplicar, difundir ou promover os direitos humanos na esfera da justiça estadual não significa interpor ações judiciais praticadas por órgãos públicos ou pessoas físicas particulares; a competência é exclusiva da justiça federal e a atribuição legal incumbe ao Ministério Público da União.

Assim, não há razão para a criação de promotorias de justiça dos direitos humanos nos estados, porque todas as promotorias e procuradorias de justiça, de qualquer área, deverão utilizar os direitos humanos; portanto, no mesmo sentido, não existe a necessidade da existência de centros de apoio operacional (Lei 8.625/93, arts. 8º I e 33). É preciso apenas um setor institucional de orientação aos promotores e procuradores de justiça para não deixarem de fazer constar as cláusulas de direitos humanos, expressas nos instrumentos internacionais, nas suas promoções ministeriais, seja em 1ª ou em 2ª instância, juízo *a quo* e juízo *ad quem*¹³.

Todos os litígios judiciais ante as regras do devido processo legal, do direito público interno (Código de Processo Penal e Código de

Processo Civil) e estes nas linhas do direito público externo (direitos humanos), deverão estar sempre voltados ao interesse maior dos vulneráveis, dos desvalidos, dos desprotegidos e dos desamparados.

No juízo criminal deve-se respeito ao processado como também à vítima, concomitantemente¹⁴; e no juízo cível (direito privado) a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança tornam-se ramo do direito público com o Estado visando a proteção da sociedade, dos incapacitados, dos hipossuficientes, dos excluídos, dos marginalizados social e economicamente falando, e ainda dos carentes de assistência jurídica¹⁵, cujo procedimento segue a linha do processo civil, ramo do direito público.

Ao Ministério Público incumbe a fiscalização da correta aplicação da lei (ordinária e da Constituição) e sobretudo a promoção dos direitos humanos, na qualidade de *custus legis* (arts. 176 *usque* 180, CPC) e como titular exclusivo das demandas penais públicas (art. 129, I, da CF); ao Poder Judiciário compete processar e julgar litígios com base e fundamento nas diretrizes de direitos humanos (art. 5 inc. III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização *pele dano material ou moral decorrente de sua violação*; XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito); não olvidemos a importância do labor da Defensoria Pública (art. 134, CF) e da advocacia privada (art. 133 CF e Lei 8.906/94), ambas possuem a missão jurisdicional essencial, de igual modo, através do ativismo dos direitos humanos (art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos).

Note-se: são pouquíssimas ou quase nulas as hipóteses de competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento dos

crimes contra os direitos humanos, nos termos da sistemática legislativa pátria.

Todas as violações contra os direitos humanos possuem natureza de crime hediondo, atroz, grave ou gravíssimo, daí as expressões “crime de lesa humanidade”, de “lesa democracia”, de “lesa cidadania” ou de “lesa pátria”, e daí a desnecessidade do procurador-geral da República suscitar incidente de deslocamento da Justiça Estadual para a Justiça Federal, posto que se existe processo em matéria de direitos humanos na esfera da Justiça estadual, isso está errado e o feito deve ser declarado nulo em razão de vício que afeta a cláusula federal.

Constitui abuso de autoridade atentado à liberdade de locomoção; à inviolabilidade do domicílio; à incolumidade física do indivíduo; e ainda, ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder; como submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei; deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa; deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada; levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei; a prática de ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal etc. (Lei 4.898/65, arts. 3º e 4º), e por serem crimes contra os direitos humanos praticados pelo Estado através de seus agentes, deve ser ele processado, segundo a cláusula federal, obrigatoriamente, pela Justiça da União, ainda que erroneamente o legislador pátrio tenha incluído hediondas práticas criminosas no rol das infrações de pequeno potencial ofensivo¹⁶, o que beira ao ridículo ou a uma brincadeira de mau gosto, é um grande e verdadeiro *aberratio iuris*.

São pouquíssimas ou quase nulas as hipóteses de competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento dos crimes contra os direitos humanos

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos estabelece claramente: “1. Ninguém poderá ser objetivo de *ingerências arbitrárias ou ilegais* em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à *proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas*” (art. 17).

Já o Código de Conduta para os Funcionários Encarregados de Cumprir a Lei (Resolução 34/169, de 1979/ONU), destinado a todos os agentes estatais que exercem poder de polícia, prisão ou de deten-

O Ministério Público na qualidade de *custus legis humanitair* visa a legalidade judicial na tutela dos interesses fundamentais indisponíveis

ção, expressa que são eles responsáveis pela aplicação da lei em estrito respeito à proteção da dignidade humana, para manter e apoiar os direitos fundamentais de todas as pessoas (art. 2º).

E a Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e do Abuso de Poder (ONU/1985) dispõe que, mesmo que não tenha constituído uma violação da legislação penal nacional, ainda podem representar violações das normas internacionais reconhecidas em matéria de direitos do homem.

São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: “*I – expor os fatos em juízo conforme a verdade*” (art. 77 CPC); e os membros do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública serão civil e regressivamente responsáveis quando agirem com dolo ou fraude no exercício de suas funções (arts. 181, 184 e 187 do CPC, bem como disciplina a Lei 8.429/92)¹⁷.

Em resposta à necessidade de atenção e proteção aos direitos humanos, o Ministério Público na qualidade de *custus legis humanitair* visa a legalidade judicial na tutela dos interesses fundamentais indisponíveis, com destaque na área social e econômica, para controlar efetivamente o orçamento anual destinado à saúde, à educação e à segurança da população como dever, posto que é do conhecimento

que as verbas públicas são subtraídas, desviadas, superfaturadas e mal aplicadas. Referimo-nos a promoções ministeriais de natureza macro (em especial a rígida fiscalização das licitações) contra gestores, ordenadores de despesas e irresponsáveis pelo erário, sejam presidentes da República, governadores ou prefeitos municipais. Não há outra alternativa se não a proclamação dos direitos humanos econômicos e sociais em prol da cidadania brasileira¹⁸, por políticas públicas essenciais.

Só construiremos uma sociedade livre, justa e solidária quando todos se respeitarem e se irmanarem nos ideais da mesma família humana: “art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza... inc. I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações CF”, repugnando a intolerância, o ódio e a vingança, seja pública ou privada. Consta no artigo 5º, III, da CF: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, para aumentarmos, cada vez mais e com amor, o prestígio da Justiça, num dever de fé raciocinada pela esperança em dias melhores que estão por vir¹⁹.

O compromisso e o dever dos profissionais do direito, com sinceridade e verdade, é a difusão dos direitos humanos; o mais tanto faz como tanto fez, devemos fazer valer as garantias fundamentais individuais e sociais (direitos e deveres humanos); pois “não há Justiça sem Deus” (Rui Barbosa) como “não há Justiça sem respeito à dignidade e sem Amor ao semelhante e especialmente sem direitos humanos”. Esta é a lei máxima imperecível.

Notas

1. Cândido Furtado Maia Neto. Procurador de Justiça – Ministério Público do Estado do Paraná. Pós-Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas. Especialista em Direito Penal e Criminologia. *Expert* em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – Missão Minúguia 1995-96). Professor Pesquisador e de Pós-Graduação. Docente para Cursos Avançados de Direitos Humanos e Prática de Justiça Criminal no Estado Democrático. Secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério

- da Justiça (1989/90). Membro do Consinter – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação e da Sociedade Europeia de Criminologia. Condecorado com Menção Honrosa na V edição do Prêmio Innovare (2008). Cidadão Benemérito do Paraná (Lei 15.721/07). Autor de inúmeros trabalhos jurídicos publicados no Brasil e no exterior. www.direitoshumanos.pro.br
2. Ver: Estado Social Democrático de Direito. Estado de Direito Constitucional. Estado de Direitos Humanos (a mais moderna e completa denominação no contexto das garantias sociais, das liberdades civis e políticas e da segurança jurídica). A nomenclatura “Estado de Direito”, por si, não representa um sistema efetivo e verdadeiramente democrático, posto que significa apenas o cumprimento das leis vigentes, podendo estas terem sido impostas pelo Poder Executivo, estando a vigorar sem passar por um processo legislativo legítimo, isto é, devidamente democrático, via Poder Legislativo.
 3. Ver Convênios da Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência multilateral especializada das Nações Unidas/ONU.
 4. REZEK, Francisco in “A Constituição Brasileira e as Normas de Direito Internacional Humanitário”; *Coleção Relações Internacionais* n. 6, do Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais (PRI), Brasília-DF, Ed. Escopo, out./1988, p. 97.
 5. Sylvia Helena de Figueiredo Steiner: “A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.
 6. Tribunal Internacional de Justiça (ONU). Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA).
 7. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus República Federativa do Brasil, em sentença (24.11.2010).
 8. Art. 102 CF. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.
 9. Sanções
 - a) admoestação judicial internacional contra o Estado
 - b) indenização contra o Estado, para reparação dos danos materiais e morais para as vítimas ou seus representantes legais.
 - c) multa ao Estado em favor da(s) vítima(s)
 - d) obrigação de (não) fazer contra o Estado
 - e) bloqueio de ajudas econômicas e não repasse de créditos financeiros
 - f) restrições no mercado internacional de importações e exportações
 10. Exemplo: crimes contra a humanidade de competência do Tribunal Penal Internacional (TPI – Estatuto de Roma, BR/2002. Ver MAIA NETO,

- Cândido Furtado in “Crimes contra os Direitos Humanos. Competência Interna e Responsabilidade Internacional pelo Valor da Cláusula Federal”; *Revista Jurídica Consulex*, n. 133 – Abril/2013, Brasília, p. 10/15).
11. Exemplo sobre a *Violência Doméstica e Familiar*. A proteção é interna contra a violência doméstica ou familiar (Lei 11.340/06 – denominada “Maria da Penha”), que no artigo 6º prevê: “A *violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos*”, e dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, cuja competência é da justiça estadual para a reprimenda dos crimes de agressão, ameaça e lesões corporais; *porém*, ao se constituir grave violação aos Direitos Humanos, a justiça federal torna-se juízo natural do feito; tudo em consonância com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (ONU/1979 – Dec. 89.460/84) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (OEA/1994 – Ratificada 1995).
 12. Rodrigues, Aderruan in “Promulgação de Tratados de Direitos Humanos...”, *Revista Jurídica Consulex*, ano XVI, n. 382, 15.12.2012, p. 22-23.
 13. Ver Lei 8.625/93, art. 17, IV, e § 2º do art. 19. Orientações da Corregedoria-Geral do Ministério Público, e inspeções com exames permanentes nos serviços jurisdicionais dos Promotores de Justiça, para aplicação e difusão dos direitos humanos nas manifestações ministeriais judiciais e extrajudiciais. As orientações superiores e institucionais sobre a aplicação e a correta interpretação das cláusulas contidas nos tratados e pactos de direitos humanos possuem caráter vinculativo, posto que possuem reconhecimento e validade universal, bem como, regional, onde todos os sistemas nacionais de justiça democráticos estão obrigados a seguir, ante a prevalência e a hierarquia dos instrumentos de direitos humanos sobre a própria Constituição e muito mais sobre a legislação ordinária doméstica.
 14. MAIA NETO, Cândido Furtado in “Promotor de Justiça e Direitos Humanos”, Juruá, 3. ed., 2012, Curitiba; e “Direitos Humanos das Vítimas de Crimes”, Juruá, 1a. edição 2014, Curitiba.
 15. Assistência judiciária: art. 5º, LXXIV CF/88.
 16. Leis 9.099/95 e 10.259/01 do Juizado Especial Criminal, Estaduais e Federal, respectivamente.
 17. Artigo 19. “Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente. Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.”
 18. O estado de mal-estar social. Um relato sobre direitos humanos no Brasil ao papa. <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/08/o-estado-de-mal-estar-social.shtml>

19. Ver “Brasil, Coração do Mundo Pátria do Evangelho”, pelo Espírito de Humberto Campos, editado em 1938, pelo médium Francisco Cândido Xavier. Trata-se de uma missão coletiva de um povo engajado no seu processo evolutivo. O Brasil é o “coração espiritual do Planeta”, para desenvolver a paz e a fraternidade da Humanidade.

A modulação dos julgados e a Súmula 343 do STF

Teresa Arruda Alvim¹

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

SEGUNDO A SÚMULA 343 DO STF, já por nós ampla e insistentemente criticada, não é cabível ação rescisória com base no artigo 966, V, do CPC, quando, à época da prolação da decisão que se pretende rescindir, a jurisprudência era controvertida.

Com a habitual clareza, descrevia Teori Albino Zavascki o *sentido e a razão de ser* da Súmula 343 à luz do que dispunha o CPC de 1973. Asseverava que esta súmula dava parâmetros objetivos para que se entendesse o sentido da expressão “literal”, constante do art. 485, V, do CPC.

Dizia ele que não se poderia enxergar *verdadeira* ofensa à lei se, à época em que a decisão rescindenda tinha sido proferida, a interpretação do dispositivo era controvertida, ou seja, não se sabia qual era, realmente, a interpretação correta. Portanto, sentido não teria falar-se em *ilegalidade*. É a mesma “lógica” da Súmula 400 do STF: interpretação razoável da lei não deve ser corrigida pelos tribunais superiores, já que não configura, propriamente, ilegalidade².

Embora assista razão a Teori Zavascki ao identificar a razão de ser da Súmula 343, a nós não parece que seja justificável, à luz da Constituição Federal, a subsistência de tal verbete. Como diz o próprio autor, trata-se de enunciado próximo ao da Súmula 400, a qual, aliás, sempre foi alvo de severas críticas (e, antes da Constituição Federal de 1988, só se entendia dever incidir a Súmula 400 se se tratasse de infração a lei federal e não de infração a dispositivo constitucional). A nosso ver ambas desrespeitam princípios constitucionais fundamentais.

Vejamos por quê: estabelece o artigo 5º, II, da CF: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se, como se sabe, da formulação, adotada pelo legislador constituinte brasileiro, para o princípio da legalidade.

O princípio da isonomia se encontra no *caput* do mesmo artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

Os princípios acima mencionados foram transcritos *em ordem diferente* daquela em que se encontram tratados no texto constitucional *propositadamente*, porque é esta a ordem em que se compuseram os argumentos que a seguir se exporão.

Observe-se que na Constituição vigente se demonstrou extrema preocupação com a *igualdade*. Basta dizer que no *caput* do artigo 5º o constituinte ainda inclui, entre os direitos invioláveis, o próprio direito à igualdade³.

Essa súmula, a nosso ver, compromete o princípio da legalidade e o da isonomia, do mesmo modo que ocorria com a Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, que vem sendo, felizmente, cada vez menos invocada pelos nossos tribunais superiores⁴.

O princípio da legalidade se consubstancia na regra segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer a não ser em função de previsão legal.

O princípio da isonomia se constitui na ideia de que todos são iguais perante a lei⁵, o que significa que a lei deve tratar a todos de modo uniforme e que correlatamente as decisões dos tribunais *não podem aplicar a mesma lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico*⁶. Por que todos são iguais, na verdade, perante o direito.

Diz-se que o princípio da igualdade consiste em se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais⁷.

A igualdade deve ser compreendida em conjunto com outros princípios, pelos quais terá optado nosso constituinte. Liga-se à ideia de equilíbrio. Não raras vezes a aplicação do princípio “tem por pressu-

posto a existência de situações diferentes (não idênticas), às quais, no entanto, deve ser assegurado um tratamento equilibrado, não discriminatório”⁸. É o caso de uma norma que disponha deverem empregos ou vagas em universidades ser assegurados a deficientes visuais.

Na verdade, a principal função do princípio da igualdade é a de evitar “previsões discriminatórias injustificadas”⁹. Assim, discriminar o consumidor ou o trabalhador, para protegê-lo, não é desrespeitar regra que diz que ambos devem receber tratamento isonômico, já que estão sendo “favorecidos” porque são, presumivelmente, a parte “mais fraca”.

Uma das consequências inafastáveis da incidência deste princípio é a de que, em face de casos *rigorosamente idênticos*, deva o Judiciário decidir aplicando a mesma regra de direito, interpretada da mesma forma.

De fato, de nada adiantaria a existência de comando constitucional *dirigido ao legislador* se o Poder Judiciário não tivesse de seguir idêntica orientação, podendo decidir, com base na mesma lei, no mesmo momento histórico (ou seja, sem que se possa afirmar que fatores históricos hajam influído no sentido que se deva dar à lei), em face de idênticos casos concretos, de modos diferentes.

Esses princípios têm, portanto, aplicação, por assim dizer, “engrenada”, funcionando ambos como pilares fundamentais da concepção moderna de *estado de direito*.

É digna de nota a preocupação do legislador de 2015, expressa no NCPC, com a disciplina dos regimes de julgamento de ações idênticas: criou-se, por exemplo, o IRDR e se aprimorou o regime, já existente, de julgamento de recursos repetitivos (especial e extraordinário).

Na verdade, o princípio da isonomia é aquele segundo o qual a lei deve atingir a todos, e, quando isso não ocorrer, a *discriminação não pode ser feita arbitrariamente*, sendo vantajosa ou desvantajosa para os atingidos.

Deve haver, portanto, possibilidade de *se justificar racionalmente* o porquê da discriminação. Deve existir uma *correlação racional* entre os discriminados, tipo de discriminação e a razão de esta ter sido feita.

Aqui cabe formular novamente a questão: que sentido faz tratar diferentemente alguém com a regra da inatacabilidade da decisão, pela

via rescisória, que foi atingido por um entendimento a respeito de certa norma jurídica, que restou alterado, única e exclusivamente porque à época em que foi prolatada a decisão haveria, a respeito do entendimento da norma, “jurisprudência conflitante”? A nosso ver, este critério *não justifica* a distinção feita pela súmula¹⁰.

A vinculação da constatação da existência da correlação racional entre o fator escolhido pela norma como discriminante e a própria discriminação deve ser feita segundo valores, notadamente aqueles sob forma de princípios constitucionais. Por isso é que é constitucional a reserva de vagas para negros em universidades, mas é inconstitucional a existência de um clube recreativo só para negros.

Assim, admitir que sobreviva decisão que consagrou interpretação hoje considerada, pacificamente, *incorreta* pelo Judiciário é prestigiar o *acaso*. Explicamos: isto significa dizer que serão beneficiados com a decisão que lhes favorece, ainda que posteriormente seja considerada incorreta, aqueles que tiveram a “sorte” de participar de determinada ação, no polo passivo ou ativo, num momento em que havia, ainda, divergência nos tribunais, quanto a qual seria a interpretação acertada da lei, a solução correta a ser dada àquele caso.

Dizer que a lei é uma só (necessariamente vocacionada para comportar um só e único entendimento, no mesmo momento histórico e nunca mais de um entendimento simultaneamente válido), mas as decisões podem ser diferentes porque os tribunais podem decidir diferentemente, não tem sentido. Seria esta circunstância imune ao controle da parte pela via da ação rescisória?! Pode haver duas ou mais decisões, completamente diferentes, a respeito do mesmo (mesmíssimo!!) texto, aplicáveis a casos concretos idênticos, ambas consideradas aceitáveis pelo sistema, e ainda que já se tenha estabelecido qual seria a decisão correta?¹¹

A Súmula 343 do STF é parente da Súmula 400 do mesmo tribunal. A Súmula 400 diz que não cabe ao STF corrigir interpretações dadas ao direito objetivo pelos tribunais inferiores, se estas forem razoáveis. Trata-se de súmula que, pura e simplesmente, autorizava o STF a abrir mão da sua função: dizer a última palavra a respeito da Constituição Federal e do direito federal (antes da Constituição Federal de 1988).

A Súmula 343 deve ter o mesmo destino que acabou por ter a Súmula 400, hoje muito mais raramente invocada pelos membros dos tribunais superiores.

Em conformidade com a linha de argumentação até agora desenvolvida, é evidente que, para nós, a regra do não cabimento da rescisória *em função* do critério trazido pela Súmula 343 não tem sentido.

Diferentemente pode ocorrer se se decidir pela *preservação* da decisão que se pretende rescindir *em função* de outras razões, de outros critérios, que afastem a necessidade de respeito à isonomia, mas por outros fundamentos *diferentes* da mera circunstância de a jurisprudência ser desconstruída na época da prolação da decisão que se pretende rescindir. Esses outros valores ligam-se ao princípio da confiança e à necessidade de que o direito proporcione previsibilidade.

A Súmula 343
do STF é
parente da
Súmula 400
do mesmo
tribunal

Compreende-se a utilização *dos resultados* gerados pela aplicação da Súmula 343 em certas hipóteses, como a retratada no REExt. 590.809/RS-2014¹². Trata-se de extenso acórdão em que se pretendeu rescindir acórdão que acompanhou jurisprudência do próprio STF (portanto, *pauta de conduta confiável*, à época).

Neste acórdão, abordam-se valores que apontariam para o não cabimento da ação rescisória, mencionando-se, para isso, a Súmula 343. Não foram, entretanto, os pressupostos de incidência da Súmula 343 que levaram à sua aplicação! Ao contrário, já que aqui trata-se de decisão proferida com base em *entendimento pacificado do STF*, que, ao depois, se quis rescindir. Ou seja, a *jurisprudência não era controversa* à época em que foi proferida a decisão.

Mas, no limite, caso não se quisesse realmente admitir a rescisória (como se fez no acórdão ora citado), mais acertado teria sido fazer-se a *modulação* dos efeitos da mudança e não o recurso à vetusta e infeliz Súmula 343, mesmo antes de haver previsão expressa deste instituto no CPC de 2015. A este tópico voltaremos no final deste artigo.

2. Alteração da jurisprudência

O que significa a *mudança da jurisprudência*? O que significa a alteração do entendimento a respeito do direito posto?

Não nos parece, como já afirmamos, que a esta situação deva-se propiciar exatamente o mesmo tratamento que se dá à alteração da lei, afirmando-se que a alteração da jurisprudência, pura e simplesmente, nenhum efeito tem sobre as situações que foram decididas anteriormente.

A razão de ser de o sistema permitir a oscilação da jurisprudência, ou seja, permitir que haja decisões diferentes, de tribunais diferentes, e que os próprios tribunais *alterem posição que já haviam firmado*, só pode ser dar chance para o *aprimoramento do sistema*. A mudança da jurisprudência só se pode justificar se for entendida como um avanço, como uma “melhora”. Afinal, uma das duas (ou das três) posições deve ser tida como correta, e, para que se justifique a possibilidade existente no sistema no sentido de os tribunais alterarem suas posições, só tem sentido considerar-se correta a última posição. Pois o tribunal muda seu entendimento “até acertar”.

Portanto, sempre pensamos que aqueles que foram atingidos por decisão judicial proferida em certo período de tempo em que o entendimento jurisprudencial era X, podem ter sua situação alterada, pela via da ação rescisória, quando este entendimento (a respeito da mesma regra posta) tenha-se alterado para Y.

Isto porque, quando a jurisprudência muda, é como se os tribunais dissessem: “tal é o entendimento que se deve ter, por ser o correto, a respeito de certa regra de direito”. Se tal entendimento é considerado *correto hoje*, que sentido tem a manutenção de situações que foram decididas segundo entendimento que seria, então, “equivocado”?

O que se disse acima não se aplica às situações em que a jurisprudência muda para adaptar o direito às alterações da sociedade. Há hipóteses em que o labor dos juízes é fortemente influente, até mesmo responsável, pela evolução do direito, como ocorre, por exemplo, nas questões ligadas ao direito de família. Não se trata, pois, de *mudança de opinião*: cuida-se, isto sim, de alteração do entendimento do sentido

da regra com o fito de adaptá-la às novas necessidades sociais. É necessário observar-se que estas mudanças não ocorrem em dias ou meses, mas em dez, vinte, trinta anos. Às vezes em séculos.

Quando a lei muda, quer-se que certas situações, às quais a lei diz respeito, sejam resolvidas diferentemente. Mas quando se altera a interpretação que se deva a certo texto de lei, como por exemplo, o que se pode dizer é que se terá, finalmente, “acertado”.

Lei mal interpretada é lei ofendida, não cumprida, desrespeitada. Por isso é que sustentamos, em casos como este, ser possível o manejo da ação rescisória com base no art. 966, V, do CPC.

Admitir, como regra geral, a não rescindibilidade das decisões tidas por equivocadas pela nova posição firmada por um tribunal superior, porque há excessivas oscilações, seria *cometer um erro para corrigir outro*¹³.

Nossa posição não significa, em absoluto, que as decisões transitadas em julgado e que se tenham baseado em orientação diferente da atual percam automaticamente sua validade. Como dissemos antes, nascem casos que, a nosso ver, são de rescindibilidade.

Nem sempre, todavia. Como se verá subsequentemente, hipóteses pode haver em que outros valores, tais como os protegidos pelo princípio da confiança e a necessidade de que o direito não surpreenda as partes, proporcionando previsibilidade, recomendem seja mantida a decisão proferida à luz do entendimento jurisprudencial superado. É o de que trataremos no n.º 3, abaixo.

3. Preservação de outros valores

Em alguns casos, todavia, pode parecer aos tribunais mais correto preservar a decisão rescindenda, em nome de outros valores.

Para amparar a situação daqueles que foram afetados por decisão com base em posição jurisprudencial já superada, hoje a lei traz a solução da *modulação*.

Trata-se de instituto que se traduz, como se verá com mais vagar no n.º 4, na possibilidade de os tribunais deliberarem, expressamente, quando alteram a orientação antes seguida a respeito de aspectos tem-

porais, territoriais etc. ligados à “eficácia” da decisão. Com isso quer-se dizer que os tribunais podem, por exemplo, dizer que só vão decidir com base no novo entendimento a partir do ano seguinte, ou a partir daquele momento e assim por diante.

Se se quer, realmente, prestigiar o princípio da confiança e da segurança jurídica, a modulação é instrumento que se presta a fazê-lo de forma extremamente satisfatória.

Explicamos: se os tribunais entendem que há razões para preservar as decisões, transitadas em julgado, que foram tomadas à luz da posição que anteriormente era considerada a correta, podem, com base na modulação, não admitir a ação rescisória.

Mas não é só: podem (devem) passar a decidir com base no novo entendimento, agora considerado acertado, *apenas* os processos derivados de fatos que *ocorreram já à luz do novo entendimento*.

Assim, se evita o indesejável efeito retroativo da mudança da jurisprudência, nos casos em que haja valores que recomendem que a situação anterior seja mantida.

Explicamos: se A deixa de recolher certo tributo, porque o STF entende que o tal tributo não incide na atividade que A realiza e, de repente, este mesmo tribunal passa a entender que o tal tributo *incide*, à luz do *mesmo texto de lei*, deve usar este novo entendimento apenas para decidir processos oriundos de casos fáticos *posteriores* à alteração de posição. Caso contrário, A será julgado com base num padrão normativo que não existia quando praticou sua conduta: praticou sua conduta em conformidade *com o direito*.

Hoje se reconhece, abertamente, que o Judiciário exerce função normativa. Portanto, deve haver regras de direito intertemporal para alterações de posição dos tribunais, principalmente superiores. Estas regras podem e devem ser construídas a partir do instituto da *modulação*.

A modulação não pode servir única e exclusivamente para evitar ações rescisórias. É instituto muito mais eficiente do que a Súmula 343 e deve preservar a situação não só daquele que já foi afetado por decisão judicial transitada em julgado, com base em orientação jurisprudencial superada, como também daquele que *agiu* com base naquilo que, à

época, era o *direito*: a lei, interpretada pelos tribunais superiores, à luz da doutrina.

Voltando ao exemplo: se A não recolheu certo tributo à luz da orientação pacificada à época, e, repentinamente, a jurisprudência se altera, muito provavelmente o fisco começará a cobrar A pelos tributos não pagos. Quando o conflito entre A e o fisco chegar ao Judiciário, não deve ser decidido à luz da nova posição, mas daquela que havia *na época da conduta de A*, por causa do princípio da confiança. Para isso, deve ser usada a modulação.

Deu-se, propositadamente, um exemplo de direito tributário, porque este é um ramo do direito em que muito frequentemente a modulação deve ser feita, quando da alteração de posicionamento dos tribunais superiores.

Já nos manifestamos no sentido de que os princípios que criam segurança jurídica no direito tributário devem ser respeitados pela jurisprudência, que, de rigor, não deve se alterar. Se isto acontecer, a modulação, no formato proposto, é imperiosa.

Nossa posição é, portanto, pelo cabimento de rescisória, desde que não haja modulação.

Se modulação houver, esta não pode ter o condão, apenas, de evitar a rescisória. Entendemos que esta deve ser feita de molde a evitar que a nova posição adotada afete *não só situações* em que tenha havido processos e trânsito em julgado, mas também aquelas em que o indivíduo *agiu* de boa-fé, em absoluta conformidade com o direito “em vigor”, com a pauta de conduta tida por correta.

A modulação não pode desempenhar única e exclusivamente papel de jurisprudência defensiva.

4. Sobre a modulação

Admitir-se a ação rescisória quando há mudança da jurisprudência é medida que se impõe, a nosso ver, como regra geral, para que se respeite a isonomia.

No entanto, como vimos, o princípio da isonomia deve ser compreendido e aplicado também no contexto de outros valores e princípios.

Então, não se deve negar que, muitas e muitas vezes, outros valores devem ser preservados, a ponto de poder afastar a necessidade de se respeitar a isonomia.

Muito se tem escrito sobre a função normativa do Poder Judiciário. Hoje é comum que se tenha consciência no sentido de que o juiz, em diversas medidas, *cria* direito. Portanto, ele é ator coadjuvante na formação das normas jurídicas: nas *pautas de conduta*.

Sob esta óptica, não se podem fazer vistas grossas à imperiosidade de que, por vezes, aquele que agiu de acordo com certa pauta de conduta (norma jurídica) seja poupado: por isso é que o legislador de 2015, sensível a essa realidade, criou o artigo 927, § 3º, *in verbis*: “§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”

Vê-se, pois, a necessidade, sentida pelo legislador de, em face de (i) alteração de jurisprudência dominante do STF e de tribunais superiores, e de (ii) mudança de entendimento firmado em julgamento de IRDR e de recursos (especial ou extraordinário) repetitivos, *modular* os efeitos da nova decisão à luz do interesse social e da segurança jurídica.

Que *efeitos* são esses?

São tanto os efeitos que da decisão emanam em relação às próprias partes, quanto os efeitos irradiados *para fora* do processo, para além do universo das partes. São os efeitos que se reconhecem a uma decisão *quando nela se vê um precedente*.

Então, a *modulação* significa a possibilidade de se situarem estes efeitos da decisão no tempo e no espaço, de acordo com ambos os valores acima referidos: interesse social e segurança jurídica.

Vê-se, pois que a modulação substitui com vantagens a Súmula 343. Primeiro, seus *fundamentos* são razoáveis: preservação de segurança jurídica, resposta adequada ao princípio da confiança. Não é, como se quer com a Súmula 343, fazer crer que a decisão estaria “correta” só porque teria sido proferida num momento histórico em que ainda se discutia qual deveria ser a tese jurídica adotada, a partir do sentido da norma que viesse a adotar. A Súmula 343 elege critério não jurídico e

tampouco razoável para sujeitar a decisão à rescindibilidade: o “acaso” de a discussão existir, ou não, quando da prolação da decisão.

Aliás, de rigor, o contrário é que deve gerar a não rescindibilidade: a decisão rescindenda estar em absoluta consonância com a jurisprudência pacificada de um tribunal superior.

A *modulação* é instituto concebido expressamente para, nos casos em que se entende adequado prevalecer o princípio da confiança (= segurança jurídica), obstar o cabimento da rescisória.

Entretanto, a *modulação* permite, como se viu, que se faça muito mais do que isso. Pode-se até julgar certo caso Y, de acordo com entendimento jurisprudencial que havia à época em que ocorreu o caso X, mesmo que este entendimento já esteja superado no STJ ou no STF.

Assim, posto que a *modulação* é instituto versátil, flexível, ela se presta, de modo muito mais completo, a realizar concretamente a segurança jurídica.

Notas

1. Teresa Arruda Alvim. Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. Membro Honorário da Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da International Association of Procedural Law, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Revista dos Tribunais. Advogada.
2. Teori Zavascki. Ação rescisória em matéria constitucional, in Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.), *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais* – 4ª Série, São Paulo, RT, 2001, p. 1.041-1.067.
3. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 26.

4. Há trecho interessante, em voto de autoria do Ministro Eduardo Ribeiro, sobre a Súmula 343, que merece ser transcrito: “Embora já tenha invocado a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, assim como a de n. 134 do Tribunal Federal de Recursos, sempre encarei com reservas aqueles enunciados, que me parecem tentativa pouco feliz de fixar um critério objetivo para decidir quanto ao cabimento da rescisória, com fundamento no item V do art. 485 do CPC. A expressão utilizada – interpretação controvertida – está a significar que existiam julgados em um e em outro sentido. Observe-se, de logo, que, a toda evidência, não é isso que se revela. Entender-se-ia que se quisesse justificar a inviabilidade da rescisória com o fato de os tribunais se pronunciarem no mesmo sentido do acórdão rescindendo. Não que exista controvérsia, ou seja, que, se além daqueles, outros possam apontar, contrariando a tese nele consagrada, o que só poderia servir de amparo à procedência da ação. Hão de entender-se as proposições em exame como significando não caber rescisória quando, amparando o sustentado pelo acórdão, existam outros pronunciamentos dos tribunais. Ocorre que o fato de isso verificar-se não pode servir de motivo para que o órgão, a quem caiba julgar o pedido de rescisão, se demita da responsabilidade de examinar a concorrência do pressuposto colocado pela lei. Se houve a reclamada violação literal, isso haverá de ser reconhecido e proclamado, nada importando que no mesmo erro tenham incidido outras Cortes de Justiça (...) Assim como no direito anterior, exige o Código que o aresto rescindendo haja desatendido a literal disposição de lei. Expressão análoga foi empregada, em sucessivos textos, para definir o cabimento do recurso extraordinário até que, em 1967, passou-se a exigir a negativa de vigência de lei para fazê-lo admissível, modificação que, entretanto, em nada alterou o entendimento que já se tinha firmado. Com a instituição do recurso especial é que se adotou fórmula ampliativa, sendo cabível desde que a lei seja contrariada, não necessariamente violada em sua expressão literal. Vigentes as normas anteriores a 1988, o Supremo Tribunal Federal fixara interpretação traduzida na Súmula 400. Esta, apesar das críticas que recebeu, era adequada aos parâmetros que então estabelecia a Constituição. Referindo-se a decisão contra a letra da lei, claro estava o propósito restritivo. Não seria qualquer descompasso como sentido da lei que propiciaria o recurso, mas apenas o equívoco clamoroso, ainda que pudesse resultar de interpretação. Há de entender-se como tendo ocorrido violação da letra da lei quando a ela se empresta interpretação que, razoavelmente, não possa ter. Se era isso exato para o recurso extraordinário, com maior razão há de ser para a ação rescisória”. Embora neste acórdão se tenha propendido pela aplicação da Súmula 343, na sempre lúcida manifestação do Ministro Eduardo Ribeiro, já se faz entender certa dose de restrição à aplicação indiscriminada da mesma Súmula, com o objetivo de impedir ações rescisórias de sentenças de mérito que tenham dado interpretação errada à lei (AR 208/RJ, rel. Min. Nilson Naves, j. 11.03.1992, v.u., *RSTJ* a. 4 (40), p. 15-30, dez./1992).

5. O princípio da igualdade tem como destinatários os aplicadores das normas, administrador e juiz, e o legislador. Evidente, os atos do legislativo têm um alcance maior, o que implicaria o esvaziamento quase que integral do princípio caso não fosse o legislador um daqueles a quem o princípio é endereçado (Miguel de Seabra Fagundes, O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo, RT 235/3-15).
Entendimento diferente remonta às épocas em que se presumia que, sendo o Legislativo formado por representantes do povo, dificilmente poderiam “feri-lo com desigualdades iníquas” (*idem*, p. 3).
6. Exatamente nesse sentido, assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “o princípio da igualdade, que, como se viu, se impõe ao próprio legislador, *a fortiori* obriga o Judiciário e a Administração na aplicação que dão à lei”. Observa em seguida que “a igualdade perante a lei não exclui a desigualdade de tratamento indispensável em face da particularidade de situações”. No caso em tela não existe particularidade alguma a justificar a permanência da disparidade de interpretações (*op. cit.*, p. 27).
7. Observa Luiz Alberto David Araújo, oportunamente, que o texto constitucional, que tem redação distinta do anterior no que pertine à igualdade, veio colocá-lo na cabeça do artigo, fixando-a como princípio constitucional, regra de aplicação para a integração, deixando de incluí-la como um dos direitos individuais, mas erigindo a igualdade como pressuposto do entendimento de todos os demais. A igualdade, portanto, teve alteração topográfica em relação ao texto anterior, tendo essa mudança significado de grande importância na interpretação do texto. Assim, deixou a igualdade de ser fixada apenas com um dispositivo e passou a constar com regra matriz (*A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*, Brasília, CORDE, 1994, p. 84).
8. Marco Aurélio Greco, *Contribuições – Uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 115.
9. *Idem, ibidem*, destaques no original.
10. Com clareza explica Celso Antonio:
“O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele.
“(…)”
“Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.
“Segue-se que o problema das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da igualdade não se adscrive aos elementos escolhidos como fatores de desigualação, pois resulta da conjunção deles com a disparidade estabelecida nos tratamentos jurídicos dispensados.

“Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.

“(…)

“Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada, procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

“Cabe, por isso mesmo, quanto a este aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia” (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. ed., 8. tir., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 37-39).

11. O Judiciário já se tenha posicionado de forma clara a respeito da interpretação correta da norma.
12. Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22/out/2014.
13. Leonardo Greco nos ensina que: “Alguns tribunais constitucionais, como o da Alemanha e o da Espanha, já assentaram como essencial à eficácia do direito fundamental à igualdade a homogeneidade e a continuidade das decisões de cada tribunal, que não deve adotar mudanças repentinas e infundadas em sua jurisprudência, para não ocasionar desigualdade de tratamento na aplicação da lei (v. Robert Alexy e Ralf Dreier, *Precedent in the Federal Republic of Germany*, e Alfonso Ruiz Miguel, *Precedent in Spain*, in D. Neil MacCormick e Robert S. Summers, *Interpreting precedents*, Ashgate Publishing Limited, Hants, 1997, p. 17-64 e 259-292)” [Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária, in Hugo de Brito Machado (coord.), *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*, São Paulo, Dialética; Fortaleza, Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2006, p. 294-307, especialmente p. 297].

Desafios da democracia: a crise de representação

João Nuno Calvão da Silva¹

Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e

Vice-Presidente da Associação de Estudos Europeus de Coimbra

1. Futuro da democracia: a revalorização do parlamento

FALAR DE *DESAFIOS À DEMOCRACIA* implica pensar no *futuro* do “menos mau dos regimes políticos”, na indispensabilidade da sua *reinvenção*, em especial na urgência da *revalorização da função representativa* assegurada pelos parlamentos (e respectivos membros).

Na base do mandato representativo encontra-se a ideia de soberania nacional – os deputados são *representantes da nação* e não de circunscrições eleitorais ou eleitores determinados², mais do que a noção de soberania popular ínsita em Rousseau e no contrato social, com o poder soberano a residir em cada membro da comunidade.

Não obstante o hodierno discurso político sobre a personalização de cada cidadão³ apelar, de forma sedutora, aos deputados para agirem como porta-vozes de interesses particulares, o parlamento constitui algo distinto de uma câmara corporativa. Nesse sentido, o parlamento não se confunde com outros organismos – também representativos – como confederações patronais, sindicatos ou conselho económico e social.

Eixo fundamental do processo decisório público, o hemiciclo parlamentar é concebido para promover alguma separação entre o Estado e a sociedade civil, entre o público e o privado, sendo, por isso, fundamental a ultrapassagem da crise de representação que vivemos nas democracias ocidentais.

Articular adequadamente instituições democráticas representativas e mecanismos de democracia direta será o garante do coevo regime

democrático⁴: os deputados não devem cair na tentação de espelhar interesses (apenas) dos seus círculos eleitorais e os representados não podem deixar de se rever no parlamento, sob pena de os populismos e a demagogia se alastrarem perigosamente.

2. Democracia representativa e (complementaridade da) democracia direta

No contexto de uma sociedade de informação em evolução constante, rápida e profunda – como, por exemplo, a internet e as redes sociais (o dito jornalismo de cidadão) a esboroarem o papel mediador e reflexivo dos órgãos de comunicação social tradicionais⁵ –, o modelo democrático tem forçosamente de ser dinâmico e adaptar-se às novas realidades, em nome da sua própria sobrevivência enquanto regime político.

Na esteira de reconhecidos professores de direito administrativo (Sabino Cassese) e de ciência política (Giandomenico Majone), a condição essencial da legitimação do poder público assenta na denominada *procedimentalização*; a legitimação democrática, de acordo com este pensamento, ancora-se no *due process of law* norte-americano, com o agir administrativo a pautar-se por garantias semelhantes às do processo jurisdicional, em termos de *abertura, transparência e participação* (da sociedade civil)⁶.

Na génese desta denominada *legitimação procedimental* está o funcionamento das *independent regulatory commissions* norte-americanas, assente, essencialmente, na participação dos interessados na tomada de decisões e em amplos deveres de fundamentação e publicitação destas. Por meio de um procedimento similar ao adotado pelas instâncias jurisdicionais⁷ e de uma abertura do processo decisório à sociedade civil, em concretização da *democracia participativa*, a responsabilidade política do aparelho administrativo veria o seu lugar preenchido por um *iter* decisório transparente e de garantias reforçadas⁸.

Nas palavras de Sabino Cassese, “a quem sustém que as autoridades [reguladoras independentes] devem ser ainda politicamente «accoun-

table» e, portanto, menos independentes, pode responder-se apenas que existe um outro modo de ser «accountable» e que esse modo diverso está na visibilidade das suas decisões, na completude das suas informações, na sua capacidade de atender os interessados. Numa palavra, que a sua *legitimação não deriva da democracia política; mas da democracia procedimental*⁹.

Noutros termos: para assegurar a racionalidade e correção das decisões públicas, o sucedâneo da legitimação político-representativa seria a *legitimação pelo processo* (Luhmann)¹⁰, no quadro de um *Estado osmótico*¹¹ (osmose entre Estado e sociedade civil) com a desvalorização do parlamento, concebido, como referimos acima (cfr. 1), em nome da distinção entre o interesse público e a soma de interesses (societais) diversos.

Pela nossa parte, não aceitamos a criação de laços diretos com a sociedade como modo alternativo de legitimação ao da representação política. No máximo, dessa ligação próxima a *lobbies*, retiramos a necessidade de reforço das medidas destinadas a evitar a *captura do regulador pelos regulados*¹².

Consideramos necessária a adoção de procedimentos transparentes e participados, mas não podemos admitir a superação da legitimidade político-representativa, chave dos sistemas democráticos ocidentais, por pretensões de autoreferencialidade ancoradas em valores como a imparcialidade e a eficiência¹³. Em nome da democracia, recusamos a legitimação do poder público com base na natureza das coisas, a ideia de autolegitimação por meio de atuação competente, transparente e aberta à participação dos interessados.

Em suma: salvar a democracia implica a salvaguarda do clássico princípio da responsabilização governamental ante o parlamento¹⁴, reconhecendo os instrumentos da democracia direta (apenas) como elementos de apoio, complementares, da tradicional democracia representativa¹⁵.

Salvar a
democracia
implica a
salvaguarda
do clássico
princípio da
responsabilização
governamental
ante o parlamento

3. Democracia e combate à despolitização

Para além deste apelo (subreptício?) à *democracia ateniense*, no contexto do hodierno *Estado regulador ou de garantia*¹⁶, promove-se a denominada *desgovernamentalização da regulação*¹⁷, com os *experts a assumirem crescentemente o lugar dos políticos na gestão da causa pública*, como se a competência, o profissionalismo e a *sagesse* moral fossem exclusivos dos técnicos.

Num tempo de aprofundamento da internacionalização e de emergência de poderosos grupos económicos transnacionais, a justiça social tem sido relegada para um plano secundário: a maximização dos lucros não se compadece com a ética da solidariedade.

Porque o primado da economia cria, ou pelo menos não resolve, problemas graves como a exclusão ou a desordem urbana, impõe-se devolver o protagonismo da ação pública à política¹⁸: só esta pode temperar a fúria do mercado selvagem e salvar as democracias da sua implosão.

Para a política reassumir o papel primordial no governo da *res publica*, torna-se indispensável, porém, a sua *credibilização*¹⁹. Com efeito, o triunfo da partidocracia sobre o mérito tem levado à diminuição da qualidade da atividade política, obrigando à convocação de elites tecnicamente competentes e à constituição de um novo figurino administrativo – a administração independente.

Caracterizadas pela neutralidade com relação à política, as autoridades reguladoras independentes, na sua missão de controlo dos mercados, pautam-se por uma atuação de cariz técnico, dirigida fundamentalmente por preocupações com o eficaz funcionamento da economia.

Dito de outro modo: os reguladores, nacionais e europeus²⁰ são o reflexo da moderna *despolitização*²¹, vale dizer, do *triunfo da economia sobre a política*. A disciplina dos mercados por critérios não políticos é entendida como a melhor forma de assegurar o progresso da sociedade.

Não obstante a regulação social se incluir, nos objetivos daquelas entidades, uma leitura global, política, da realidade não é sua incumbência, constituindo mesmo fator indesejável de distorção dos mercados.

Do nosso ponto de vista, mais do que intervenções governamentais *ad hoc* a sobrepôr a razão política às decisões técnicas dos reguladores, é o modelo da administração independente que deve ser posto em causa: os centros decisórios devem permanecer nos governos, podendo as vantagens apontadas às autoridades independentes ser cumpridas por um Poder Executivo composto de membros idóneos, competentes e escolhidos independentemente dos aparelhos ou juventudes partidárias.

Desta forma, assistiríamos ao ressurgir do *primado da política sobre a tecnocracia*. Mais: impondo-se o mérito à cor do partido, encontrá-amos a *expertise* em sede democraticamente legítima, o governo.

4. Considerações finais

Evitar a implosão da democracia e prosseguir uma globalização (mais) justa e regulada são objetivos a alcançar com o reforço da política, respaldada no voto popular, e não pela defesa da governação da tecnocracia, na base da moda das *administrações* independentes (nos Estados Unidos da América, nos Estados europeus etc.) e do propalado défice democrático da União Europeia.

Sem prejuízo da vantagem de uma preparação científica nas decisões, sobretudo em domínios técnicos específicos (*v.g.* segurança alimentar e saúde humana), acreditamos que a palavra final deve repousar sempre no decisor político, por razões de *legitimação democrática*.

Noutra maneira de dizer: embora seja de admitir a complementaridade da eficiência e da democraticidade, temos por essencial que a imputabilidade de qualquer exercício de autoridade pública radique, em última análise, na vontade coletiva, com a proeminência da visão política sobre a gestão científica e a supremacia da política sobre a tecnocracia. E, não obstante a coeva tendência fundamental de domínio da técnica e da ciência sobre a política²², mantemo-nos fieis à clássica ideia democrática de que todos possam decidir tudo: reservar as decisões em determinadas matérias a sábios, a pretexto da tecnicidade das matérias é, no fundo, restaurar a arcana *imperii* dos absolutistas, excluindo o povo das escolhas para o seu próprio bem.

Na frásica de Vital Moreira, “a principiologia de um Estado de Direito não consente a substituição generalizada da administração do Estado por um ‘governo de especialistas.’”²³

Naturalmente, mesmo cabendo a gestão do risco somente ao responsável político, numa sociedade fortemente marcada por constantes progressos da ciência e perigos daí potencialmente advenientes, qualquer decisão (política) implicará a existência de uma avaliação prévia dos riscos a cargo de especialistas. A avaliação científica dos riscos constitui, na prática, no contexto da atual sociedade de risco, etapa indispensável para a tomada de decisões proporcionadas, não discriminatórias, transparentes e coerentes.

Em geral, os procedimentos de avaliação científica dos riscos permitem a racionalização da escolha de agir e das medidas a adotar, dotando o decisor político de informações objetivas, de todo o conhecimento de causa que lhe permite ponderar as melhores decisões, sustentadas em dados precisos e pertinentes. E estando enquadrada a atuação do decisor político em cada vez mais domínios pelo *princípio da precaução*²⁴, revela-se essencial a intervenção de *experts* para aferir da existência de riscos plausíveis ou de indícios sérios que permitam razoavelmente duvidar da inocuidade de uma determinada substância ou serviço. É que só partindo de informações detalhadas e de recomendações cientificamente estruturadas e verificadas, pode a instância decisora optar pela adoção de medidas de precaução ou renunciar a tomar qualquer medida preventiva, tendo em conta a existência de riscos meramente hipotéticos para valores como a saúde pública ou a proteção do ambiente²⁵.

Como escreve Maria da Glória Garcia, “a estrutura democrática representativa do Estado de Direito da modernidade, que alicerça o período da legalidade e o poder discricionário, lida mal com a ignorância sobre os fenómenos científicos com repercussão social e com os fenómenos sociais ‘tout court’ [...]. A ignorância enquanto fenómeno específico subjacente à construção da ‘sociedade do conhecimento’ obriga a repensar o exercício democrático do poder, a estruturação do Estado e de outros entes públicos, o modo de realização do direito. [...] A criação de entidades independentes, que funcionam de acordo com

uma lógica eminentemente técnica [...], mas sintomaticamente fora da hierarquia administrativa, são uma consequência”²⁶

Só que, não obstante a necessidade de pareceres científicos transparentes, independentes e de excelência para impedir a arbitrariedade das medidas adotadas, não é de suprimir a liberdade de apreciação política do decisor relativamente à escolha de agir e ao conteúdo das decisões a adotar. De fato, apenas os decisores públicos se encontram investidos de poder discricionário, a não poderem delegar a margem de apreciação política em experts, abdicando da sua autoridade decisória, para responsabilizarem o parecer técnico pela adoção de determinada medida.

Quer dizer, as recomendações dos especialistas são etapa procedimental relevante do processo decisório, mas não consubstanciam a tomada da decisão propriamente dita, a qual não deve basear-se somente na apreciação científica de comitês ou de agências de expertise: têm também de incorporar circunstâncias de ordem econômica, social e ética ponderadas pelo decisor político, que não pode esquecer a dimensão política da questão decidenda, resguardando-se pura e simplesmente no parecer técnico. Termos em que os *apports* da expertise no processo decisório limitam, mas não eliminam a margem de apreciação das instituições responsáveis politicamente pela adoção de decisões.

Nada deve sobrelevar o reforço da democracia representativa, porquanto, sob a capa sexy da (maior) democraticidade direta, apenas se legitima o governo dos *lobbies* e a preponderância do poder econômico sobre o poder político, com sérios riscos para o regime democrático.

Na verdade, o aprofundamento da democracia direta apresenta claros riscos de colonização totalitária do Estado pelos diversos grupos de interesses²⁷, com uma igualização do Estado e da sociedade perigosa para a ideia de autoridade pública e do próprio estado de direito, no âmbito de uma denominada democracia neocorporativa²⁸.

O aprofundamento da democracia direta apresenta claros riscos de colonização totalitária do Estado pelos diversos grupos de interesses

Noutra formulação, uma governança *accountable* e pluralista, com envolvimento dos *stakeholders*, por mais virtuosa que possa parecer, não pode substituir ou dispensar o governo democrático: não deve, pois, deixar de ser vista como *second-best*, com função meramente suplementar ou complementar do circuito representativo democrático tradicional²⁹.

Conforme realçou o Tribunal Constitucional germânico, “a mera participação deliberativa dos cidadãos e das suas organizações societárias na deliberação política [...] não pode substituir a conexão legitimadora baseada em eleições e outras votações”, constituindo, neste sentido, a participação apenas um meio de “tornar mais efetiva a legitimidade representativa e democrática”³⁰.

A atuação de vários grupos sociais no processo decisório acarreta mais um governo dos interesses (melhor) organizados no interior da sociedade civil do que verdadeiramente um governo pelo povo

De outro modo, a substituir-se o efeito disciplinador do direito de sancionar eleitoralmente o poder público pelo aprofundamento de mecanismos vários de *accountability* e processos de *governança multinível* participados, por-se-á em causa o clássico princípio de “um homem, um voto” e enfraquecer-se-á o governo democrático³¹.

Reconhecendo, embora, como extremamente enriquecedor o envolvimento dos atores sociais no processo de elaboração de políticas, uma maior participação de grupos interessados em dada área não significa, necessariamente, o aprofundamento da democraticidade. Com efeito, a atuação de vários grupos sociais no processo decisório acarreta mais um governo dos interesses (melhor) organizados no interior da sociedade civil do que verdadeiramente um governo pelo povo, razão pela qual, reconhecendo as vantagens decorrentes da maior participação e abertura aos destinatários, nos diversos procedimentos de decisão pública, consideramos a representação democrática tradicional *insubrogável*³².

Notas

1. João Nuno Calvão da Silva. Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Vice-Presidente da Associação de Estudos Europeus de Coimbra.
2. Vide A. M. Le Pourhiet, “Représenter la Nation?”, in *Association française de droit constitutionnel, Représentation et représentativité*, Paris, Dalloz, 2008, p. 10.
3. Vide Lucien Jaume, “Représentation”, in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003. Spéculaire: qui réfléchit comme un miroir (Petit Robert).
4. Vide Jean Marc Sauvé, *Institutions et démocratie représentative*, discurso realizado num Congresso sobre *Fondation prospective et innovation – Les défis de la démocratie représentative*. Quels futurs?, 21 de março de 2013, inédito.
5. Vide João Nuno Calvão da Silva, “Direito, Saúde e *Media*: breves reflexões”, in *Revista de Direito Biomédico*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no prelo.
6. Giulio Napolitano alerta para o facto de a intensificação das exigências do procedimento regulatório e o reforço da participação dos interessados neste “porém o problema de assegurar o justo equilíbrio entre vínculos e flexibilidade, entre exigências de tutela dos privados e objectivos de eficácia da acção regulatória. O risco, noutros termos, de replicar o fenómeno de «ossificação» do procedimento regulatório que caracteriza a recente experiência norte-americana”. Vide Giulio Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bolonha, 2005, p. 114.
7. Neste sentido, afirma Alberto Predieri: “A experiência histórica das autoridades administrativas independentes na sua origem norte-americana dá uma justificação do fenómeno da procedimentalização em tudo análoga à que conhecemos da actividade jurisdicional”. Vide Alberto Predieri, “I procedimenti amministrativi”, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Giappichelli, Turim, 1999, p. 36.
8. Nas palavras de Michella Manetti, o procedimento seria “uma forma diversa, mas equivalente” da democracia representativa. Vide Michella Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffré, Milão, 1994, p. 216.
9. Vide Sabino Cassese, “Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti”, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Giappichelli, Turim, 1999, p. 42.
10. Nas palavras de Niklas Luhmann, “os procedimentos juridicamente ordenados contribuem para a legitimação de decisões juridicamente vinculativas, até as podem suportar (...). Legitimação como aceitação de decisões vinculativas na própria estrutura decisória”. Vide Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren, Luchterhand*, Neuwied am Rhein e Berlim, 1969, p. 7-8.
11. A expressão “Estado osmótico”, a qual parece dever-se a Alberto Predieri, “evoca a interpenetração constante e difusa entre Estado e mercados locais e globais,

- entre instituições nacionais e supranacionais, entre Mercado e Sociedade”. *Vide* Massimo Morisi, “Verso una Democrazia delle politiche? Un’angolazione politologica per le «Autorità Independenti» in Italia”, in *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, v. I, (organizado por Alberto Predieri), Passigli, Florença, 1997, p. 26.
12. Como ensina Vital Moreira, “um dos maiores perigos da regulação consiste na possibilidade de o regulador ser «capturado» pelos regulados, de modo a transformar-se numa forma de autorregulação por meio de entreposto regulador”. *Vide* “Economia de Mercado e Interesse Público – Declaração de Condeixa”, in *Estudos de Regulação Pública – I*, (Organização de Vital Moreira), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 715.
- Para evitar este *perigo da captura* e garantir que os membros dos reguladores, pessoas idóneas e de capacidade técnica reconhecida, não tenham interesses pessoais nas actividades reguladas que possam comprometer a sua imparcialidade e honorabilidade, preveem-se listas de incompatibilidades e de impedimentos, um rigoroso regime de exclusividade e um período de nojo (após a cessação do mandato). Nesta matéria, a propósito (do artigo 19º) da Lei-Quadro dos reguladores, considerámos que “as soluções não são inovadoras e parecem-nos proporcionadas, atendendo às limitações nacionais de recursos humanos em domínios de elevada especialização técnica e às limitações financeiras actuais do país.” *Vide* João Nuno Calvão da Silva, “Poderes e instrumentos regulatórios das entidades reguladoras ao abrigo da Lei-Quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da actividade económica dos sectores privado, público e cooperativo”, in *Estudos de Regulação Pública – II*, organização de Pedro Costa Gonçalves, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, p. 399.
13. Acentuando a ideia de eficiência, Fábio Severo Severi considera que “quando se reduz o espaço de responsabilidade do governo no exercício do poder de direcção, favorece-se uma gestão «por objectivos»”. *Vide* Fabio Severo Severi, “Amministrazioni indipendenti, Agenzie, Autorità: nuove (o vecchie) formule organizzative per la pubblica amministrazione”, in *La autorità amministrativa indipendente. Aspetti problematici*, organização de Fabio Severo Severi, Centro di Ricerca sulla amministrazioni pubbliche “Vittorio Bachelet”, Quaderni 12, Giuffrè, Milão, 1998, p. 131.
14. Como ensina Barbosa de Melo, nas democracias representativas europeias, ancoradas no princípio da separação dos poderes, a legitimidade popular dos poderes executivo e judicial teve de ser garantida indirectamente, “através de um sistema de que fazem parte o princípio da legalidade das decisões judiciais e das decisões administrativas, o instituto do júri e a fiscalização parlamentar da actividade administrativa”. A responsabilidade ministerial ante o Parlamento era a chave da legitimação democrática da acção administrativa: “a subordinação hierárquica e a centralização administrativa viram-se, pois, convertidas em instrumentos de democracia”. *Vide* Barbosa de Melo, “Introdução às formas

- de concertação social”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LIX, Coimbra, 1983, p. 81 e 84.
15. Na nossa dissertação de Mestrado, escrevemos: “Não aceitamos, porém, a ideia de que a combinação de controlos de vária ordem (v.g., recurso judicial, participação pública, procedimentos transparentes) possa sustentar a legitimidade das autoridades reguladoras independentes; só o controlo parlamentar pode atenuar o défice democrático da administração independente.” Vide João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado – Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 195.
16. A falência do Estado intervencionista na vida económico-social do século 20 (*Estado-Providência*) não tem que determinar o regresso do Estado abstencionista liberal e da *autorregulação* do mercado. Considera-se actualmente fundamental a intervenção exterior, a *hetero-regulação pública*, para garantir o bom funcionamento da concorrência e a satisfação das necessidades básicas de todos os cidadãos. De um dirigismo estatal da economia, passámos a um Estado-Regulador, isto é, *a um poder público que, respeitando e incentivando mesmo a economia de mercado, não pode, porém, deixar de a regular e organizar em nome do bem comum*. Mais desenvolvidamente, vide João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado...*, cit., p. 77 e ss.
17. No contexto do denominado Estado-Regulador, paralelamente à crescente desintervenção estadual na economia, cumpre destacar a *desgovernamentalização da regulação*, com as autoridades reguladoras, dotadas de independência (embora relativa) do governo, a assumir a regulação do mercado. São várias as razões normalmente apontadas para a *atribuição da actividade reguladora a autoridades relativamente independentes do governo*: a neutralização política; o grau elevado de especialização atingido em áreas diversas; a tutela dos consumidores, do ambiente e de outros interesses especiais; a preocupação em distinguir as funções de prestador e de regulador, para assim se garantir a igualdade entre operador(es) do Estado e operador(es) privado(s); a necessidade de assegurar o acesso à rede a todos os operadores em condições iguais, no caso das indústrias de rede; a necessidade de aumentar a participação dos cidadãos; a exigência de garantia de cumprimento das obrigações de serviço público.
- De origens norte-americanas, as autoridades reguladoras independentes constituem presentemente fenómeno corrente no panorama da União Europeia, em função não apenas da crença nas virtudes da regulação independente como forma de controlo do mercado, mas também das exigências comunitárias de abertura à concorrência em sectores económicos vários, *maxime* nas indústrias de rede. Na verdade, se, inicialmente, o ordenamento comunitário deixava a organização administrativa reservada ao legislador nacional, progressivamente assiste-se à crescente *europeização da estrutura e do procedimento regulatório, com várias Directivas a impor a instituição de organismos reguladores independentes na regulação dos mercados liberalizados, independência primeiramente limitada à*

- influência dos regulados e rapidamente alargada a possíveis ingerências políticas.* Para maiores desenvolvimentos, sobre a *desgovernamentalização da regulação*, vide João Nuno Calvão Da Silva, *Mercado e Estado...*, cit., p. 110-199.
18. Alain Minc fala em “ressurreição da política”. Vide Alain Minc, *La vengeance des nations*, Grasset, Paris, 1990, p. 243.
 19. Como afirma Gianfranco Poggi, “a característica distintiva do ambiente político moderno de acordo com a qual “a política é a matriz da ação pública” perdeu uma grande parte da sua credibilidade no decurso das últimas etapas da história do Estado”. Vide Gianfranco Poggi, “La nature changeante de l’État – l’État et quelques aspects de son histoire”, in *La recomposition de l’État en Europe*, (direcção de Vincent Wright e Sabino Cassese), Colecção Recherches, La Découverte, Paris, 1996, p. 33.
 20. Sobre os reguladores da União Europeia, vide João Nuno Calvão da Silva, *Agências Reguladoras da União Europeia*, Gestlegal, Coimbra, 2017.
 21. A propósito das redes de reguladores europeus, Renaud Dehousse fala em despolitização das políticas públicas europeias, relacionando esta circunstância com o facto de o Parlamento Europeu “não assumir plenamente o papel de caixa de ressonância” dos cidadãos. Vide Renaud Dehousse, “Les États et l’Union européenne: les effets de l’intégration”, in *La recomposition de l’État en Europe*, (direcção de Vincent Wright e Sabino Cassese), Colecção Recherches, La Découverte, Paris, 1996, p. 62-64.
 22. Vide Jürgen Habermas, *Towards a rational society: student protest, science and politics*, Heinemann, Londres, 1971.
 23. Vide Vital Moreira, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 136. Em especial, quanto à ideia de a governação por *experts* ser mais credível, é de sublinhar a afirmação de Martin Shapiro: “o que cria a credibilidade é a desatenção. Quando o público não se importa com algo, a informação dos especialistas é credível. Logo que o público se importa com algo, a informação dos especialistas torna-se simplesmente em outro argumento da luta política.” Vide Martin Shapiro, “Agencies in the European Union: an American perspective”, in *The New European Agencies – Conference Report, EU Working Papers*, Instituto Universitário Europeu, San Domenico, 1996, p. 102.
 24. Sobre o princípio da precaução como princípio geral de direito, vide, por todos, Maria da Glória Dias Garcia, “Princípio da precaução: lei do medo ou razão de esperança?”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Gomes Canotilho*, V. I - Responsabilidade: entre passado e futuro, organização de Fernando Alves Correia, Jónatas Machado e João Loureiro, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 102, ad honorem – 6, Coimbra Editora, 2012, p. 454-455. Em especial, sobre a importância do princípio da precaução em domínios como o direito ambiental e do urbanismo, vide Alexandra Aragão, “Dimensões europeias do princípio da precaução”, in *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, 2010/ VII, pág. 245 e ss, Fernando Alves Correia, “A avaliação ambiental de planos

- e programas: um instituto de reforço da protecção do ambiente no Direito do Urbanismo”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137º, n. 3946, p. 6-10, e Gomes Canotilho, “Electrosmog e relações de vizinhança ambiental – primeiras considerações”, in *Revista do CEDOUA*, n. 10, 2002, p. 9-12.
25. Cfr. Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução, COM (2000) 1 final, Bruxelas, 02.fev. 2000, ponto 5.1.
 26. Vide Maria da Glória Garcia, *Direito das políticas públicas*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 40-42.
 27. Vide Paulo Otero, *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária – A Influência do Totalitarismo na Democracia do século 21*, Principia, Cascais, 2001; p. 220 e ss.
 28. Vide João Baptista Machado, “A Hipótese neocorporativa”, in *Obra dispersa*, II, Braga, 1993, p. 461 e ss.
 29. Sobre o conceito de *accountability* democrática no contexto das formas de democracia representativa, vide *Political accountability*, obra colectiva coordenada por Richard Bellamy e Antonino Palumbo, Ashgate, 2010, em especial, Parte I (p. 3-113). Acentuando os pontos de conexão entre a *accountability* e a democracia directa, incluindo nesta apenas os referendos e os mecanismos de iniciativa, vide Alexander H. Trechsel, “Reflexive accountability and direct democracy”, in *West European Politics*, v. 33, n. 5, Setembro 2010, Routledge, p. 1050 e ss.
- No âmbito da tentativa de sistematização dos tipos de *accountability* pública existentes, Mark Bovens distingue a *accountability* política – em que relevam os representantes eleitos, os partidos políticos, os eleitores e, mais recentemente, os meios de comunicação social – da *accountability* social, em que ressaltam os grupos de interesses e outros *stakeholders* em geral, tendo esta surgido como “reação a uma reconhecida falta de confiança nos governos.” Vide Mark Bovens, “Analysing and assessing accountability: a conceptual framework”, in *European Law Journal*, v. 13, n. 4, Blackwell Publishing, Julho 2007, p. 454 e ss.
30. Cfr. acórdão do Tribunal Constitucional alemão (BVerfG), 2BvE2/08, de 30 jun. 2009, n. 272 (http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html).
 31. Nas palavras certas de Yannis Papadopoulos, as “tendências de governança como a judicialização, a delegação em agências independentes ou reformas administrativas inspiradas nos princípios do ‘New Public Management’ [...] enfraquecem o efeito do voto ao deslocar o poder para instituições não representativas e não democraticamente *accountable*”, constituindo a governança multi-nível e em rede um verdadeiro “paradoxo [...] caracterizado por mais *accountability*, mas menos democracia.” Vide Yannis Papadopoulos, “Accountability and multi-level governance: more accountability, less democracy?”, in *West European Politics*, v. 33, n. 5, Setembro 2010, Routledge, p. 1043-1044. Mathieu Petithomme refere-se a “um novo modelo pós-democrático baseado no funcionalismo e na eficiência em detrimento do tradicional mandato popular.” Vide Mathieu Petithomme, “La despolitización de la política europea

- y el dilema del déficit democrático”, in *Cuadernos Europeos de Deusto*, n. 39, Bilbao, 2008, p. 163.
32. Vide Nicola Verola, *L' Europa legittima – Principi e processi di legittimazione nella costruzione europea*, Passigli editore, Florença, 2006. Nas palavras do autor, “a única teoria normativa que justifica o exercício da autoridade com base num mandato proveniente ‘de baixo’ é, de facto, a democrática, através dos mecanismos do voto individual e da representação.” (p. 128)

Concurso público – Teste de aptidão física de candidata grávida em data diversa

Abraham Lincoln Calixto¹

Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

EM JULGAMENTO REALIZADO pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, versando sobre a negativa da administração em realizar o teste de aptidão física de candidata grávida em data diversa daquela estabelecida em edital de concurso, restou assim decidido o mandado de segurança impetrado pela candidata:

Direito administrativo. Apelação cível. Mandado de segurança. Concurso público para o cargo de soldado da Polícia Militar do Paraná. Declaração de nulidade dos itens do edital. Pedido sobre o qual se operou o prazo de decadência, de 120 (cento e vinte) dias. *negativa da administração em realizar o teste de aptidão física da candidata grávida em data diversa. Ato ilegal, violador de direito líquido e certo. proteção da gravidez, da maternidade e do livre planejamento familiar. caso de força maior que admite a realização de segunda chamada. exegese do enunciado n.º 40 das 4ª. e 5ª. câmaras cíveis do tribunal de justiça do estado do paraná. ofensa ao princípio da isonomia caracterizada.* Precedentes. recurso parcialmente provido. (Apelação cível nº 1.368.077-8 – Relator: Des. Abraham Lincoln Calixto)

Por força de recurso especial interposto pelo Estado do Paraná e tendo em vista que o acórdão violava decisão do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral (Recurso Extraordinário 630.733/DF), a 1ª vice-presidente daquela corte de justiça, em juízo prévio de admissi-

bilidade determinou o retorno dos autos à câmara cível julgadora, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil/73 e dos artigos 109 e 110 do regimento interno do TJPR, para que o recurso fosse submetido ao juízo de retratação pela mesma turma julgadora, ante a decisão proferida também no Recurso Extraordinário 630.733/DF.

Em continuidade, o feito foi pautado para julgamento, oportunidade em que a 4ª Câmara Cível, mantendo o entendimento, assim ementou a retratação negativa:

Direito processual civil. Juízo de retratação. Artigo 543-B, § 3º do Código de Processo Civil de 1973. Concurso público. Negativa da administração em realizar o teste de aptidão física da candidata, grávida, em data diversa. Proteção da gravidez, da maternidade e do livre planejamento familiar. ofensa ao princípio da isonomia caracterizada. *Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário nº 630.733/DF, que não destoa do acórdão proferido por este órgão julgador, vez que não é possível equiparar gravidez à doença. premissas fáticas diversas. hipótese ora retratada em que o edital não regulamenta o tema no tocante à gestante.* Juízo de retratação não realizado.

No corpo do julgado, enfatizei que, no caso sob apreciação, dúvida não há de que a apelante teve violado direito líquido e certo.

Não se ignora que o edital, nos itens 15.6 e 20.1, veda a realização de segunda prova para o candidato que não comparecer no exame, *verbis*:

[...] 15.6. Não será marcada nova data para a realização do TSF para candidatos impossibilitados, mesmo que temporariamente, para a sua realização.

[...] 20.1. Será eliminado do Processo Seletivo, além dos outros casos expressamente previstos no presente Edital, o candidato que: (...) b) faltar ou chegar atrasado para a realização de qualquer prova, teste ou exame, ou não atender a chamada para a realização de qualquer um dos testes;

Encampando estas regras editalícias, o Enunciado 40 das 4ª e 5ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná estabelece que, “em concurso público inexistente direito de candidatas, em razão de circunstâncias pessoais, à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo casos excepcionalíssimos e contrária disposição editalícia”.

Ocorre que a condição gestacional da impetrante se enquadra justamente na excepcionalidade, por constituir hipótese de força maior, a autorizar a realização do teste em outra data.

O apelado, inclusive, possuía ciência da condição gestacional, conforme restou exposto no recurso administrativo, no qual a candidata esclareceu que compareceu ao local indicado munida de documentos que comprovam o período gestacional, inclusive com atestado de duas médicas que contraindicaram a realização do exame naquele período e apontaram como melhor alternativa a realização do teste 180 após o parto.

Veja-se que todos os documentos foram recolhidos, mas mesmo assim a impetrante foi considerada ausente.

Concessa venia, a condição especial de gestante não deve ser interpretada em desfavor da apelante. Isso porque a Constituição Federal dispõe sobre a proteção à maternidade e à gestante, bem como preceitua o princípio do livre planejamento familiar, o qual preconiza que o escopo da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios integrantes.

Por oportuno, anote-se que em casos análogos, envolvendo a impossibilidade de candidata gestante participar de exame físico em concurso público, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela autorização de remarcação do teste, entendendo que o período de gravidez constitui motivo de força maior.

Em outra passagem, observei, quando do juízo negativo de retratação:

A condição especial de gestante não deve ser interpretada em desfavor da apelante

O voto condutor entendeu que a condição gestacional da impetrante direito de cunho constitucional a ser protegido enquadra-se justamente na excepcionalidade, por constituir hipótese de força maior, a autorizar a realização do teste em outra data. Por isso, entendeu-se violado, na espécie, o princípio da isonomia, porquanto ‘(...) a condição peculiar da gestante demanda um tratamento distinto e desigual, o que não ocorreu’ (fl. 30-TJ).

Por sua vez, o excelso Supremo Tribunal Federal, em julgamento do RE 630.733/CE não destoou expressamente do entendimento exarado por este Relator, vez que o referido *leading case* trata de hipótese fática diversa.

[...]

No corpo do voto do *leading case*, extrai-se que o Supremo Tribunal Federal reformou julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, que havia reconhecido o direito de candidato de realizar o teste de aptidão física em data diversa da prevista no edital, em virtude de caso fortuito, caracterizado por problemas temporários de saúde do candidato (epicondilite gotosa no cotovelo esquerdo). O julgado entendeu não haver quebra de isonomia e que, naquele caso, “(...) há norma editalícia expressa que veda a remarcação em casos de alteração “psicológica e/ou fisiológica temporários (estados mentais, luxações, fraturas, etc.) que impossibilitem a realização das provas ou diminuam a capacidade física dos candidatos.

[...] não é proporcional nem razoável exigir que a candidata colocasse, de forma irresponsável, a vida intrauterina em risco no teste, mediante a prática de esforços físicos incompatíveis com a fase gestacional.”

Noticia-se agora, que no recurso extraordinário interposto (1.058.333/PR) o ministro Luiz Fux, a princípio, entendeu inaplicável na espécie o Tema 335 da repercussão geral (RE 630.733), assim ementando o acórdão:

Recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Concurso público. Teste de aptidão física. Candidata gestante. Direito à remarcação sem previsão editalícia. Tema 335 da repercussão geral.

RE 630.733. Inaplicabilidade. Direito à igualdade, à dignidade humana e à liberdade reprodutiva. Princípios da impessoalidade e da eficiência no concurso público. Reconhecida a existência de repercussão geral.

Abre-se, pois, oportunidade para rever a matéria (Tema 335-STF), visto que está sendo aplicada com amplitude que não condiz com os princípios constitucionais.

Basta atentar para os termos da Constituição Federal, que dispõe sobre a proteção à maternidade e à gestante em seu artigo 6º, bem como preceitua no § 7º do artigo 226 – repita-se – o princípio do livre planejamento familiar, o qual determina que o desenvolvimento da família deve ser de decisão exclusiva de seus próprios membros, sem a ocorrência de interferências externas.

Nota

1. Abraham Lincoln Calixto. Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

EM DESTAQUE

Decisão do recurso e instituição do precedente no Supremo Tribunal Federal

Luiz Guilherme Marinoni¹

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná

1. O modelo de julgamento nas cortes supremas contemporâneas

A TRANSFORMAÇÃO DA FUNÇÃO DAS CORTES SUPREMAS de *civil law* tem consequências sobre o modelo de julgamento dos recursos e sobre o comportamento esperado dos julgadores. O antigo modelo preocupado com a correção das decisões dos tribunais ordinários considerava o debate entre as teses conflitantes como algo animado especialmente pelo interesse dos litigantes em sustentar as suas respectivas posições. Atualmente, uma vez que a adequada discussão está ligada à função essencialmente pública de definição do sentido do direito, estimula-se o debate para o aprofundamento da deliberação em torno da solução das disputas interpretativas e consequente elaboração do precedente. A intensidade da discussão, que antes dependia do interesse dos litigantes, hoje é fundamental para a legitimação da função da corte.

A abertura à participação, que não tem como não influir sobre o procedimento recursal, tem repercussão sobre o comportamento dos juízes, que se veem obrigados a responder às expectativas geradas pela intensificação do debate. O membro de uma corte suprema não é mais um expectador, que pode decidir friamente sem reagir às alegações dos seus pares e dos advogados, mas alguém que, num ambiente de permanente questionamento e discussão, expõe e testa seus argumentos e colabora para a elaboração da decisão do colegiado². Espera-se dos julgadores uma efetiva participação na discussão das questões que

permeiam o raciocínio decisório do colegiado, uma vez que a decisão a ser tomada, mais do que resolver o caso, constituirá critério para o julgamento dos casos futuros, o que atribui uma outra dimensão de responsabilidade aos juízes. Quem firma um precedente não apenas deixa registrado como se comportará diante dos novos casos, mas adquire uma grande responsabilidade em relação ao futuro³.

Quando a importância do julgamento é deslocada da resolução do recurso para as razões que determinam a solução do caso e a interpretação adequada, não apenas se torna relevante debater estas razões, mas igualmente perceber que o entendimento que pode levar à solução do recurso pode ser incapaz de propiciar a definição da questão de direito, que permitiria a elaboração de precedente. Significa que a decisão de um recurso está muito longe do precedente que pode ser estabelecido pela corte. Note-se que no julgamento do recurso extraordinário no plenário do Supremo Tribunal Federal pode haver, por exemplo, sete votos favoráveis ao provimento do recurso, mas não existir maioria que sustente uma mesma interpretação da questão constitucional. Isso é um grande problema quando se tem em conta não só que a corte sempre tenta delinear uma tese a partir do julgamento e que os advogados invariavelmente procuram nas decisões de recurso extraordinário um precedente⁴.

No julgamento preocupado em desenvolver o direito, o voto divergente também assume outro significado. Quando se considera apenas a solução do recurso, a divergência é um meio para o julgador ressaltar a sua posição pessoal diante do entendimento da maioria. Contudo, quando do julgamento resulta um entendimento que fixa o sentido do direito que guiará a vida em sociedade e os casos vindouros, a divergência se dirige à sociedade e, especialmente, à comunidade jurídica, que não pode deixar de estar ciente do grau de autoridade dos precedentes⁵. A corte, se tem a função de desenvolver o direito, deve deixar absolutamente claro os motivos pelos quais o precedente não tem a adesão de todos os membros do colegiado. Isso também para que a dissensão se mantenha acesa e possa fomentar o debate na comunidade jurídica, especialmente na academia⁶. O dissenso, assim, constitui uma marca que simboliza a divergência interna na corte incumbida de finalizar o pro-

cesso de produção do direito, algo que não pode ser confundido com a divergência peculiar aos julgamentos das cortes de apelação.

Deixe-se claro, portanto, que a forma da participação dos julgadores e o modelo de julgamento, peculiares à corte de correção, não podem ser repetidos numa corte de precedentes⁷.

2. Maioria em relação ao resultado do recurso e maioria quanto ao fundamento: decisão do recurso e precedente

Num julgamento pode haver maioria em relação ao resultado ou ao (im)provimento do recurso, mas não existir maioria quanto aos fundamentos que determinaram o resultado. Ou seja, dois ou mais fundamentos podem ter sustentado o resultado ou o provimento do recurso, sem com que nenhum deles tenha sido compartilhado pela maioria dos membros do colegiado. Se no primeiro caso há resolução do recurso, no segundo resta clara a impossibilidade de elaboração de precedente⁸. Nem toda decisão recursal leva a um precedente. Esse diz respeito ao fundamento que, resolvido pelo colegiado, determina o resultado do recurso.

Essa distinção exige ter clara a função que a corte exerce ao julgar o recurso. Perceba-se que saber qual é o fundamento para declarar a contrariedade de uma norma não tem relevância quando importa apenas saber se a norma foi ou não contrariada. Quando a função da corte é analisar eventual contrariedade a norma, *com o fim de resolver uma disputa entre recorrente e recorrido*, uma maioria de votos que declare a sua negação, ainda que por fundamentos vários, é suficiente para o provimento do recurso.

Porém, quando a corte, além de objetivar resolver o recurso, tem a função de atribuir sentido ao direito, declarando as razões pelas quais uma norma deve ser interpretada na forma P diante da situação concreta Q, não há como deixar de lado o significado dos fundamentos que oportunizaram o resultado final no sentido de que a norma X foi contrariada⁹.

Uma *ratio decidendi*, enquanto significado que revela o entendimento da corte sobre a questão constitucional, só pode ser formada

pela maioria do colegiado. Lembre-se que o *common law* mais antigo não concebia uma *ratio decidendi* que não contasse com a adesão clara da maioria dos membros da corte¹⁰. Quer dizer que os tribunais inferiores sequer indagavam sobre uma *ratio decidendi* quando se deparavam com decisões cujos resultados fossem alcançados a partir de fundamentos não compartilhados por uma maioria. *Rationales* dotadas de autoridade, capazes de regular casos futuros, dependiam do suporte da maioria da corte. Advirta-se que o problema da extração da *ratio* de decisões plurais, ou seja, das decisões que resolvem um caso ou recurso com base em fundamentos distintos, surgiu no Estados Unidos apenas em meados do século 20¹¹. Assim, o problema das decisões plurais (dotadas de vários fundamentos) não é só nosso¹². Na verdade, esse tema tem preocupado seriamente as cortes e a doutrina estadunidense¹³.

3. Compatibilização entre a função de resolver o recurso e a função de elaborar precedentes

Alguém poderia pensar que uma corte de precedentes deve, em toda e qualquer decisão recursal, fixar um precedente. É claro que, quando se tem o peso da tradição do *stare decisis*, torna-se mais difícil admitir que a corte suprema possa decidir casos sem exercer a sua principal missão, que é desenvolver o direito mediante a elaboração de precedentes¹⁴. Sustenta-se, nos Estados Unidos, que, para evitar que a corte suprema resolva o recurso mediante a afirmação de fundamentos não compartilhados pela maioria, seria melhor que a decisão dos fundamentos fosse realizada em separado, declarando-se o resultado do recurso após a votação individualizada de cada um dos fundamentos¹⁵.

Porém, uma corte suprema não pode decidir teses em prejuízo da solução do caso e dos litigantes. Ainda que a solução do recurso possa não ser vista como o aspecto mais importante da sua atuação, não se pode imaginar que a corte possa se preocupar em definir questões jurídicas em detrimento do adequado julgamento do recurso¹⁶. Isso significa que, se é preciso identificar o fundamento que conta com a adesão da maioria, é também necessário meditar sobre o impacto da definição

das questões em separado sobre o devido julgamento do caso ou do recurso. A própria constatação de que a votação dos fundamentos em separado pode traduzir resultado inexato do julgamento do recurso é sinal de que há motivo para preocupação¹⁷.

Em qualquer tribunal, a discussão de uma questão processual ou de uma questão preliminar de mérito, assim como a discussão a respeito de um determinado pedido ou de uma causa de pedir, devem ser feitas em separado. Assim, por exemplo, há de se julgar em separado a quebra do contrato e o direito ao ressarcimento derivado dessa quebra, mas não há motivo para julgar em separado dois fundamentos que se destinam a evidenciar a existência da responsabilidade pelo dano. A individualização do julgamento de questões que dizem respeito a um objeto que exige um único juízo não é apropriada. Se o juízo necessário à solução de uma dúvida deriva de um raciocínio lógico que, necessariamente, deve enfrentar duas ou mais questões, não é correto cindir o julgamento das questões, na medida em que, dessa forma, além de se separar o período do raciocínio lógico, individualiza-se dois juízos que, bem vistas as coisas, constituem parcelas de um juízo só. Em outras palavras, é preciso verificar se os fundamentos são autônomos ou independentes – capazes de cada um por si, gerar determinado resultado – ou agregados – quando ambos devem ser reconhecidos para caracterizar um juízo. No último caso, os fundamentos devem ser analisados em conjunto por cada julgador – no estilo *case-by-case* –, não sendo adequado o julgamento em separado de cada fundamento. Esse último modelo poderia ser pensado como idôneo apenas para os casos em que os fundamentos são autônomos ou independentes¹⁸.

Não é difícil perceber que o problema do julgamento individualizado das questões é o de que, dessa forma, dificulta-se o alcance de votos suficientes para se atingir o resultado objetivado pelo recorrente. Por outro lado, se poderia dizer que ajuntar fundamentos (autônomos) respaldados por minorias para justificar um resultado não é uma boa estratégia para um colegiado que deve falar em nome da corte ou para uma corte que tem consciência de que as *rationes* ou os fundamentos embutidos nas suas decisões só adquirem autoridade quando sustentados pela maioria.

Entretanto, nada impede que as decisões convivam com a *eventualidade* do precedente, admitindo-se, em outras palavras, que uma decisão não contenha *ratio decidendi*. As decisões destituídas de *ratio*, nessa perspectiva, são aptas à resolução do caso ou do recurso. Para solucionar um recurso, há racionalidade em utilizar fundamentos diversos para evidenciar algo que basta para demonstrar a (in)correção da decisão impugnada. É difícil negar que fundamentos diversos que evidenciam a inconstitucionalidade de uma conduta não possam ser considerados para tê-la como inconstitucional. O que não é possível é admitir como *ratio decidendi* um fundamento eleito pela minoria do colegiado ou da corte.

A função de elaborar precedentes não pode ser vista de absoluto, como se o plenário do STF sempre devesse, ao decidir recurso extraordinário, fixar uma tese ou delinear uma regra universalizante e voltada a regular casos futuros. É razoável e correto ver o STF como corte que, a despeito de ter a função de desenvolver o direito mediante a elaboração de precedentes, não precisa necessariamente proferir decisões que contenham *rationes decidendi*. Volte-se a explicar: não precisam necessariamente, mas devem atuar de modo a formular, na medida do possível, decisões ancoradas em fundamentos compartilhados pela maioria do colegiado. Isso significa que, embora seja importante evitar que a decisão de uma corte suprema seja equiparada a um mero agrupamento de decisões individuais, é necessário ter consciência da relatividade das suas decisões¹⁹.

4. Proclamação da decisão e da *ratio decidendi*

O raciocínio decisório, que no caso de julgamento colegiado depende de efetivo debate e diálogo entre os juízes acerca de todos os argumentos que importam para a tomada de decisões instrumentais (que objetivam o alcance da decisão do caso) e da própria decisão final, deve ser analisado com muita cautela antes de se proclamar a decisão e a *ratio decidendi*²⁰.

Isso porque chega a ser comum proclamar decisões destoantes do raciocínio decisório. O verdadeiro problema é o de que, enquanto no

“juízo singular” o raciocínio decisório, a decisão e a justificativa estão enfeixadas nas mãos de uma só pessoa, no julgamento colegiado o seu presidente nem sempre tem presente com exatidão a expressão da vontade dos seus membros e a exata extensão da discussão em relação aos pontos relevantes à proclamação do resultado, cuja clareza, inclusive, pode se perder no curso dos debates²¹.

Pretende-se dizer, em outros termos, que o exato dimensionamento do que se discutiu para decidir é absolutamente imprescindível para a proclamação da decisão e da *ratio*. A proclamação também depende de uma atividade ou de um raciocínio colegiado, que não se confunde com o raciocínio decisório. Perceba-se que no momento da elaboração da proclamação não apenas já se raciocinou para decidir como já se decidiu. Falta apenas raciocinar para *proclamar* e, então, efetivamente declarar a decisão e a *ratio decidendi*.

Chega a ser comum proclamar decisões destoantes do raciocínio decisório

O raciocínio para a proclamação também pode dar origem a debate entre os membros do colegiado, que podem e obviamente devem, quando necessário, reavivar os seus pontos de vista e a extensão em que os argumentos foram efetivamente abordados.

Quando se está diante de julgamento apto à formação de precedente, não importam apenas as conclusões dos votos, mas têm relevância as razões expressas em cada um deles. Afinal, a sorte de um precedente depende da *ratio decidendi* e não de saber qual dos litigantes resultou vitorioso em face do recurso. Ora, só é possível identificar se do julgamento deflui uma *ratio decidendi* quando se delimitam com exatidão as razões de cada um dos votos, considerando-se, ainda, o número de votos que firmou um ou outro entendimento.

Sublinhe-se que se está a falar de proclamação da decisão e da *ratio*, o que é absolutamente desconhecido na prática do direito brasileiro. Como se sabe, não há, entre nós, qualquer preocupação com a *ratio decidendi* no momento do anúncio do resultado do julgamento. Porém, tratando-se de corte de precedentes e, portanto, de colegiado que não

está apenas elaborando decisão para os litigantes ou simplesmente solucionando o recurso, é imprescindível proclamar a eventual *ratio* ao lado da decisão. Nesse sentido, a proclamação do resultado não é mais sinônimo de declaração da decisão, mas expressão que deve conter a decisão e a *ratio decidendi*²².

5. Os fundamentos diante dos votos individuais

Votos em sentido igual, ou seja, no sentido do provimento ou do não provimento do recurso, podem ser dotados de fundamentos diversos. Do mesmo modo, em caso de divergência, a maioria de votos em sentido do provimento ou do não provimento do recurso pode não fazer surgir uma *ratio decidendi*.

Num colegiado de onze membros, a maioria, nesse caso representada por seis votos, pode afirmar um resultado em favor de um dos litigantes, apresentando de um a seis fundamentos. Só será possível pensar em *ratio decidendi* quando os seis votos se basearam em um único fundamento. Basta que um voto tenha fundamento distinto para que se tenha apenas cinco votos afirmando um fundamento, o que, num colegiado de onze membros, não faz surgir um precedente.

Se a formação da *ratio decidendi* depende da maioria dos membros do colegiado, não basta, no momento em que se raciocina para proclamar o resultado do julgamento, considerar a conclusão dos votos. É preciso ter em mente os fundamentos que foram analisados e, nessa perspectiva, considerar quais membros do colegiado prestigiaram esse ou aquele fundamento. Recorde-se que o resultado do julgamento não pode ser visto como sinônimo de decisão do recurso, pois engloba a decisão e a definição da eventual *ratio decidendi*²³.

Isso tudo pode e deve ser objeto de debate, tendo-se sempre em conta que muitas das recentes decisões do STF expressam resultados que derivam da soma das conclusões dos votos, mas não permitem qualquer conclusão acerca de *ratio decidendi*.

Ademais, é também curial revelar, no momento da proclamação do resultado, os fundamentos que foram sublinhados por votos insuficientes à formação de *ratio decidendi*. Um fundamento afirmado por cinco

de onze votos, por exemplo, é um sinal de tendência que não pode ser desprezado. Por isso, tem importância para a academia aprofundar a investigação do tema e para os advogados advertirem os seus clientes²⁴.

Lembre-se, aliás, que a suprema corte pode, num exercício de contenção, deixar de revogar um precedente por supor não estar diante do momento mais adequado, pelo fato de muitas relações jurídicas em andamento terem se baseado no precedente ou situações jurídicas consolidadas terem nele se apoiado, sempre a partir de uma “confiança justificada”²⁵. Em situações dessa espécie, a corte pode sinalizar para um futuro *overruling*²⁶. Porém, a confiança justificada pode ser descaracterizada por fundamentos expressos em decisões passadas, a demonstrar falta de consistência sistêmica ou desgaste do precedente e, assim, a probabilidade da sua revogação²⁷. O desgaste paulatino de um precedente não pode deixar de ser assimilado pela advocacia, já que cabe ao advogado orientar o seu cliente acerca do grau de autoridade dos precedentes. Portanto, também por isso há peso na individualização dos fundamentos que, afirmados por determinados votos, não foram suficientes à revogação do precedente, mas constituem evidência de decisões inconsistentes ou de desgaste do precedente, a evidenciar falta de razão para confiança justificada²⁸.

Por fim, embora a interpretação da justificativa seja a maneira adequada para a identificação de eventual *obiter dicta*, o colegiado pode, no momento da proclamação do resultado, advertir que determinados fundamentos foram discutidos de passagem ou não foram apreciados por todos os membros do colegiado, daí surgindo eventual debate acerca de ponto que, de outra forma, ficaria sujeito a controle apenas na fase de elaboração da justificativa. Isso tem relevância quando houver dúvida sobre o significado da discussão de uma questão, se *ratio* ou *obiter*²⁹, ou quando a discussão de um ponto que não guarda conexão com a questão de direito solucionada por meio da *ratio decidendi* tiver eficácia *persuasiva* diante de casos futuros³⁰.

A decisão é a
resolução de
um caso, cuja
justificativa pode
ou não dar origem
a uma *ratio
decidendi* e, por
consequente, a um
precedente

6. Elaboração da justificativa

Num julgamento colegiado, há justificativa oral dos votos individuais ou das posições em debate na fase que antecede a de proclamação do resultado. Assim como esta última fase é algo peculiar ao julgamento colegiado, a justificativa oral dos votos, antecedendo a tomada da decisão, também é algo que o caracteriza, uma vez que é indispensável à plenitude da deliberação.

Na verdade, a justificativa dos votos ou das teses em disputa é algo inerente à discussão do colegiado, na medida em que não pode haver discussão sem o confronto das justificativas. Essa forma de justificativa, porém, não pode ser confundida com a justificativa da decisão colegiada. A justificativa da decisão colegiada, que deverá tomar em conta a proclamação do resultado e tudo o que passou na fase pré-decisória, obviamente não pode deixar de considerar as justificativas orais apresentadas na fase que antecedeu a própria decisão.

Não há dúvida, portanto, de que a justificativa da decisão colegiada não traz problemas apenas a partir do momento em que surge como discurso do colegiado – pronto e acabado. Como a justificativa é construída e pode ser elaborada de diversos modos, é preciso cuidar para que o procedimento justificatório seja realmente apto a propiciar uma justificativa que, além de espelhar o que ocorreu na fase pré-decisória e de proclamação do resultado, demonstre a validade do argumento determinante da decisão e, ao mesmo tempo e quando for o caso, traga os fundamentos da opção divergente – que restou vencida³¹.

Como a justificativa deve retratar os argumentos em debate, não há razão para restringir a participação dos membros do colegiado na fase justificatória. Não há motivo para pensar que apenas um juiz do colegiado participa da fase de justificação, confundindo-se a justificativa da decisão colegiada com a sua redação. Há de se perceber que participar da fase de justificação da decisão não é o mesmo do que ter poder para redigir a justificativa. Todos os membros do colegiado podem participar da fase de justificação, sugerindo destaques ou acréscimos, embora apenas um juiz seja o responsável pela redação da justificativa final³².

Na fase de elaboração da justificação é preciso pensar na melhor forma para dar concretude a um acórdão capaz de expressar um precedente. Como o julgamento colegiado do Supremo Tribunal Federal não exige consenso e a divergência tem que ser adequadamente comunicada ao público, é preciso contar com declarações escritas que identifiquem a razão determinante da decisão e a razão dissidente. Trata-se de incumbência dos magistrados que proferiram os primeiros votos dos grupos vencedor e vencido. Esses votos ainda necessitam de uma justificativa final, que fica a cargo do redator do voto do grupo vencedor.

É necessário que os redatores dos votos vencedor e vencido, antes da redação da justificativa final, encaminhem os respectivos votos àqueles que os acompanharam. Isso para que os demais julgadores verifiquem se têm algo para agregar às razões dos votos. O mesmo procedimento deve ser observado depois da redação da justificativa final, quando importará a análise do delineamento da *ratio decidendi*, do fundamento dissidente e das *obiter dictas* que eventualmente foram descritas.

7. Justificativa e *ratio decidendi*

Precedente não se confunde com decisão ou com justificativa. A decisão é a resolução de um caso, cuja justificativa pode ou não dar origem a uma *ratio decidendi* e, por conseguinte, a um precedente. Note-se que a justificativa, mesmo quando contém a *ratio*, pode tratar de outros aspectos do caso.

Não há dúvida que não há precedente sem *ratio decidendi*, mas o precedente é mais do que a *ratio*. É certo que a parte do precedente que interessa, enquanto regra que regulará os casos futuros, é a *ratio decidendi*. Contudo, o precedente, se necessariamente contém a *ratio*, também abarca outros pontos. O precedente engloba o relatório, descreve o contexto fático e contém todas as circunstâncias que concorrem para o caso, além de poder conter justificativa de argumentos divergentes e de eventuais *obiter dicta*.

A *ratio decidendi*, embora derivada da justificativa, requer condições que a tornam peculiar. Uma justificativa apenas gera *ratio deciden-*

di nos julgados das cortes supremas e, nesses casos, quando realmente consiste no fundamento determinante da decisão, prestigiado pela unanimidade ou pela maioria dos membros do colegiado.

Embora a justificativa seja o resultado de um raciocínio que deve considerar a fase pré-decisória e a proclamação do resultado – e que, assim, deve retratar os fundamentos que realmente conduziram à decisão e foram efetivamente discutidos por todos os membros do colegiado –, enquanto discurso sempre será objeto de análise por aqueles que têm interesse especialmente na autoridade e na eficácia vinculante da *ratio decidendi*³³. Nos julgamentos subsequentes interessados na aplicação do precedente haverá sempre debate sobre a existência de uma efetiva *ratio decidendi* e a respeito de seus exatos significado e alcance³⁴.

Notas

1. Luiz Guilherme Marinoni. Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Membro do Conselho da International Association of Procedural Law. Advogado em Curitiba e em Brasília.
2. Christopher P. Banks, The Supreme Court and Precedent: An Analysis of Natural Courts and Reversal Trends, *Judicature*, v. 75, 1991, p. 262 e ss.
3. Theodore M. Benditt, The rule of precedent, *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 95.
4. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 298 e ss.
5. Virginia A. Hettinger, Stefanie A. Lindquist e Wendy L. Martinek, *Judging on a Collegial Court*, Charlottesville and London: University of Virginia Press, 2006, p. 16 e ss; Robert Leflar, The multi-judge decisional process, *Maryland Law Review*, v. 42, 1983, p. 722 e ss.
6. Jeremy Waldron, *Law and disagreement*, New York: Oxford University Press, 1999, passim; Cass Sunstein, *Why societies need dissent*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, passim; Dimitri Landa e Jeffrey R. Lax, Disagreements on Collegial Courts: A Case-Space Approach, *Journal of Constitutional Law*, v. 10, p. 305 e ss; William O. Douglas, The Dissent. A Safeguard of Democracy, *Journal of the American Judicature Society*, v. 32, p. 104 e ss; Robert W. Bennett, A Dissent on Dissent, *Judicature*, v. 74, n. 5, 1990-1991, p. 255 e ss; Vincenzo Varano, A proposito dell'eventuale introduzione delle opinioni dissenzienti nelle pronunce della Corte Costituzionale: considerazione sull'esperienza americana, In *L'opinione dissenziente*, Milano: Giuffrè, 1995, p. 129 e ss.

7. Luiz Guilherme Marinoni, *Julgamento nas cortes supremas*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 17 e ss.
8. Harry Edwards, The effects of collegiality on judicial decision making, *University of Pennsylvania Law Review*, 2003, p. 1640 e ss.
9. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5. ed., p. 292 e ss.
10. Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 78 e ss; Eugene Wambaugh, *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*, 2a. ed, Boston: Little, Brown & Co., 1894, p. 48.
11. Como demonstra importante texto de Adam S. Hochschild (The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4, p. 261 e ss.), preocupado com o problema das decisões plurais da suprema corte estadunidense em uma perspectiva histórica.
12. Luiz Guilherme Marinoni, Precedente, decisão majoritária e pluralidade de fundamentos – Um sério problema no direito estadunidense, *Revista de Processo Comparado*, v. 5, p. 58 e ss.
13. John F. Davis e William L. Reynolds, Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court, *Duke Law Journal*, 1974; Linda Novak, The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, 1980; Adam S. Hochschild, The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: Interpretation in Historical Perspective, *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 4; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, *California Law Review*, v. 81, 1993; Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The many as one: integrity and group choice in paradoxical cases, *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, 2004.
14. Ronald A. Heiner, Imperfect decisions and the law: on the evolution of legal precedent and rules, *Journal of Legal Studies*, n. 15, 1986, p. 142 e ss.
15. Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts, *California Law Review*, v. 81, 1993, p. 14 e ss.
16. Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The many as one: integrity and group choice in paradoxical cases, *Philosophy & Public Affairs*, v. 32, 2004, p. 281 e ss.
17. William V. Gehrlein e Dominique Lepelley, *Voting Paradoxes and Group Coherence*, Heidelberg: Springer, 2011.
18. Luiz Guilherme Marinoni, *Julgamento nas cortes supremas*, 2. ed., p. 113-122.
19. Linda Novak, The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, 1980, p. 758 e ss.
20. Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The one and the many: Adjudication in collegial courts, *California Law Review*, 1993, p. 4.
21. Lewis A. Kornhauser e Lawrence G. Sager, The one and the many: Adjudication in collegial courts, *California Law Review*, 1993, p. 7.

22. Luiz Guilherme Marinoni, *Julgamento nas cortes supremas*, 2. ed., p. 123-125.
23. John F. Davis e William L. Reynolds, Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court, *Duke Law Journal*, 1974, p. 62.
24. Michele Taruffo, Institutional factors influencing precedents, In Neil MacCormick e Robert S. Summers, *Interpreting Precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 457.
25. “Retroactive application of an overruling decision may upset substantial reliance on the overruled precedent and will treat parties similarly situated quite differently” (Robert Summers, Precedent in the United States (New York State), In *Interpreting precedents: a comparative study*, London: Dartmouth, 1997, p. 397-398).
26. “Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts the profession on notice that the precedent is no longer reliable” (Melvin Eisenberg, *The nature of the common law*, Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 122).
27. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 5. ed., p. 249 e ss; p. 359 e ss.
28. Richard L. Hasen, Anticipatory overrulings, invitations, time bombs, and inadvertence: How Supreme Court Justices move the law, *Emory Law Journal*, 2011, p. 779 e ss; Barry Friedman, The wages of stealth overruling (with particular attention to *Miranda v. Arizona*). *Georgetown Law Journal*, v. 99, 2010, p. 1 ss.
29. Neil Duxbury, *The nature and authority of precedent*, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 6; Karl Llewellyn, *The case law system in America*, Chicago: University of Chicago Press, 1989, p. 14 e ss; Robert G. Scofield, The distinction between judicial dicta and obiter dicta, *Los Angeles Lawyer*, Los Angeles, vol. 25, 2002.
30. M. Stearns e M. Abramowicz, Defining dicta, *Stanford Law Review*, v. 56.
31. Linda Novak, The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions, *Columbia Law Review*, 1980, p. 756-759; John F. Davis e William L. Reynolds, Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court, *Duke Law Journal*, 1974, p. 62.
32. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, com a definição do Justice redator da *opinion*, tem-se o início de uma fase distinta de discussão, baseada na minuta da decisão, na qual todos os membros do colegiado podem sugerir mudanças e adaptações no texto a ser futuramente publicado. Ver Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth e Sarah C. Benesh, *The Supreme Court in American Legal System*, New York: Cambridge University Press, 2005, p. 305.
33. Luiz Guilherme Marinoni, *Julgamento nas cortes supremas*, 2. ed., p. 138-141.
34. Michael J. Gerhardt, *The power of precedent*, New York: Oxford University Press, 2008, passim; Ronald A. Heiner, Imperfect decisions and the law: on the evolution of legal precedent and rules, *Journal of Legal Studies*, n. 15, 1986, p. 142 e ss.