

REVISTA  
Judiciária,  
DO PARANÁ



ISSN 2316-4212

REVISTA  
**Judiciária,**  
DO PARANÁ

**Diretor**

Joatan Marcos de Carvalho

**Editor**

Luiz Fernando de Queiroz

20

[www.revistajudiciaria.com.br](http://www.revistajudiciaria.com.br)

**Revista Judiciária do Paraná** – Ano XV – n. 20 – Novembro 2020

Versão digital: [www.revistajudiciaria.com.br](http://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

**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](mailto: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 Condomínios Garantidos do Brasil – **ACGB**

Associação dos Magistrados do Paraná – **AMAPAR**

([www.amapar.com.br](http://www.amapar.com.br))

Associação dos Magistrados do Trabalho – **AMATRA**

([www.amatra9.org.br](http://www.amatra9.org.br))

Associação Paranaense dos Juízes Federais – **APAJUFE**

([www.apajufe.com.br](http://www.apajufe.com.br))

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

([www.emap.com.br](http://www.emap.com.br))

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

([www.esmafe.com.br](http://www.esmafe.com.br))

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

([www.ematra9.org.br](http://www.ematra9.org.br))

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

([www.ejal.org](http://www.ejal.org))

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

([www.redlaj.net](http://www.redlaj.net))

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

([www.tjpr.jus.br](http://www.tjpr.jus.br))

# ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

## DIRETORIA

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

1º VICE-PRESIDENTE

Jederson Suzin

2º VICE-PRESIDENTE

Helio Cesar Engelhardt

3º VICE-PRESIDENTE

Luis 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

Ricardo Henrique Ferreira Jentszsch

2º TESOUREIRO

Romero Tadeu Machado

DIRETORES EXECUTIVOS

Antonio Lopes de Noronha Filho, Antonio

José Carvalho da Silva Filho, Astrid

Maranhão de Carvalho Ruthes, Eduardo

Casagrande Sarrão, Fábio Ribeiro Brandão,

Fernando Bueno da Graça, Frederico

Mendes Júnior, Guilherme de Paula

Rezende, José Laurindo de Souza Netto,

Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, Marco

Vinicius Schiebel, Mario Luiz Ramidoff,

Roberto Antonio Massaro, Rodrigo

Fernandes Lima Dalledone

## APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Alarico Francisco Rodrigues de Oliveira

Junior, Antonio Evangelista de Souza

Netto, Beatriz Fruet de Moares, Fernanda

Monteiro Sanches, Jailton Juan Carlos

Tontini, Luciano Souza Gomes, Rogério de

Vidal Cunha, Vitor Toffoli

## DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA – DIRETOR

José Orlando Cerqueira Bremer

SEGURANÇA – VICE-DIRETOR

Fernando Bardelli Silva Fischer

SEGURANÇA – MEMBROS

Ferdinando Scremin Neto, Celso Jair

Mainardi, Leonardo Bechara Stancioli

BOAS PRÁTICAS – DIRETORA

Bruna Richa Cavalcanti de Albuquerque

BOAS PRÁTICAS – VICE-DIRETOR

Marcelo Quentin

BOAS PRÁTICAS – MEMBRO

Marcelo Marcos Cardoso

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, Raffael Wasserman,

João Guilherme Barbosa Elias

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marco Antonio da Cunha Araújo

ARTICULAÇÃO POLÍTICA

Anderson Ricardo Fogaça

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas, Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO – DIRETOR

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

CONVÊNIO – VICE-DIRETOR

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

COMISSÃO PERMANENTE – RES. 21/2019 CNJ

Marcel Ferreira dos Santos

COMISSÃO ESTUDOS PROMOÇÃO TJPR - COORD.

Marcelo Pimentel Bertasso, Marcel F. dos Santos

COMISSÃO ESTUDOS PROMOÇÃO TJPR – MEMBROS

Carolina Fontes Vieira, Clayton de

Albuquerque Maranhão, Huber Pereira

Cavalheiro, Jederson Suzin, Luciano Carrasco

Falavinha Souza, Marcelo Quentin, Sigret

Heloyna Raymundo de Camargo Vianna

RECURSOS HUMANOS – DIRETORA

Luciana Benassi Gomes Carvalho

RECURSOS HUMANOS – VICE-DIRETORA

Adriana Benini

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO – PRESIDENTES

Eduardo Casagrande Sarrão

Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO FERREIRA

DA COSTA – PRESIDENTES

Eduardo Casagrande Sarrão

Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO LOCAÇÃO

Francisco Carlos Jorge, João Maria de Jesus C.

Araújo, Marcos Antonio da Cunha Araújo

COMISSÃO PERMANENTE DE ESTUDOS EM DIREITO

DE FAMÍLIA, INFÂNCIA E JUVENTUDE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny,

Fábio Ribeiro Brandão, Ivanise Maria Tratz

Martins, Luciana Assad Luppi Ballalai, Mario

Luiz Ramidoff, Noeli Salete Tavares Reback,

Rodrigo Rodrigues Dias, Sergio Luiz Kreuz

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

DIVULGAÇÃO E REVISTA – MEMBROS

Alberto Junior Veloso, Clayton de

Albuquerque Maranhão, Rosana Andriguetto

de Carvalho, Rogerio de Vidal Cunha

ESPORTES

Eduardo Ressetti P. Marques Vianna

ATLETISMO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

ESPORTE FEMININO - DIRETORA

Cristine Lopes

ESPORTE FEMININO - VICE-DIRETORA

Julia Maria Tesseroli de Paula Rezende

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

#### SOCIAL – DIRETORA

Nílce Regina Lima

#### SOCIAL – VICE-DIRETORA

Vanessa Jamus Marchi

#### SEDES

##### FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Ederson Alves

##### FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Alexandre Waltrick Caldecari

##### GUARATUBA – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araujo

##### GUARATUBA – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio da Cunha Araújo

##### LONDRINA – DIRETOR

Elias Duarte Rezende

#### CONSELHO FISCAL

##### PRESIDENTE

Marcos Antonio de Souza Lima

##### MEMBROS

Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna,  
Jessica Valéria Catabriga Guarnier, Lourenço  
Cristóvão Chemim, Luzia Terezinha Grasso  
Ferreira

#### COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

##### PRESIDENTE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

#### GMF

##### PRESIDENTE

Diego Santos Teixeira

##### MEMBROS DA COMISSÃO

Antonio Sergio Bernardinetti,

#### SOCIAL – MEMBROS

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

#### FUTEBOL – 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 – DIRETORA

Noeli Salete Tavares Reback

Rafaela Mari Turra, Suzana Massako Hirama  
Loreto de Oliveira, Tais de Paula Scheer

#### SUPLENTES

Denise Terezinha Corrêa de Melo Krueger,  
Cintia Graeff, Eduardo Villa Coimbra  
Campos, Marcella de Lourdes de Oliveira  
Ribeiro, Sidnei Dal Moro, Tatiane Bueno  
Gomes

#### MEMBROS DA COMISSÃO

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

Ariel Nicolai Cesa Dias, Cintia Graeff,  
Fernando Bardelli Silva Fischer, José  
Orlando Cerqueira Bremer, Lourenço  
Cristovão Chemin, Marcelo Marcos  
Cardoso, Ricardo Henrique Ferreira Jentzch

## **PROSP**

PRESIDENTE

Oswaldo Canela Junior

## **EMAP**

DIRETOR GERAL

Clayton de Albuquerque Maranhão

SUPERVISORA PEDAGÓGICA

Rafaela Mattioli Somma

COORD. GERAL DE CURSOS

Mauro Henrique Veltrini Ticianelli

COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Mario Augusto Quinteiro Celegatto

MEMBROS DA COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Marcelo Quentin

Antonio Evangelista de Souza Netto

CURITIBA – DIRETOR

Eduardo Novacki

CURITIBA – VICE-DIRETORA

Carolina Fontes Vieira

CASCAVEL – DIRETOR

Phellipe Muller

## **JUDICEMED**

PRESIDENTE

Geraldo Dutra de Andrade Neto

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Diego Santos Teixeira

## **MEMBROS**

Antonio Lopes de Noronha, Glauco

Alessandro de Oliveira, Marcelo Pimentel

Bertasso, Oswaldo Soares Neto

CASCAVEL – VICE-DIRETOR

Pedro Ivo Lins Moreira

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Rodrigo Luis Giacomin

LONDRINA – DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

LONDRINA – VICE-DIRETOR

Marcos Caires Luz

MARINGÁ – DIRETOR

Rafael Altoé

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Pedro Roderjan Rezende

PONTA GROSSA – DIRETOR

Helio Cesar Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Perieto

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Fernando Wolff Bodziak

CONSELHO FISCAL – MEMBRO

Luciana Luchtenberg Torres Dagostim

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Fabricio Voltare

CONSELHO GESTOR

Antonio Loyola Vieira, Hayton Lee Swain

Filho, Nilson Mizuta, Shiroshi Yendo

## **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ**

[www.amapar.com.br](http://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](http://www.revistajudiciaria.com.br)

# APRESENTAÇÃO

Há quem escreva com facilidade. Sempre achei tratar-se de tarefa árdua. Deveria ser fácil apresentar os excelentes trabalhos que compõem esta edição da Revista Judiciária do Paraná: textos que trazem o saber de consagrados mestres e o esmero e brilhantismo de experimentados articulistas jurídicos. Trata-se de artigos que em grande medida, na profundidade de seus embasamentos, se apartam em sentido e convicção, repelem-se por seus magnetismos opostos, mas unem-se na liberdade de suas expressões. É significativo que neste espaço se acolham as mais variadas e consistentes posições sobre temas pertinentes ao firmamento jurídico. Afigura-se perfeitamente compreensível que em um ambiente tão complexo e multifacetado como o do presente deixe de haver consenso e concórdia sobre a miríade de questões que se postam aos áditos do Judiciário. Vivemos, por assim dizer, como figura de imagem, o fenômeno das espirais inversas; a saber: na medida em que há intensos e céleres avanços tecnológicos e se intensificam os tratos de inteligência artificial, reduzem-se os direitos e garantias individuais. Isto tornou-se flagrante com o *patriotic act* após o 11 de setembro e agora com decisões generalizadas em todo o mundo, em decorrência do surgimento do vírus Sars-CoV-2. É inegável a constatação de que vivenciamos intensa desorientação político-jurídica com questionável interpolação e interpenetração dessas esferas sociais. Esta tendência redutora dos direitos e garantias individuais há de passar, mas, por certo é preciso o assentamento firme dos mais preciosos valores jurídicos que nos conduziram ao estado de direito. A diversidade e a liberdade de expressão são partes constituintes deste estado e antes de o dividirem o complementam e o consolidam. Esta tem sido a tarefa diária de todos nós que cumprimos o desiderato e a obrigação de nos pautarmos pela

mais estrita e fiel observância dos direitos e liberdades individuais. Acreditamos, eu, nosso presidente Geraldo Dutra e o editor Luiz Fernando, assim como todos os colaboradores, que manter este espaço jurídico-literário e doutrinário possa contribuir para a preservação do estado democrático de direito. Eis porque renovo-lhes aqui os meus mais profundos agradecimentos, assim como a todos os ilustres autores que contribuíram com este propósito.

**Joatan Marcos de Carvalho** (Diretor)

# SUMÁRIO

## ANÁLISE

1. Interseccionalidade e fraternidade: justiça restaurativa como resgate das mulheres encarceradas ..... 17  
*Joel Ilan Paciornik*  
*José Laurindo de Souza Netto*  
*Anderson Ricardo Fogaça*

## DOCTRINA

2. O protesto de cheque prescrito: abuso ou exercício regular de um direito? .... 39  
*Fabiana Matie Sato*  
*Luís Mauro Lindenmeyer Eche*
3. A criminalização do *revenge porn* no direito penal brasileiro ..... 53  
*Bianca Rosset Linhares*  
*Ruy Alves Henriques Filho*
4. Ausência de *bis in idem* na valoração dos elementos do delito para individualização da pena ..... 79  
*Fernando Bardelli Silva Fischer*
5. O incidente de resolução de demandas repetitivas à luz dos deveres legais de integridade e coerência ..... 97  
*Henrique Kurscheidt*
6. Dandara, projetos de lei, violência e exclusão da comunidade LGBTQI+ ..... 109  
*Denise Antunes*
7. Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários ..... 119  
*José Laurindo de Souza Netto*  
*Gustavo Calixto Guilherme*  
*Adriane Garcel*
8. Democracia e populismo ..... 143  
*Luiz Fernando Coelho*

9. A democracia constitucional em período de tempestade .....	157
<i>Clèmerson Merlin Clève</i>	
10. Decisão judicial e valoração da prova oral: alguns aportes teóricos oriundos da psicologia do testemunho.....	175
<i>Tiago Gagliano Pinto Alberto</i>	
11. A construção do direito ao reconhecimento da equidade de gênero nos espaços de poder jurídicos.....	193
<i>Ivan Dias da Motta</i>	
<i>Maria de Lourdes Araújo</i>	
12. A Súmula 326 do STJ e os seus necessários temperamentos à luz do CPC/15 .....	217
<i>Fernando Andreoni Vasconcellos</i>	
13. A Lei de Direitos Autorais e as decisões judiciais: entre o ato de domínio público e a vedação ao plágio .....	235
<i>José Ricardo Alvarez Vianna</i>	

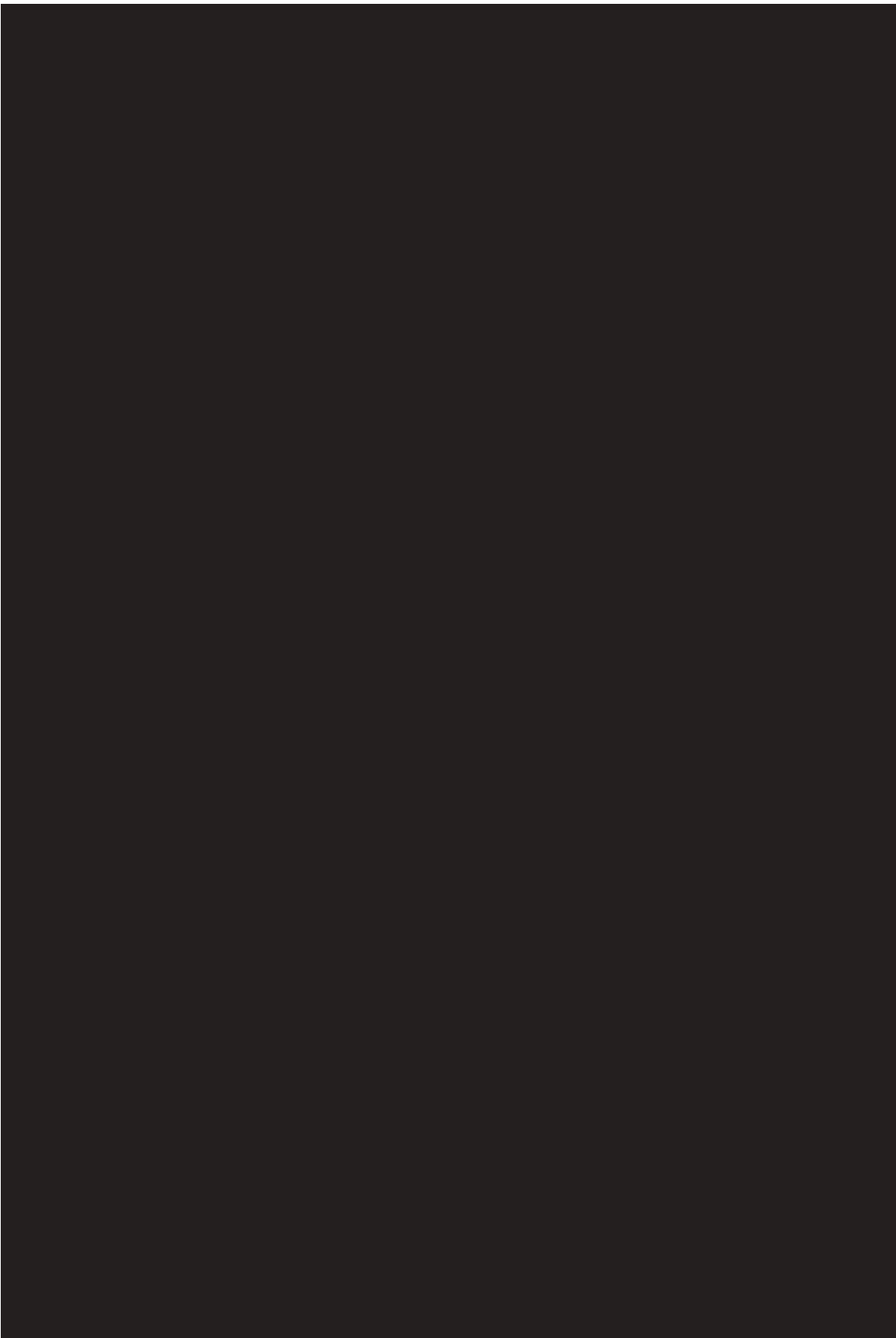
#### **EM DESTAQUE**

14. A sucumbência e os honorários advocatícios .....	263
<i>Mário Helton Jorge</i>	

#### **JURISPRUDÊNCIA**

15. Ementário do TJPR .....	273
Administrativo, 273	
Civil, 277	
Criminal, 286	
Processo civil, 292	
Tributário, 299	

# ANÁLISE





# Interseccionalidade e fraternidade: justiça restaurativa como resgate das mulheres encarceradas

**Joel Ilan Paciornik<sup>1</sup>**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

**José Laurindo de Souza Netto<sup>2</sup>**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

**Anderson Ricardo Fogaça<sup>3</sup>**

Juiz de Direito em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

**Resumo:** O artigo tem como objetivo verificar a potencialidade da justiça restaurativa como instrumento capaz de enfrentar os efeitos nefastos causados pela discriminação interseccional enfrentada pela população carcerária feminina. O estudo se justifica porque os ordenamentos jurídicos internacional e brasileiro são estruturados a partir de uma base axiológico-normativa de liberdade, igualdade e fraternidade, razão pela qual não podem permitir que as consequências negativas oriundas daquela discriminação e do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro sejam perpetuadas. O encarceramento feminino envolve a conjugação de diversos critérios proibidos de discriminação que violam o dever de fraternidade imposto pelas redes internacional e nacional de proteção aos direitos humanos. Para a quebra do círculo vicioso da criminalidade, o Tribunal de Justiça do Paraná criou a Central de Medidas Socialmente Úteis, que tem desempenhado o papel de espaço restaurativo

e tem conseguido promover a conscientização das mulheres infratoras acerca dos motivos que as levaram à atividade delituosa. O emprego dessas técnicas valoriza a dignidade das mulheres e, por extensão, materializa o princípio da fraternidade, que, sob um viés mais processual, tem se revelado como alternativa possível e recomendável para a resolução de conflitos. Conclui-se, assim, que a justiça restaurativa, nesses casos, tem se mostrado como um instrumento capaz de enfrentar e diminuir os efeitos oxidantes que a discriminação múltipla, sofrida pelas mulheres no cárcere, promove, devendo ser adotado por todo o Poder Judiciário por se apresentar como o método mais indicado para tratar do problema do encarceramento feminino.

## **Introdução**

O PRESENTE ARTIGO TEM COMO OBJETIVO VERIFICAR a potencialidade da justiça restaurativa como instrumento capaz de enfrentar os efeitos nefastos causados pela discriminação interseccional enfrentada pela população carcerária feminina.

O estudo se justifica e é de importância máxima porque os ordenamentos jurídicos internacional e brasileiro são estruturados a partir de uma base axiológico-normativa de liberdade, igualdade e fraternidade, razão pela qual não podem permitir que as consequências negativas oriundas daquela discriminação e do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro sejam perpetuadas.

O século 20 ficará para sempre marcado na história como um dos períodos mais violentos de que se teve notícia. A agressão sistêmica e feroz contra os direitos humanos foi tamanha que, no fim das contas, acabou por ensejar a criação de uma inédita rede internacional de proteção àqueles direitos. A segunda guerra mundial evidenciou, como nunca, que o Estado também poderia ser agente violador da dignidade, motivo pelo qual salvaguardá-la não poderia ser tarefa de responsabilidade exclusiva de cada Estado nacional.

Essa rede de proteção internacional dos direitos humanos, capitaneada pela Organização das Nações Unidas (ONU), tem como valor central o reconhecimento e respeito à dignidade da pessoa humana, verdadeiro dever ético que é imposto também *a cada ser humano*, e não apenas aos diversos governos do globo.

Nessa perspectiva, é possível identificar um verdadeiro *dever de fraternidade*, como revela, inclusive, a parte final do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, *devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*” – realçou-se.

A partir da estruturação desse Direito Internacional dos Direitos Humanos, que nasce com a mencionada Declaração Universal, os Estados-membros da ONU passaram a ser (ao menos eticamente) obrigados a adotar diversas políticas públicas voltadas à consecução dos objetivos das Nações Unidas.

Essa tarefa ganha ainda mais relevo no Brasil, já que contextos históricos marcados pela repressão e pelo autoritarismo impõem que o ordenamento jurídico seja solidificado a partir de um conteúdo substancialmente democrático, que propicie, assim, o cumprimento do dever de respeito a todos os direitos humanos.

Embora o discurso se apresente de forma harmoniosa nos textos internacionais – e, inclusive, na Constituição da República de 1988 –, certo é que se vivencia tempo em que a intolerância, o ódio ao diferente e o preconceito, seja racial, de gênero ou mesmo social, entre tantos outros, se enraízam cada vez mais na sociedade. Basta que se rememore alguns episódios que, por serem extremamente simbólicos, têm o condão de expor a institucionalização e a banalização da indiferença. Há uma verdadeira (e grave) dissonância entre o discurso institucional com a prática cotidiana e é preciso combatê-la.

Há na doutrina quem identifique no preconceito um fenômeno tão complexo que, geralmente, se manifesta a partir da conjugação de diversos critérios, como raça, gênero, classe social, sexualidade etc. É a partir dessa constatação que vem ganhando terreno a ideia da *discriminação múltipla ou interseccional* – que é, sem sombra de dúvidas, uma realidade

de no mundo. O cuidado global com essa discriminação interseccional ensejou a celebração de diversos tratados e convenções internacionais, reforçando o sistema de proteção aos direitos humanos da mulher, com destaque para a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), que é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher; a Declaração de Duran (Conferência Mundial da ONU contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância de 2001); as Regras de Bangkok para Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (2010), entre outros.

Já no sistema regional interamericano de direitos humanos cita-se o Pacto de San Jose da Costa Rica (Organização dos Estados Americanos, 1969) e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (2013), havendo, inclusive, expressa referência ao termo “discriminação múltipla” em seus respectivos art. 1º e item 3<sup>4</sup>.

Nesse contexto, se o Estado brasileiro faz parte de uma rede globalizada de proteção aos direitos humanos que tem como um de seus pontos de partida o dever de fraternidade e o conseqüente e necessário combate à discriminação interseccional, qual é o papel que deve desempenhar, internamente, para fomentar a erradicação da intolerância e do ódio, valorizando os laços de respeito entre as pessoas, concretizando aquele dever e combatendo a discriminação interseccional? Mais especificamente, como o Poder Judiciário deve ingressar nesse campo e ser verdadeiro agente catalisador da mudança de comportamento, dirigindo a sua atuação sob a perspectiva da interseccionalidade?

Objetiva-se com o presente artigo, assim, sob o enfoque específico da discriminação interseccional que é suportada pelas mulheres encarceradas no Brasil, demonstrar que é por meio de práticas e métodos afetos à justiça restaurativa que o Poder Judiciário pode direcionar a sua atuação para atender ao dever fundamental de fraternidade que lhe é imposto, desempenhando papel de protagonismo no debate sobre a discriminação interseccional.

Para o estabelecimento de uma conclusão segura, empregou-se o método lógico-dedutivo, compulsando-se bibliografia especializada

sobre o tema e alguns dados estatísticos sobre o perfil das mulheres encarceradas no Brasil.

## 1. O princípio constitucional da fraternidade

Em Ética a Nicômaco, Aristóteles ensina que “a fraternidade é um impulso inerente à condição humana e uma virtude extremamente necessária à vida”<sup>5</sup>. De fato, por ser um *zoon politikon*, o homem necessita viver em uma sociedade que seja harmoniosa e tolerante às diferenças para que possa, assim, exercer sua cidadania e desenvolver livremente a sua personalidade.

Esse respeito e tolerância somente existem em uma comunidade política que seja verdadeiramente fraterna. O ideal de fraternidade, muito identificado com o aspecto religioso, sofreu um extremo processo de secularização durante a Revolução Francesa do fim do século 18 – o que não se verificou na experiência norte-americana do final daquele mesmo século, onde a fraternidade permaneceu conectada aos valores religiosos puritanos.

A esse respeito, apesar de o trinômio revolucionário liberdade, igualdade e fraternidade ser lembrado até hoje, a politização do conceito de fraternidade provocou uma abstração que, na França, promoveu uma alteração do entendimento e compreensão sobre o dever de fraternidade<sup>6</sup>.

No Brasil, é evidente que os valores básicos inseridos na Constituição de 1988, identificáveis a partir de seu preâmbulo<sup>7</sup> e de seu art. 3º, inc. I e IV<sup>8</sup>, absorveram os ideais revolucionários franceses<sup>9</sup>, na medida em que a instituição do estado democrático deve “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, pluralista e sem preconceitos”, tendo como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre (liberdade), justa (igualdade) e solidária (fraternidade).

É a partir dessa estruturação que se identifica a posituação da fraternidade no ordenamento jurídico brasileiro. O ministro Reynaldo

Soares da Fonseca, com a maestria que lhe é particular, bem concebe em sua obra *O Princípio Constitucional da Fraternidade* como tal normativa tem sido resgatada no sistema de justiça. Para o autor, todas as pessoas que integram a sociedade devem ser igualmente consideradas, referenciadas e respeitadas, pois se objetiva uma “vida em comunhão e uma comunhão de vida” que somente pode ser alcançada se houver uma “dimensão fraternal” na comunidade<sup>10</sup>.

Nesse contexto, o princípio constitucional da fraternidade, que é uma categoria autenticamente jurídica e não pertencente apenas aos domínios da religião ou da moral, sugere um “novo paradigma de justiça”, no qual as relações humanas podem ser verdadeiramente restauradas e pacificadas<sup>11</sup>. Isso significa dizer, noutras palavras, que o constitucionalismo liberal clássico e o constitucionalismo social foram superados pela ideia de constitucionalismo fraternal<sup>12</sup>, pois receberam influxos da fraternidade como uma alternativa possível para a concretização dos princípios da igualdade e da liberdade sem prejuízo da consideração daquele que é diferente do outro<sup>13</sup>.

Com efeito, na medida em que, para o ministro Reynaldo Soares Fonseca, a fraternidade é “o fator de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade”<sup>14</sup>, é inviável conceber uma sociedade que respeite plenamente esses dois direitos e não seja, ao mesmo tempo, fraterna.

A partir da leitura que Fonseca faz do princípio constitucional da fraternidade, pretende-se abordar a grave dissonância existente entre o discurso internacional e o nacional sobre a fraternidade e a dinâmica das relações de poder que se estabelecem cotidianamente em relação às mulheres presas no Brasil.

Chama-se a atenção, no ponto, para como a intolerância de gênero, racial, social, de sexualidade, de religião, entre tantas outras, vem caminhando a passos largos e ganhando cada vez mais espaço no mundo, tornando-se comum a ocorrência de uma discriminação múltipla, que conjuga diversos fatores proibidos de discriminação.

Se o ideal de fraternidade traz em seu bojo, como bem explica Fonseca, a exigência de uma sociedade que contemple as diferenças e considere-as, é preciso contemporaneamente ler esse princípio, mais do que nunca, de modo que sua força normativa incida de maneira

potencializada sobre as práticas e discursos de ódio, pois a lição mais importante que se extrai da obra do ministro Fonseca, pensamos, é a de que a valorização da fraternidade é uma alternativa possível (e recomendável) para a materialização dos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade, ou seja, é uma via sólida para o alcance de uma sociedade livre, justa e solidária.

## **2. Critérios proibidos de discriminação e interseccionalidade**

De acordo com diversos instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos editados pela Organização das Nações Unidas (ONU) – dentre os quais se destacam a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), todos incorporados ao direito interno –, considera-se discriminação qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o feito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida.

Como já brevemente apontado, trata-se de um fenômeno social múltiplo e complexo cujas motivações, por isso mesmo, não podem ser reduzidas a um único fator. De todo modo, é possível estabelecer uma lista de critérios que geralmente são causas de discriminação entre as pessoas, quais sejam: a) gênero; b) raça; c) etnia; d) religião; e) orientação sexual; f) deficiência; e g) idade.

A apontada complexidade dos atos discriminatórios permite que se tenha cumulações desses critérios, com diferentes gradações, na medida em que, por exemplo, a injustiça sofrida por mulheres negras é diferente daquela experimentada por mulheres brancas, do mesmo modo que homens negros vivenciam tratamento preconceituoso que não pode ser equiparado ao dispensado às mulheres negras.

Dados do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em estudo denominado “Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – 1995

a 2015”, revelam que as mulheres negras ocupam quase o dobro dos postos de trabalhos domésticos em comparação às mulheres brancas, além de receberem salários menores. O mesmo estudo confirma a hipótese: homens brancos são os que mais ganham, seguidos de mulheres brancas, homens negros e mulheres negras<sup>15</sup>.

É justamente essa espécie de intercâmbio entre os critérios proibidos de discriminação, ao permitir um “cruzamento” de múltiplas formas de discriminação, que passa a justificar uma abordagem do fenômeno a partir da teoria interseccional (interseccionalidade). Trata-se, a interseccionalidade, de uma forma, de uma perspectiva, de uma abordagem distinta e qualitativa de se analisar a realidade da discriminação.

Essa teoria origina-se do estudo da sobreposição ou intersecção de identidades sociais e sistemas relacionados de opressão, dominação ou discriminação, isto é, ocupa-se em examinar como diferentes fatores biológicos, sociais e culturais, que se relacionam com os critérios proibidos de discriminação, interagem entre si múltipla e, muitas vezes, simultaneamente, para produzir o fenômeno discriminatório.

Defende-se que modelos clássicos de opressão existentes dentro das sociedades (como racismo, sexismo, xenofobia, homofobia, transfobia e intolerância religiosa, por exemplo) não operam isoladamente, senão de maneira inter-relacionada, provocando verdadeira discriminação múltipla, conforme anota Roger Raupp Rios:

Utiliza-se a expressão “discriminação interseccional” para a compreensão da categoria jurídica da discriminação múltipla como fenômeno original, irreduzível e inassimilável ao somatório de diversos critérios proibidos de discriminação de forma simultânea. (...). A discriminação interseccional ocorre quando dois ou mais critérios proibidos interagem, sem que haja possibilidade de decomposição deles. (...) A discriminação interseccional implica uma análise contextualizada, dinâmica e estrutural, a partir de mais de um critério proibido de discriminação.<sup>16</sup>

O reconhecimento e a reprovação institucional da discriminação interseccional também chegaram ao Brasil<sup>17</sup>. Alyne da Silva Pimentel, jovem negra e pobre, faleceu em virtude de tratamento médico ina-



dequado recebido em hospital público. O país figurou como denunciado perante o Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e constatou-se, em decisão de 2011, a presença de mais de um critério proibido de discriminação, “não apenas com base em seu sexo, mas também com base em seu *status* como uma mulher de ascendência africana e seu plano socioeconômico”.

Com efeito, aliás, foi no seio do feminismo negro estadunidense (o surgimento da expressão *black feminism* ocorre na segunda metade da década de 1970) que se passou a discutir o caráter interseccional dos atos de discriminação. Ampliando o movimento que até então era apenas composto por mulheres brancas e donas de casa, e restrito à busca por oportunidades de trabalho, o feminismo negro trouxe discussões sobre raça, classe, gênero, sexualidade, idade, etnia, nacionalidade, e evidenciou como os estereótipos de “mulas”, que aguentam qualquer carga de trabalho, e de donas de casa que limpam, cozinham e cuidam das crianças, recaíam sobre elas.

O estudo da interseccionalidade revela-se, portanto, fundamental para o conhecimento e a prática jurídica. Ao tornar visíveis situações discriminatórias não percebidas, abre-se a possibilidade de visibilidade de indivíduos e de grupos até então ignorados, conduzindo a maiores chances de sucesso as políticas públicas contra a discriminação.

Nesse contexto, a análise sobre a discriminação múltipla deve pautar-se por uma perspectiva qualitativa, considerando as experiências específicas do grupo subjugado, e não de maneira meramente quantitativa, sob pena de se perceber apenas parte da discriminação.

Colocadas estas premissas teóricas e ressaltada a necessidade de se considerar cada grupo social (análise qualitativa), passa-se a enfrentar a específica situação das mulheres encarceradas no Brasil para demonstrar a premissa estabelecida no início deste trabalho, qual seja, a de que o Poder Judiciário deve ser protagonista no combate à discriminação interseccional a partir de práticas restaurativas para resgatar as mulheres do cárcere, sem que isso implique impunidade, e com valorização do princípio constitucional da fraternidade.

### 3. As mulheres encarceradas no Brasil

O Brasil ostenta nada menos do que a quarta maior população carcerária feminina do mundo, com cerca de 37,7 mil mulheres presas, com índice de crescimento dobrado em relação aos homens, segundo dados de 2019 do Departamento Penitenciário Nacional<sup>18</sup>.

Desse contingente de mulheres encarceradas, as mulheres negras e pobres são a grande maioria. A escolaridade é outro fator que pesa. Em um estudo feito em mais de 176 países, chegou-se à conclusão de que as mulheres com formação escolar até o secundário se veem forçadas a recorrer ao tráfico de drogas para sua subsistência. O desemprego feminino também é uma das causas para a prática de atividade delituosa<sup>19</sup>.

Quando se analisa o perfil das mulheres encarceradas, percebe-se, facilmente, um padrão: em sua grande maioria, são pessoas negras ou pardas (66%), pobres, que já foram alvo de algum tipo de violência (física, sexual ou psicológica), com baixo nível de escolaridade, fruto de uma família desestruturada e presa por tráfico de drogas<sup>20</sup>.

Aliás, a chamada Nova Política Nacional sobre Drogas (Lei 13.840/19), ao prever o tratamento baseado na abstinência, no apoio de comunidades terapêuticas (geralmente de cunho religioso) e no estímulo à visão de que são as circunstâncias do flagrante que devem determinar se o indivíduo é um usuário ou traficante, somente tende a agravar esse quadro de encarceramento, pois já se revela ineficaz ao tratamento do problema.

Assim, tem-se que a política brasileira sobre drogas se intersecciona com o encarceramento feminino de modo que reduzir esse padrão de encarceramento a uma mera coincidência é uma forma extremamente simplista e incompleta de se lidar com esse fenômeno social que, a toda evidência, não se compatibiliza com a abordagem qualitativa da interseccionalidade.

Com efeito, as mulheres apresentam demandas e necessidades diferenciadas quando comparadas aos homens encarcerados, razão pela qual o reconhecimento dessa diferença e a importância de sua consideração, isto é, do entendimento de que as presas compõem um grupo

único e particular, é um passo fundamental para a compreensão da discriminação múltipla.

É que, para a sociedade, as mulheres são, geralmente, as únicas responsáveis por seus filhos, concebidos fora ou dentro do cárcere. No primeiro caso, há uma nítida desestruturação da família e, no segundo, é evidente a falta de auxílio estatal adequado durante e após a gestação. A população carcerária feminina, por fatores biológicos (como o ciclo menstrual), também reclama maior atenção quanto a aspectos higiênicos e esse cuidado não tem sido a elas direcionado.

Essa negligência do sistema prisional brasileiro com a mulher, que também insiste em negar-lhes o direito à prisão domiciliar ou ao regime aberto para que possam cuidar dos filhos, em que pese previsão no Código de Processo Penal permitindo a prisão domiciliar, apenas acentua sua exclusão e opressão, evidenciando como a experiência do cárcere é muito mais gravosa às mulheres do que aos homens.

Portanto, o encarceramento feminino é cíclico e contempla a exclusão social, a pobreza e a opressão perante uma sociedade machista e excludente. A partir disso, a mulher, subalternizada socialmente, busca no crime uma solução para os seus problemas financeiros, acabando na prisão por ser o braço mais vulnerável do crime organizado.

E, uma vez dentro do sistema prisional, ela se depara com uma realidade na qual o Estado dispensa-lhe o mesmo tratamento que dá aos homens, olvidando-se de adaptar a estrutura e o funcionamento das prisões às suas necessidades, ou seja, age desconsiderando o critério proibido de discriminação de gênero.

#### **4. O Poder Judiciário e a interseccionalidade: justiça restaurativa como resgate da mulher encarcerada – CEMSU/TJPR**

Igor Ajouz bem relembra que a solidariedade, que é uma das dimensões da fraternidade, pode ser analisada por uma perspectiva vertical, pela qual o Estado, por intermédio de sua estrutura administrativa, se ocupa das ações públicas destinadas à remoção dos obstáculos que

impeçam o livre desenvolvimento da personalidade de seus cidadãos, a partir de recursos captados de toda a coletividade<sup>21</sup>.

O importante escólio do ministro Reynaldo Soares Fonseca, como visto anteriormente, é o de que a fraternidade é uma via essencial e extremamente útil para a resolução de conflitos.

É dever institucional do Poder Judiciário, como parte integrante do Estado, promover políticas que visem à diminuição da desigualdade social e ao respeito às diferenças, pois somente assim será atingido um dos principais objetivos da República, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em se tratando, especificamente, da situação das mulheres presas no Brasil e de suas particularidades, que é o enfoque sob o qual se analisará o papel do Poder Judiciário, fazer uma leitura qualitativa desse encarceramento e adequada, portanto, ao reconhecimento da discriminação interseccional se revela como a perspectiva mais propícia para o direcionamento de sua atuação em conformidade com o princípio da fraternidade.

À luz da fraternidade, pois, de que modo o Poder Judiciário pode atuar para quebrar o círculo vicioso do encarceramento?

Para valorizar o princípio da fraternidade como instrumento de combate à discriminação interseccional sofrida pelas mulheres encarceradas, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por meio de sua 2ª Vice-Presidência, vem analisando a temática sob o ponto de vista da discriminação múltipla, tendo passado a alcançar resultados positivos a partir do entendimento de que o emprego de práticas restaurativas se conforma ao princípio da fraternidade.

A Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, conceitua, estrutura e traz institutos da prática restaurativa.

Extrai-se da Resolução 225/2016 do CNJ que a justiça restaurativa é formada por um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e de violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano são solucionados de modo estruturado, com a necessária participação do ofensor,

e, quando houver, da vítima, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da justiça restaurativa. As práticas restaurativas têm como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

A justiça restaurativa existe, portanto, para conscientizar as pessoas sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores da violência, pois acredita-se que, desta forma, fornece uma alternativa ao clássico modelo punitivo que já se mostrou incapaz de quebrar o ciclo da violência.

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, criou-se a chamada Central de Medidas Socialmente Úteis (CEMSU), que tem um enfoque restaurativo e funciona como um espaço para o desenvolvimento de práticas dessa natureza, com a presença do facilitador restaurativo. A Central tem se ocupado do resgate das mulheres encarceradas a partir de práticas restaurativas com aquelas que se encontram em prisão domiciliar ou regime aberto, com o propósito de impedir nova prática delitiva.

Nesse espaço, utilizam-se métodos restaurativos como os Círculos de Construção de Paz, uma expressão dos processos circulares nos quais as mulheres infratoras falam, ouvem e discutem entre si as circunstâncias que motivaram a infração praticada. A conscientização sempre é o foco da reunião.

Esses encontros funcionam como verdadeiras terapias por meio de métodos cognitivos comportamentais entre as mulheres, os familiares e a rede de proteção, dando estrutura para que a mulher infratora encon-

É dever institucional do Poder Judiciário, como parte integrante do Estado, promover políticas que visem à diminuição da desigualdade social e ao respeito às diferenças

tre, por si, a porta de saída do tráfico (como visto, um dos crimes mais comuns por elas praticados), para que seus filhos possam ser encaminhados à escola, para que consiga, enfim, ter condições mínimas de se afastar das pessoas que a inseriram no mundo do crime.

A questão dos filhos é uma grande preocupação. Muitos deles nascem dentro dos estabelecimentos prisionais e vivenciam as consequências oxidantes do cárcere desde sempre; outros, com a prisão de suas mães, acabam desamparados. No fim das contas, as crianças são uma das maiores vítimas do encarceramento feminino, e é por isso que a rede de proteção à infância também participa da prática restaurativa, fornecendo o suporte necessário para a tutela desses direitos.

As mulheres que participam das práticas restaurativas na CEMSU são, em regra, mulheres presas preventivamente que tiveram a prisão domiciliar concedida por força do art. 318, inc. IV e V, do Código de Processo Penal, incluídos na legislação processual pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/16, art. 41). Por tal direito, a prisão preventiva de mulheres gestantes e com filhos menores de 12 anos de idade é substituída por prisão domiciliar, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça ou contra a própria criança.

Nesse ponto, deve ser mencionada a decisão do Supremo Tribunal Federal de conceder *habeas corpus* coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças ou de pessoa deficiente sob sua guarda, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou, ainda, em outras situações excepcionalíssimas, as quais só poderiam vir a impedir a substituição prisional por meio de fundamentação judicial apropriada (HC 143.641/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Não podem deixar de ser mencionadas, ainda, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecidas por Regras de Bangkok. Adotadas pelos Estados-membros da ONU, essas normas visam dar atenção às especificidades de gênero no encarceramento feminino. Como exemplo nesse sentido, a Regra 42, pela qual o “regime

prisonal deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as”. Com isso, tutela-se, de forma especial e específica, os direitos dos nascituros/filhos das gestantes/mães encarceradas, para que esses não passem, nos primeiros anos de vida, injustamente, pelas agruras do sistema prisional brasileiro.

O Poder Judiciário paranaense, conferindo o maior alcance aos direitos previstos na Constituição Federal (arts. 6º, 227 e 229), nas Regras de Bangkok e no Marco Legal da Primeira Infância, lendo interseccionalmente a situação das mulheres presas, trabalha a questão de gênero, raça, classe social, entre outras, como elementos fundamentais que se relacionam e promovem um círculo vicioso de criminalidade e encarceramento, propondo, então, uma alternativa pela justiça restaurativa que, por valorizar a dignidade das mulheres, se apresenta em conformidade com o princípio da fraternidade em sua dimensão de via possível e recomendável de resolução de conflitos.

Como bem ressaltado pelo ministro Reynaldo Soares Fonseca, o princípio da solidariedade pode ser coerente e adequadamente utilizado pelos tribunais como “chave analítica normativamente válida” para enfrentar as desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais<sup>22</sup>.

Se é preciso combater a discriminação interseccional, a única saída para recuperar essas mulheres e integrá-las à sociedade não pode ser a da lógica (opressora) da prisão que, com efeito, contribui para o aumento do problema. A prisão, principalmente para as mulheres (e seus filhos), representa, na prática, um abandono social e institucional, uma ausência absoluta de amparo.

Nessa perspectiva, afigura-se que é por meio da justiça restaurativa que se tem a chance de escrever uma nova história para essas mulheres, na medida em que essas práticas restaurativas partem da consideração das circunstâncias que levaram essas mulheres à prática delitiva.

A justiça restaurativa colocada em prática pela CEMSU/TJPR (Grupos Reflexivos: Mulheres e Gênero e os Círculos de Construção de Paz), ao aplicar o princípio da transformação do ser humano para propiciar à mulher infratora uma reflexão sobre seus erros e sobre as circunstâncias que os originaram e, principalmente, dar-lhe um espaço

de fala, valoriza a sua dignidade e, na mesma exata medida, concretiza o princípio constitucional da fraternidade, funcionando, ainda, como um método de prevenção da criminalidade.

O objetivo da CEMSU/TJPR é resgatar as mulheres do cárcere a partir de uma abordagem mais adequada à construção de uma sociedade fraterna. A lógica da opressão deve perder a cada dia mais espaço para a lógica do empoderamento feminino – e isso só é possível se a criminalidade feminina começar a ser lida a partir de todos os critérios proibidos de discriminação que a fomentam.

A partir da compreensão, pelo Poder Judiciário, do fenômeno da discriminação interseccional ou múltipla, é possível direcionar sua atuação para o combate efetivo à desigualdade e ao preconceito, promovendo o princípio da fraternidade que está constitucionalmente obrigado a observar.

## Conclusão

A discriminação múltipla ou interseccional é uma realidade mundial que não se pode nem negar, nem esquecer e nem negligenciar. O fenômeno social complexo da discriminação envolve vários critérios proibidos de discriminação que, no âmbito da criminalidade feminina, promove um círculo vicioso de punição e encarceramento.

Diante desse quadro caótico – o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo –, os poderes públicos têm sido internacionalmente constrangidos a adotar políticas que tenham o condão de combater a discriminação interseccional, e essa tarefa se estende ao Poder Judiciário, responsável final, paradoxalmente, por efetivamente produzir esse encarceramento em massa.

Considerando que a criminalidade das mulheres decorre de fatores múltiplos como o gênero, a raça, a classe social e, especificamente no Brasil, a política de drogas adotada, a resposta tradicional da prisão não pode ser a única colocada em prática, mormente quando há um dever institucional e fundamental de fraternidade por parte do Estado e de toda a sociedade. Com efeito, há um apelo à consciência coletiva acerca



dos deveres fundamentais da cidadania na construção de uma sociedade justa e equilibrada<sup>23</sup>.

As valiosas lições do ministro Reynaldo Soares Fonseca, em sua obra *O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*, revelam como o espírito fraterno tem o condão de servir como alternativa válida e cogente para a situação das mulheres encarceradas no Brasil. Como pontua o autor, a redescoberta da fraternidade “apresenta-se como fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelos democratas”<sup>24</sup>.

Problemas complexos não envolvem soluções fáceis. Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, realizando uma leitura interseccional da discriminação que afeta as mulheres encarceradas, vem promovendo, por meio de sua Central de Medias Socialmente Úteis (CEMSU/TJPR), o resgate das mulheres presas a partir de uma abordagem nova, adequada ao dever fundamental de fraternidade, calcada na prática da justiça restaurativa.

A justiça restaurativa, nesses casos, tem se mostrado como um instrumento capaz de enfrentar e diminuir os efeitos oxidantes que a discriminação múltipla, sofrida pelas mulheres no cárcere, promove. Sem sombra de dúvidas, é o método mais indicado para tratar do problema do encarceramento feminino, devendo ser adotado por todo o Poder Judiciário.

Há uma mudança de paradigma ocorrendo e o Poder Judiciário, como expressão do Estado e um dos maiores responsáveis pela tutela dos direitos, deve assumir uma posição de destaque ou protagonismo no enfrentamento da discriminação interseccional a partir de uma aplicação séria do princípio constitucional da fraternidade.

Evidencia-se a importância e a necessidade da compreensão da discriminação interseccional para a correta concretização do princípio da igualdade como mandamento antidiscriminatório, figurando a fraternidade como um fator de equilíbrio, na lição de Reynaldo Soares Fonseca.

A lógica da  
opressão deve  
perder a cada  
dia mais espaço  
para a lógica do  
empoderamento  
feminino

Uma vez percebida e compreendida, o combate à discriminação terá mais condições de prosperar, a partir de uma interpretação contextualizada, estruturada e dinâmica do princípio da fraternidade, para o que a atenção para a interseccionalidade da discriminação é fundamental, dada a crescente complexidade da vida individual e coletiva. No caso das mulheres encarceradas, a análise interseccional da discriminação sofrida impõe a conclusão de que a justiça restaurativa é o caminho que se mostra conectado à fraternidade.

Afinal, como bem sintetiza Reynaldo Soares Fonseca, a fraternidade não exclui direito algum e vice-versa<sup>25</sup>, razão pela qual vem sendo proclamada por diversas constituições modernas por se revelar como um mecanismo essencial na tutela dos direitos de liberdade e igualdade.

## Notas

1. Joel Ilan Paciornik. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Ministro do Superior Tribunal de Justiça.
2. José Laurindo de Souza Netto. Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade *Degli Studi di Roma "La Sapienza"*. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Gestão 2019/2020.
3. Anderson Ricardo Fogaça. Mestre pela Universidade Internacional – UNINTER, Professor da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e Juiz de Direito em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
4. “Artigo 1 – Para os efeitos desta Convenção: (...) 3. Discriminação múltipla ou agravada é qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais dos critérios dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou privada” (Disponível em: <<https://bit.ly/2Q6sUPS>>. Acesso em 12 mar. 2020.
5. AJOUZ, Igor. O conteúdo axiológico dos princípios da subsidiariedade e da fraternidade: apontamentos para a compreensão do sistema de assistência social. In: *Revista Síntese Direito Previdenciário*, São Paulo, ano 10, n. 46, p. 201-223, jan./fev. 2012. p. 212.

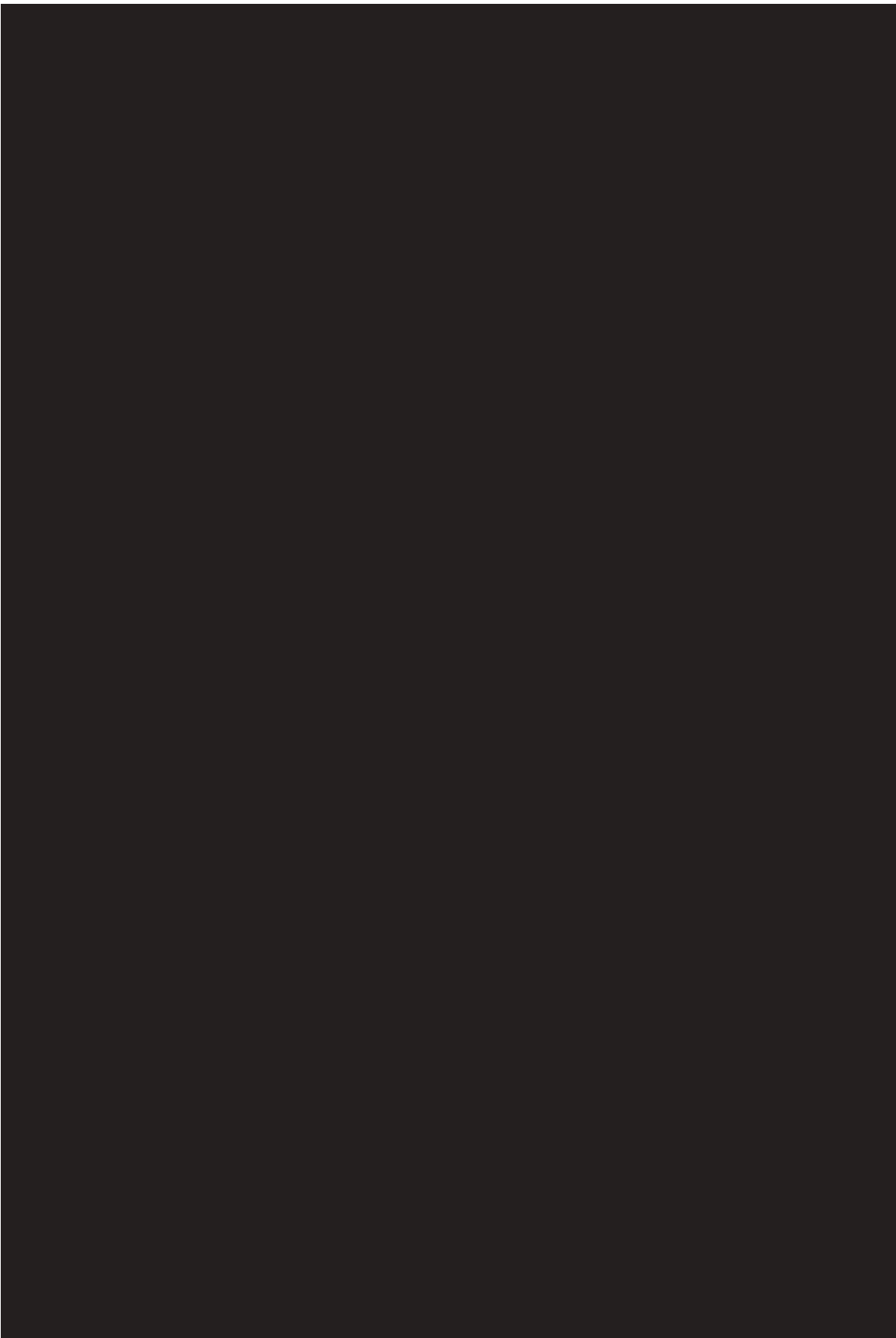
6. *Ibidem*, p. 213.
7. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.
8. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
9. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 169.
10. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 77.
11. *Ibidem*, p. 165 e 169.
12. *Ibidem*, p. 170.
13. *Ibidem*, p. 77.
14. *Ibidem*, p. 167.
15. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – 1995 a 2015*. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306\\_retrato\\_das\\_desigualdades\\_de\\_genero\\_raca.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_de_genero_raca.pdf)>. Acesso em 29 mar. 2020.
16. RAUPP RIOS, Roger. Democracia e Direito da autodiscriminação: Interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. In: *Revista Ciência e Cultura*, v. 69, São Paulo, jan./mar. 2017.
17. No Brasil, o tratamento jurídico da discriminação múltipla ainda é incipiente, embora tenha avançado com a incorporação dos tratados e convenções internacionais. É possível destacar, para além do inciso IV do artigo 3º da Constituição: i) o Estatuto da Cidade (Lei 12.288/2010), em que há clara alusão à discriminação múltipla, inclusive com a definição de desigualdade de gênero e raça e menção explícita a mulheres negras; e ii) a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), na qual são previstas diretrizes para que se tenha atenção à intersecção racial, social e étnica em casos de violência contra a mulher.
18. Disponível em: <<https://bit.ly/3aOiKLz>>. p. 06. Acesso em 12 mar. 2020.
19. CLOUTIER, Gretchen. Latin America’s Female Prisoner Problem: How the War on Drugs, Feminization of Poverty, and Female Liberation Contribute to Mass Incarceration of Women. In: *Clocks ans Clouds*, n. 1, vol. 7, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q8DINi>>. Acesso em 24 fev. 2020.

20. De acordo com dados do INFOPEN, “crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardavam julgamento em 2016, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico”. Disponível em: < <https://bit.ly/3aOiKLz>>. Acesso em 12 mar. 2020.
21. AJOUZ, Igor. O conteúdo axiológico dos princípios da subsidiariedade e da fraternidade: apontamentos para a compreensão do sistema de assistência social. In: *Revista Síntese Direito Previdenciário*, São Paulo, ano 10, n. 46, p. 201-223, jan./fev. 2012. p. 214.
22. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 168.
23. AJOUZ, Igor. O conteúdo axiológico dos princípios da subsidiariedade e da fraternidade: apontamentos para a compreensão do sistema de assistência social. In: *Revista Síntese Direito Previdenciário*, São Paulo, ano 10, n. 46, p. 201-223, jan./fev. 2012. p. 216.
24. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 169.
25. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 169.

## Referências

- AJOUZ, Igor. O conteúdo axiológico dos princípios da subsidiariedade e da fraternidade: apontamentos para a compreensão do sistema de assistência social. In: *Revista Síntese Direito Previdenciário*, São Paulo, ano 10, n. 46, p. 201-223, jan./fev. 2012.
- CLOUTIER, Gretchen. Latin America’s Female Prisoner Problem: How the War on Drugs, Feminization of Poverty, and Female Liberation Contribute to Mass Incarceration of Women. In: *Clocks and Clouds*, n. 1, vol. 7, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q8DINi>>. Acesso em 24 fev. 2020.
- FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.
- FREDMAN, Sandra. *Discrimination law*. 2. ed. New York: Oxford University, 2011.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. p. 28 e ss. Disponível em: < <https://bit.ly/3cTsLjr>>. Acesso em 12 mar. 2020.
- MEDEIROS, Marcelo; COSTA, Joana. O que entendemos por “feminização da pobreza”? Disponível em: <<https://bit.ly/2W42rX7>>. Acesso em 12 mar. 2020.
- RAUPP RIOS, Roger. Democracia e Direito da autodiscriminação: Interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. In: *Revista Ciência e Cultura*, v. 69, São Paulo, jan./mar. 2017.

# DOUTRINA



# O protesto de cheque prescrito: abuso ou exercício regular de um direito?

**Fabiana Matie Sato<sup>1</sup>**

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

**Luís Mauro Lindenmeyer Eche<sup>2</sup>**

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

**Resumo:** O cheque é típico exemplo de título de crédito, que possui como característica peculiar a brevidade do prazo executivo. Há grande divergência jurisprudencial acerca do protesto do cheque, particularmente do seu cabimento após expirado o prazo da ação cambial. É inviável reputar como ato ilícito o protesto de um título de crédito prescrito quando ainda remanescem outros meios legais para a cobrança da dívida estampada na cártula.

## Introdução

O CHEQUE, APESAR DO AVANÇO DA TECNOLOGIA, continua a ter papel relevante no mundo jurídico. Ele é usualmente utilizado para concretizar operações mercantis, possuindo grande impacto nas relações comerciais no Brasil. É inegável a utilidade dessa espécie de título de crédito que consiste numa ordem de pagamento à vista. Contudo, cuida-se de título de crédito que possui como uma de suas peculiaridades a brevidade da sua executóriedade, que varia de sete a oito meses, a depender da praça de emissão (art. 59 c/c 33, ambos da Lei 7.357/85).

A pergunta que releva inicialmente para o desenvolvimento desse texto é: Decorrido o prazo para a apresentação e execução do cheque, o que resta para o credor? Mesmo prescrita a ação cambiária pode ele intentar a satisfação do crédito representado na cártula? Se positivo, qual o meio a ser utilizado? Além disso, há autorização legal para o protesto de um cheque prescrito?

Todas essas questões aportam sistematicamente no Poder Judiciário. Há reiteradas confusões sobre elas, particularmente no tocante à natureza jurídica de um cheque prescrito. Mas o que interessa principalmente para esse artigo é se o protesto de um cheque cuja executividade cambial esteja prescrita pode ou não ocorrer e, sendo protestado, quais os efeitos jurídicos daí decorrentes.

A questão é deveras relevante não apenas por sua frequente ocorrência na praxe forense, mas porque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está dividida a respeito do assunto. Há precedentes indicando que o protesto de cheque cuja ação cambial está prescrita configura mera irregularidade, não desbordando em outras consequências jurídicas (AgInt no AgInt no REsp 1548842<sup>3</sup>, julgado em outubro de 2018), assim como há entendimento que considera a prática ato ilícito, caracterizando, inclusive, lesão aos elementos anímicos do indivíduo, ensejando reparação pecuniária por abalo moral (AgInt no AREsp 119.315<sup>4</sup>, julgado em junho de 2018).

É sobre essa controvérsia que se debruçará no presente feito, adiantando que nenhuma das vertentes merece prosperar.

## 1. Os títulos de crédito

Cesare Vivante estabeleceu a definição mais objetiva e precisa do que se entende por título de crédito, qual seja “o documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado”<sup>5</sup> (1935, p. 63). Aduza-se que esse conceito foi encampado pelo legislador pátrio. Basta atentar para o teor do art. 887 do Código Civil, que, ao definir o que se entende por título de crédito, reproduz conceito evidentemente influenciado pela definição proposta por Vivante: “O título de



crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”.

Dessa definição se extraem os três principais elementos que se encontram presentes na maior parte dos documentos que recebem a qualificação de título de crédito e que acabam por informar o regime jurídico-cambial: a cartularidade, a literalidade e a autonomia.

Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 233-5), ao examinar as características ímpares dos títulos de crédito, leciona que, para que o credor de um título de crédito exerça os direitos por ele apresentados, é indispensável que se encontre na posse do documento (cartularidade). Sem o preenchimento dessa condição, não poderá se valer dos benefícios do regime jurídico-cambial. Refere que a literalidade, por seu turno, garante que não terão eficácia os atos jurídicos não instrumentalizados pela própria cártula a que se referem. E, por fim, concernente à autonomia, preconiza que as obrigações representadas por um mesmo título de crédito são independentes entre si. Além disso, relembra que a autonomia se desdobra em outros dois subprincípios: o da abstração e o da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé, ambos voltados a dar concretude ao princípio do qual se originam. Aliás, Fran Martins destaca que o princípio da autonomia nos títulos de crédito “*é uma das maiores garantias dos títulos de crédito, dando ao portador a segurança do cumprimento dessas obrigações por qualquer uma das pessoas que tenham lançado suas assinaturas nos mesmos*” (1977, p. 21).

Portanto, pode-se concluir que os títulos de crédito, de forma geral, são “documentos representativos de obrigações pecuniárias, que não se confundem com a própria obrigação, mas se distinguem dela na exata medida em que a representam” (ULHOA, 2008, p. 231). E, embora essas obrigações possam ter as mais variadas origens (extracontratual, mútuo, contrato de compra e venda, cambial, etc.), a opção por repre-

Justamente por se submeter ao regime jurídico-cambial o cheque é considerado um título executivo, o qual pode instrumentalizar processo de execução

sentá-las por meio de um título de crédito traz consequências jurídicas drásticas, uma vez que confere ao titular do título um arcabouço normativo com viés absolutamente protetivo voltado a resguardar a obrigação disposta na cártula.

## 2. O cheque

O cheque é conceituado como uma ordem de pagamento à vista dirigida em desfavor de uma instituição financeira. É um título de crédito por excelência uma vez que as pessoas obrigadas por essa cártula se submetem integralmente ao regime jurídico-cambial regido pelos princípios da cartularidade, literalidade e autonomia. Isso importa dizer que o emissor não pode se esquivar da obrigação representada na cártula, ainda que alegue questões de ordem pessoal ou vícios em eventual negócio que deu ensejo a emissão desse título (autonomia). Com relação ao terceiro de boa-fé que venha a receber o cheque, a obrigação é ainda mais severa porquanto sequer poderá ser alegado eventual fraude ou simulação na emissão da cártula, inexistência de relação ou qualquer vício em relação subjacente à confecção da cártula. A abstração garante a lisura da obrigação assumida literalmente no cheque e confere ao portador o direito de exigir seu cumprimento.

Justamente por se submeter ao regime jurídico-cambial o cheque é considerado um título executivo, o qual pode instrumentalizar processo de execução (art. 784, I, do CPC). Enquanto conservar o cheque a condição de título executivo, não há dúvidas acerca da sua certeza, liquidez e executividade e, conseqüentemente, da possibilidade de protesto desse título.

## 3. O protesto do cheque

Protesto é um ato jurídico, procedimental, formal e solene, expedido pelo tabelião, do cartório de protesto, por meio do qual se comprova a ocorrência de um descumprimento com relevância cambiária, que

pode ser: 1) a recusa ou falta de aceite, 2) a recusa ou falta de pagamento e 3) a ausência de data de aceite. É um meio de prova e visa a conservação e ressalva de direitos. A definição está estampada na Lei 9.492/97, no seu art. 1º.

O protesto é relevante em se tratando de cheque por alguns aspectos próprios. Primeiro, porque, embora ele não seja obrigatório para fins de execução dos principais devedores da cártula (vide verbete da Súmula 600<sup>6</sup> do STF), ele é imprescindível para que o credor se volte em desfavor dos coobrigados indiretos (endossantes e seus avalistas) conforme a Lei do Cheque, art. 47<sup>7</sup>. Segundo, porque o protesto também é utilizado como forma de o credor inserir o nome do devedor nos cadastros de inadimplentes dos órgãos de proteção ao crédito, conforme dispõe a Lei de Protestos (Lei 9.492/97, art. 29<sup>8</sup>), funcionando como meio de coerção indireto de pagamento. Terceiro, o protesto do cheque se presta como marco interruptivo do prazo prescricional, conforme previsto no CC, art. 202, III<sup>9</sup>.

Diverje a jurisprudência, entretanto, com relação a qual seria o marco fatal para o exercício do protesto do cheque e as consequências decorrentes da efetivação do protesto, o que será examinado no tópico seguinte.

#### **4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao protesto do cheque prescrito**

Há pelo menos dois posicionamentos distintos no STJ sobre o protesto de cheque prescrito. Isso tem ocasionado reflexos sensíveis no âmbito jurisprudencial pertinente à matéria da responsabilidade civil, os quais passam a ser destacados a seguir.

A primeira corrente sustenta que o protesto do cheque é permitido dentro do prazo de apresentação legal, de 30 ou 60 dias, conforme art. 47, II, da Lei do Cheque, se o credor pretender executar os coobrigados indiretos (endossantes e seus avalistas); e estende-se o prazo do protesto para seis meses se a execução for intentada contra os devedores principais (emitente e seu avalista). Sustenta essa vertente que o protes-

to seria legítimo nesse período por assistir ao credor da cártula direito à execução cambiária do título de crédito, havendo regular interesse no ato de protestar. Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no REsp 1.326.087/SP, 3ª Turma, DJe de 15/04/2016, REsp 1.297.797/MG, 3ª Turma, DJe de 27/02/2015, REsp 1.231.856/PR, 4ª Turma, DJe de 08/03/2016 e REsp 1.423.464/SC, 2ª Seção, DJe de 27/05/2016. Por outro lado, caso seja efetivado o protesto fora do prazo de executividade, a conduta é reputada ilícita, com reconhecimento de danos morais por suposta ofensa aos elementos anímicos do indivíduo, sendo, inclusive, dispensada a prova do dano (dano *in re ipsa*).

A segunda corrente segue rumo semelhante com relação às hipóteses de cabimento do protesto do cheque, entendendo como regular apenas aquele protesto efetivado no prazo da ação executiva. Entretanto, reputa que o ato de protestar o cheque prescrito, quando remanscem ao credor outras ações judiciais para a perseguição desse crédito, configura mera irregularidade formal, o que enseja, apenas, a baixa da anotação, sem que isso configure ato ilícito passível de reparação pecuniária. Para essa vertente, malgrado a irregularidade do ato, considerando que é dado ao credor da cártula se valer de outros meios judiciais para a busca do seu crédito, permanecerá o emitente da cártula ostentando a condição de devedor, motivo pelo qual não repercutiria na sua esfera íntima o protesto irregular. Nesse sentido, o REsp n. 1.667.772, DJe 14/11/17.

Ocorre que ambos os posicionamentos não se revelam adequados, estando em descompasso com a legislação em vigor, o que passa a ser explorado nos próximos tópicos.

## **5. Das formas de cobrança judicial do cheque**

### **5.1 Ação executiva**

O crédito representado em um cheque pode ser exigido por várias formas judiciais. Enquanto a cártula ostentar a condição de título de

crédito, o cheque é considerado um título executivo extrajudicial, o qual pode instrumentalizar processo de execução (art. 784, I, do CPC). Para tanto, basta ao portador observar o prazo prescricional estabelecido pelo legislador. Correntemente se fala que esse prazo seria de seis meses. Porém, na verdade, esse prazo varia de sete a oito meses. Isso porque, após a emissão da cártula, o portador do cheque possui o prazo de 30 dias, se da mesma praça<sup>10</sup>, ou de 60 dias, se de praça diversa, para apresentá-lo à compensação perante a instituição financeira (art. 33 da Lei 7.357/85). Apenas após essa apresentação (ou decorrido *in albis* esse prazo) é que passará a fluir o prazo de seis meses para executar a obrigação representada no cheque.

Dessa forma, observados os prazos legais, é facultado ao credor propor ação de execução fundada em título executivo extrajudicial, a qual será regida pelos arts. 771 e seguintes do Código de Processo Civil.

## 5.2 Ação de enriquecimento ilícito (locupletamento)

Vencido o prazo executivo do cheque, ainda é conferido ao titular da cártula uma outra ação de natureza cambiária. Trata-se da ação de enriquecimento ilícito (locupletamento) prevista no art. 61 da Lei 7.357/85. O prazo para o seu exercício é de dois anos, os quais passam a fluir com o consumo integral do prazo previsto no art. 59 do mesmo diploma que, como já consignamos, varia de sete a oito meses.

Ainda que aludida ação não se trate de uma execução, uma vez que possui natureza de ação de conhecimento, ao credor são conferidas garantias próprias do título de crédito, como, por exemplo, poder se voltar contra os coobrigados cambiais. Outrossim, malgrado a perda da executividade do título, permanecem vigentes os princípios regentes dos títulos de crédito, de modo que será defeso ao devedor, mesmo em se tratando de ação cognitiva, a oposição de exceções pessoais ou discussões acerca da causa que deu ensejo à emissão do cheque.

Portanto, mesmo após vencido o prazo prescricional para a execução do cheque, durante o período de dois anos, ele permanece ostentando a condição de título de crédito, não devendo haver maiores dificuldades para reconhecê-lo como título hábil para protesto.

### 5.3 Ação monitória

Escoado o prazo para o exercício das ações cambiariformes, pode o credor buscar a satisfação do crédito representado na cártula por meio do manejo de ação monitória, que se cuida de uma ação abreviada de cobrança, quando o titular da ação possui documento escrito sem eficácia de título executivo que revele direito de exigir do devedor (i) o pagamento de quantia em dinheiro, (ii) a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel ou (iii) o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se pacificou no sentido de ser legítimo o ajuizamento de ação monitória com base em cheque prescrito, sendo despicienda, inclusive, a declinação da causa que deu origem à emissão da cártula, consoante se afere do Recurso Especial 1.094.571/SP, o qual foi julgado sob o regime dos recursos repetitivos.

Nesta hipótese, de ação monitória, o cheque já não é um título de crédito, mas tem sua natureza alterada para um documento escrito equivalente a um reconhecimento de dívida pelo devedor. O prazo para o exercício dessa ação é de cinco anos, contados da emissão da cártula, uma vez que o STJ aplica à hipótese a regra delineada no inciso I do § 5º do art. 206 do Código Civil.

### 5.4 Ação de cobrança (ação causal)

Por fim, esgotados os prazos das ações cambiais e para o manejo da ação monitória, ainda há a possibilidade de o credor ajuizar a ação cognitiva de cobrança fundada na relação jurídica que deu causa à emissão da cártula. É a denominada ação causal, prevista expressamente no art. 62 da Lei do Cheque<sup>11</sup>. Aqui, o cheque atua como mero meio de prova da inadimplência. Logo, quando do ajuizamento da ação causal, cabe ao autor da ação (credor da dívida representada no cheque) não apenas apresentar a cártula como também comprovar a natureza e a própria existência do negócio jurídico que deu origem à emissão do cheque. Ou seja, cuida-se de uma ação de conhecimento, com ampla dilação proba-

tória, podendo o devedor arguir todas as matérias de defesas possíveis, inclusive aquelas de índole pessoal.

Aduza-se que a doutrina é tranquila acerca do cabimento da ação causal. André Luiz Santa Cruz Ramos (2011, p. 399), ao discorrer sobre o assunto, assenta que “não se trata mais de uma ação cambial, ou seja, aqui o portador do cheque não mais se beneficia dos predicados decorrentes dos princípios que informam o regime jurídico cambial, como a autonomia da dívida checaria em relação ao negócio que originou a sua emissão, da qual decorre, logicamente, a inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa fé. Nesse caso, portanto, o devedor do cheque poderá discutir a causa que o originou e opor quaisquer exceções contra o autor da demanda”.

Outrossim, como a ação não está fundada no cheque propriamente dito, mas sim na relação jurídico-material entretida entre as partes, o prazo prescricional dessa pretensão variará conforme a natureza da relação jurídica debatida nos autos, uma vez que é ela quem estará em discussão. Isso quer dizer que a pretensão pode ter prazo prescricional que varia de um a dez anos, nos termos dos arts. 205 e 206, e incisos, do Código Civil. O marco inicial para a contagem do início do prazo prescricional também é variável, mas, como regra, passará a fluir da inadimplência da contraprestação.

## **6. Vencido o prazo para a execução do cheque, há alteração da sua natureza?**

Como já delimitado, a jurisprudência entende que o protesto do cheque fora do prazo executivo importará, pelo menos, uma irregularidade formal. Ou seja, a jurisprudência do STJ se inclina pela impossibilidade desse protesto, ainda que divirja no tocante às consequências desse ato. Ocorre que se cuida de entendimento equivocado, data vênua.

A prescrição da executividade do cheque resulta, apenas, na impossibilidade de considerar a cártula como título de crédito, afastando o arcabouço normativo próprio que lhe é peculiar. Entretanto, isso não torna o cheque um nada jurídico.

Embora seja defeso defini-lo como um título de crédito ou um título executivo extrajudicial, ele continua sendo um documento particular por meio do qual o emissor faz, indiretamente, uma declaração de dívida, comprometendo-se a honrá-la. Isto é, o vencimento dos prazos prescricionais para a ação executiva e de locupletamento apenas importa afastar a qualificação do cheque como título executivo, sem despi-lo da condição essencial de um documento com uma espécie de confissão de dívida emitida e assinada pelo próprio devedor. Esse documento é bastante, inclusive, para fazer prova contra o signatário emissor da cártula. Aliás, calha invocar o disposto no art. 408 do Código de Processo Civil: “As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário”.

Justamente por essas razões é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se viu alhures, pacificou-se no sentido de entender por legítimo o ajuizamento de ação monitória com base em cheque prescrito, sendo despicienda a declinação da causa que deu origem à emissão da cártula.

Nessa vereda, parece muito tranquilo concluir que o cheque, malgrado prescritas as ações cambiais, ostenta a condição de um documento particular emitido pelo próprio devedor no qual consta uma assunção de obrigação de pagar determinado valor pecuniário.

## **7. O protesto de cheque prescrito como exercício regular de um direito e não como ato ilícito**

Fixadas essas premissas, pode-se concluir, com segurança, que não há sequer irregularidade no ato de protestar um cheque cuja pretensão executiva esteja prescrita. Ainda que prescrita a pretensão cambiária, o próprio STJ confere ao cheque, durante o prazo de cinco anos de sua emissão, a condição de documento capaz de aparelhar ação monitória. Daí se conclui que se cuida de documento escrito que, por si só, basta para comprovar um direito ao pagamento de quantia em dinheiro.



Por seu turno, o protesto tem cabimento para comprovar o estado de inadimplência de obrigações não só oriundas de títulos de crédito, como também de “qualquer documento de dívida” (art. 1º da Lei 9.492/97), em cuja definição se enquadra o cheque prescrito.

Salientamos que a Lei de Protestos em momento algum condicionou a realização do protesto à executividade dos títulos, tampouco limitou temporalmente a possibilidade do protesto nos títulos de crédito. Portanto, enquanto o cheque ostentar essa condição de documento que comprova a existência de uma dívida, prova essa sobre a qual sequer se exige do credor a declinação da *causa debendi* por ocasião do ajuizamento da ação monitória, é contrário à lei o entendimento que reputa ilegal o protesto levado a efeito. Corolário lógico, descabe formulação de pedido de baixa da anotação ou mesmo reclamo a direito indenizatório uma vez que o ato praticado se revela em exercício regular de um direito pelo credor da obrigação, estando seu agir amparado no art. 188 do Código Civil.

O protesto tem cabimento para comprovar o estado de inadimplência de obrigações não só oriundas de títulos de crédito, como também de “qualquer documento de dívida”

A única situação em que realmente parece ser inviável o protesto do cheque prescrito é quando ele perde a condição de documento que, por si só, comprova a existência da dívida e da relação jurídica. Isso se dá quando prescreve o direito de exercer a pretensão creditícia por meio de ação monitória, abrindo-se campo para o manejo de ação causal. Isso porque nesta hipótese, como já destacamos, o cheque passa a figurar como mero instrumento probatório indiciário da relação jurídica, a qual deverá ser comprovada cabalmente pelo credor. Ou seja, não mais deterá o credor/portador da cártula um documento bastante a comprovar a existência da dívida, não lhe assistindo direito ao protesto. E, nessa última hipótese, será indubitosa a prática de ato ilícito, abrindo margem para se falar em responsabilidade civil do credor.

## Conclusão

Por todo o exposto, percebe-se que há uma grave confusão jurisprudencial no tocante à natureza jurídica do cheque após perder sua executividade. Essa questão pode ser facilmente superada se houver atenção aos conceitos dos institutos e de todo o arcabouço normativo que rege a matéria.

Deve ser atentado que o fato de a cártula perder a executividade não lhe retira, inicialmente, a condição de título de crédito. Persiste, por dois anos, a possibilidade de manejo de ação de locupletamento, cuja natureza é cambiariforme. Ou seja, aplica-se a totalidade dos princípios regentes dos títulos de crédito (cartularidade, literalidade e autonomia).

E mesmo que vencidos os prazos da execução e para o manejo da ação de locupletamento, malgrado o cheque perca a condição de título de crédito, isso não o torna um nada jurídico. Sua natureza jurídica altera-se para um documento particular na qual está representada uma obrigação de pagar quantia certa em dinheiro, viabilizando a propositura de ação monitória no prazo prescricional de cinco anos após a emissão da cártula. Corolário lógico, nada impede o protesto do cheque durante esse lapso temporal porque ele se constitui em documento que preenche os requisitos legais para fins de efetivação do protesto.

Apenas se expirado o prazo para a propositura da ação monitória é que o encaminhamento de cheque para protesto poderá ser considerado ato ilícito. Isso porque, nesta situação, o cheque não pode mais ser considerado como um documento que comprove uma relação jurídica na qual o emitente figura como devedor, uma vez que o credor deverá comprovar a *causa debendi* na hipótese de ajuizamento de ação causal. Ou seja, o cheque é mero indício de relação.

Logo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça deve ser superada, inclinando-se para o fim de reconhecer como exercício regular de um direito do credor o protesto do cheque havido entre sua emissão e o prazo de cinco anos após essa emissão, afastando-se qualquer pleito de baixa/cancelamento da anotação e, conseqüentemente, indenização por danos morais.

## Notas

1. Fabiana Matie Sato. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.
2. Luís Mauro Lindenmeyer Eche. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.
3. Processo civil. Agravo interno no agravo interno no recurso especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Ação objetivando cancelamento de protesto e compensação por danos morais. Protesto de cheques prescritos. Irregularidade. Subsistência da dívida ante a possibilidade de manejo de ação cambial. Dano moral não caracterizado. Precedente da terceira turma. Cheque prescrito. Crédito. Prescrição. Cinco anos. Agravo não provido. (...). 2. A Terceira Turma, modificando entendimento anteriormente perfilhado, passou a compreender que o protesto irregular de cheque prescrito não caracteriza abalo de crédito apto a ensejar danos morais ao devedor, se ainda remanescer ao credor vias alternativas para a cobrança da dívida consubstanciada no título. Precedente: REsp 1.677.772/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, DJe 20/11/2017. 3. Nos termos do art. 206, § 5º, I, do CC/02, prescreve em cinco anos o crédito ostentado em cheque de força executiva extinta. Precedentes. 4. A agravante não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado para negar provimento ao recurso especial. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no AgInt no REsp 1548842/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/10/2018, DJe 25/10/2018).
4. Agravo interno no agravo em recurso especial. Cheque prescrito. Protesto indevido. Danos morais. Indenização. Valor. 1. Há dano moral *in re ipsa* nos casos de protesto indevido de título de crédito. Precedentes. 2. Indenização fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com correção a partir da data do arbitramento e juros de mora desde o evento danoso. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 119.315/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018).
5. Tradução livre.
6. Súmula 600 do STF: “Cabe ação executiva contra o emitente e seus avalistas, ainda que não apresentado o cheque ao sacado no prazo legal, desde que não prescrita a ação cambiária”.
7. Lei nº 7357/1985, art. 47. Pode o portador promover a execução do cheque: I – contra o emitente e seu avalista; II – contra os endossantes e seus avalistas, se o cheque apresentado em tempo hábil e a recusa de pagamento é comprovada pelo protesto ou por declaração do sacado, escrita e datada sobre o cheque, com indicação do dia de apresentação, ou, ainda, por declaração escrita e datada por câmara de compensação.
8. Lei nº 9492/1997, art. 29: Os cartórios fornecerão às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, quando solicitada, certidão diária, em forma de relação, dos protestos tirados e dos

- cancelamentos efetuados, com a nota de se cuidar de informação reservada, da qual não se poderá dar publicidade pela imprensa, nem mesmo parcialmente.
9. CC, Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: (...); III – por protesto cambial;
  10. Praça, em direito cambiário, é sinônimo de localidade. Considera-se que o cheque foi emitido na mesma praça se há coincidência entre o local em que ele foi assinado/emitido pelo devedor e a localização da instituição financeira contra o qual se dirige a ordem, constante do próprio título. Do contrário, sendo o cheque emitido em cidade diversa daquela em que se situa a instituição constante da cártula, considera-se que o cheque foi emitido em praça diversa.
  11. Art. 62. Salvo prova de novação, a emissão ou a transferência do cheque não exclui a ação fundada na relação causal, feita a prova do não-pagamento.

## Referências

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARTINS, Fran. *Títulos de crédito*. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Método, 2011.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. 5. ed. Milão: Francesco Vallardi, 1935. Volume III.

# A criminalização do *revenge porn* no direito penal brasileiro

**Bianca Rosset Linhares<sup>1</sup>**

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA

**Ruy Alves Henriques Filho<sup>2</sup>**

Professor do Centro Universitário Curitiba e da Escola da Magistratura do Paraná

**Resumo:** O presente artigo possui o objetivo de demonstrar a importância da discussão sobre o crime de *revenge porn* ou pornografia de vingança, com base na legislação e na doutrina penal brasileira. Discute-se o julgamento da vítima na sociedade. Igualmente analisa-se especificamente a legislação que cerca o crime, em especial a Lei 13.772/18, que entrou em vigor em dezembro de 2018. Busca-se demonstrar como tipificar o presente crime, dentro da Lei Carolina Dieckmann, que trata dos crimes contra a honra. Por fim, demonstra-se precedentes judiciais nacionais e internacionais. A análise será feita através do método hipotético-dedutivo, a partir de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, com o uso de materiais já publicados, como jurisprudência, artigos e outros.

## Introdução

A INSERÇÃO DA INTERNET E DOS NOVOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO na sociedade fez surgir novas formas de relações interpessoais. Hoje as notícias se espalham em segundos, sejam elas verdadeiras ou não.

Atualmente as pessoas estão publicando e expondo sua vida sem mensurar as consequências de suas publicações. O ambiente privado se tornou uma porta aberta para o público, especialmente através das redes sociais, havendo uma linha tênue entre o que se quer que seja compartilhado e o que não, baseando-se no consentimento. Afinal, o que um dia se expõe na internet é estampado para sempre.

A disseminação da informação, pelo e-mail, pelos aplicativos e principalmente pelas redes sociais, faz com que surjam novas formas de relação entre as pessoas, em especial no modo como os relacionamentos amorosos funcionam nos dias de hoje. Uma das principais maneiras com que essa mudança ocorre é na troca de intimidade.

A troca de fotos íntimas foi disseminando-se, tornando-se uma prática comum entre todas as idades na contemporaneidade. O problema ocorre a partir do momento que essas intimidades são divulgadas para terceiros, sem o consentimento da vítima.

A divulgação propaga-se predominantemente quando verificamos um término de relacionamento, ocorrendo a quebra de confiança existente entre as partes, em que a pessoa inconformada com o fim da relação e com desejo de vingança expõe as intimidades da(o) ex-companheira(o) nas redes sociais, ou compartilha com amigos através de outros meios.

Esse fenômeno é denominado internacionalmente como *revenge porn*; no Brasil conhecido como “pornografia de vingança”. Esta prática, portanto, consiste na divulgação de fotos ou vídeos de cunho sexual, com o intuito de denegrir a imagem da vítima para conseguir vingança.

Apesar de ser um assunto extremamente atual e relevante, a pornografia de vingança causa grandes dificuldades ao direito penal brasileiro. Afinal, além de não possuir um conceito científico ou doutrinário, não se definiu como encaixar o agente causador do crime. A problemática é, então, como definir e tipificar o crime.

Não são novidades as enormes consequências que a internet trouxe para a sociedade atual, sejam elas positivas ou negativas. Mas, infelizmente, controlar os crimes cibernéticos e penalizá-los é de extrema dificuldade.

Dessa forma, o aprimoramento de mecanismos para controle e punições mais severas para crimes cometidos no espaço cibernético deveria ser uma urgência para o Estado. Apesar da criação do Marco Civil da Internet, Lei 12.695, de 23 de abril de 2014, as vítimas da prática de pornografia de vingança crescem a cada dia.

Assim, tem-se por objetivo discutir a conceituação do *revenge porn*, identificar o praticante da conduta, e discorrer sobre os dispositivos hoje vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, será abordado como surgiu esta temática, e como a prática se disseminou pela sociedade.

Ainda, se conceituará o *revenge porn* e o julgamento da vítima na sociedade.

Sequencialmente, serão demonstradas as formas com que o *revenge porn* pode ser “encaixado” no direito penal brasileiro, a importância da Lei Maria da Penha 11.340/06, para o crime e a violência psicológica que a vítima sofre, e será discutida a Lei 12.737/12, mais conhecida pelo nome da atriz Carolina Dieckmann.

Ademais, serão abordados os crimes contra a honra: difamação e injúria.

Por fim, serão expostos os casos nacionais e internacionais, fazendo menção à jurisprudência existente no Brasil e às previsões legais para o crime, ou seja, como o direito penal já vem atuando nesta área.

## 1. Conceituação do *revenge porn*

Nos dias de hoje, há uma figura de extrema importância para a evolução das relações sociais, a internet. A incorporação dessa nova figura trouxe outras frentes de comunicação, sendo elas as redes sociais e o mundo virtual como um todo, transformando a sociedade, em especial as relações interpessoais.

Há algumas décadas não se imaginaria a influência que os celulares e computadores teriam na humanidade em sua constante evolução. Os ambientes profissionais e educacionais foram completamente transformados e hoje são até mesmo geridos através da tecnologia.

Uma das principais mudanças, como já citado antes, ocorreu na forma como as pessoas se comportam em suas relações interpessoais. Hoje os seres humanos são introduzidos desde cedo a utilizar as redes sociais, como instagram, facebook, pinterest ou até mesmo aplicativos de relacionamento como tinder, happen, grinder, entre outros. Nessas redes, as vidas particulares se tornam públicas em questão de segundos, através do compartilhamento de conteúdo.

Uma das maiores inovações contemporâneas dos relacionamentos atuais é o compartilhamento de intimidades por meio de fotos ou vídeos (com conteúdo sexual) através dos aparelhos celulares, redes sociais e aplicativos. Essa nova forma de demonstração de afeto ou apenas interesse se tornou “moda”, e a expressão “manda nudes”, é uma das mais conhecidas.

**O revenge porn é o ato de compartilhar sem autorização vídeos, fotos ou qualquer tipo de material que contenha nudez, sem consentimento**

Ocorre que toda mudança acarreta uma nova complicação. A problematização dessas condutas dá-se a partir do momento em que as intimidades são divulgadas para terceiros, sem o consentimento de quem está nas fotos ou vídeos. A partir desse momento entra em cena um novo crime, chamado *revenge porn*.

O *revenge porn*, ou “pornografia de vingança”, como é nomeado no Brasil, é o ato de compartilhar sem autorização vídeos, fotos ou qualquer tipo de material que contenha nudez, sem consentimento, ainda que inicialmente compartilhado pela vítima com o parceiro – autor do crime.

A conceituação específica da pornografia de vingança não chegou ainda em seu viés de fato, visto que se refere a uma prática recente e pouco discutida nas doutrinas jurídicas brasileiras. Apesar de ser uma prática comum, dado que inúmeras pessoas recebem vídeos, fotos e outros diariamente, a discussão sobre o *revenge porn* ainda é recente, e seus maiores casos e conceitos são internacionais.

Um dos conceitos científicos básicos, de maior reconhecimento para esta conduta, encontra-se no livro *Criminalizing revenge porn*, da autora Danielle Keatons Citron:



Pornografia, não consensual que envolve a distribuição de imagens de conteúdo sexual de indivíduos sem consentimento. Isso inclui imagens originalmente obtidas sem consentimento (gravações escondidas, ou gravações de abusos), assim como imagens originalmente obtidas com consentimento, normalmente no contexto de um relacionamento privado e confidencial relacionamento (imagens consensualmente dadas ao parceiro que depois distribui sem o consentimento, popularmente conhecido como “*revenge porn*”.

Constata-se com isto que a pornografia de vingança gira em torno de uma nova conduta, e tende a acontecer ao término de um relacionamento, ou por insatisfação, desentendimento, ou quando uma das partes divulga cenas íntimas na internet com o objetivo de vingança submetendo o ex-parceiro(a) a humilhação pública.

Fátima Vanilson Buréio diz que é possível definir a pornografia de vingança como o ato de divulgar imagens por meio de fotos ou vídeos que expõem a intimidade sexual em redes sociais, contendo cenas de sexo, nudes ou similares:

Inicialmente, faz-se imperioso explicar o que significa o termo “Pornografia da Vingança”: o termo consiste em divulgar em sites e redes sociais fotos e vídeos com cenas de intimidade, nudez, sexo a dois ou grupal, sensualidade, orgias ou coisas similares, que, por assim circularem, findam por, inevitavelmente, colocar a pessoa escolhida a sentir-se em situação vexatória e constrangedora diante da sociedade, vez que tais imagens foram utilizadas com um único propósito, e este era promover de forma sagaz e maliciosa a terrível e temível vingança.

Ou seja, baseia-se no intuito do autor em se vingar da vítima, tendo o seu estopim, quando a vítima termina um relacionamento com o autor do crime sem que este aceite o término. O autor possuindo imagens íntimas do parceiro(a) ou ex-parceiro(a) e por vingança decide compartilhar. Não se busca aqui uma vantagem sexual ou patrimonial (diferindo do *sextorsion*), mas sim humilhar e se vingar da vítima por algo que desagrada o agressor, como por exemplo o fim de um relacionamento.

Com efeito, a imersão da sociedade nos novos meios de comunicação interliga-se com novos desafios sociais e legais, pois, se qualquer um pode criar conteúdo em questão de segundos através de seus dispositivos eletrônicos, qualquer um também pode compartilhá-lo, o que torna quase impossível o controle da disseminação de crimes cibernéticos, como o crime em questão.

Isto posto, o *revenge porn* não vem para incrementar a doutrina de direito penal brasileira, mas sim para demonstrar e enfatizar um novo comportamento da sociedade, fruto do progresso e das relações sociais. Afinal, apesar dos crimes virtuais serem um assunto em alta, sua extensão ainda é de difícil compreensão.

A inserção de qualquer nova ferramenta na sociedade traz pontos positivos e negativos. Portanto, é necessário para permitir sua inserção na sociedade compreender como posicioná-la e como viabilizar o controle sobre ela através dos órgãos e meios responsáveis. Ou seja, o compartilhamento de intimidades através das redes sociais etc. é uma nova ferramenta da sociedade e precisa ser estudado e compreendido para que seja possível entender quando esta ferramenta ultrapassa os limites da legalidade e deverá passar a ser criminalizada.

### **1.1 O julgamento da vítima na sociedade**

O avanço da sociedade é nítido em inúmeros fatores. Evidentemente ocorreu uma evolução, ou modificação cultural drástica no comportamento social nas últimas duas décadas, em que se quebraram os mais diversos paradigmas e tradições conservadores.

Não obstante, ainda existe um grande tabu ao redor do sexo. O prazer de exhibir e observar o corpo sempre existiu, desde os primórdios; o que mudou na sociedade atual foi a facilidade em acessar um ramo muito maior e com muito mais facilidade.

Não é novidade que o Brasil é conhecido internacionalmente pelo futebol, bem como por suas mulheres, adendo aos comentários do atual presidente do Brasil, que se referiu a mulher brasileira, sendo entendida sua fala como o oferecimento de mulheres para o turismo. Durante encontro com jornalistas, Bolsonaro disse que o Brasil “não pode ser

o país do turismo gay”, “Quem quiser vir aqui fazer sexo com mulher, fique à vontade. Agora não pode ficar conhecido como o paraíso do mundo gay aqui dentro.”

O posicionamento do atual presidente demonstra que o conservadorismo está presente nas questões referentes à sexualidade. Infelizmente o caminhar da sexualidade e a aceitação da mesma ainda é em marcha lenta.

A sexualidade tratada no momento é a repressão histórica da sexualidade feminina, em especial pela religião e moral familiar. Uma das maiores formas de comprovar essa repressão é analisando o Código Civil de 1916 que inseria na sociedade um pensamento patriarcal e machista.

Apenas há 17 anos entrou em vigor o Código Civil de 2002, que impôs igualdade. Antes, o Código de 1916 discorria no art. 233 que o marido era o chefe da sociedade conjugal, além dos arts. 218 e 219 que estabeleciam a exigência da virgindade da mulher ao se casar.

Ainda, caso a mulher não fosse virgem o marido poderia devolvê-la à família, podendo anular o casamento. É evidente que a mudança de tratamento da mulher não mudará da noite para o dia e a visão da sociedade sobre ela continua sendo uma batalha diária para todos os movimentos feministas, que lutam contra a submissão e para conquistar igual espaço na sociedade.

Uma das formas de atingir a vítima com facilidade é através da sexualidade. Não há nada mais íntimo para a vítima que o conteúdo de cunho sexual compartilhado com o agente. O agente ao disseminar este conteúdo com terceiros, sem a autorização da vítima, sabe que está sendo exposta e humilhada publicamente. A vítima se sentirá exposta e violada, além de julgada pela sociedade.

A partir do momento em que o conteúdo é “jogado na rede”, inicia-se um processo de incansável compartilhamento, sem autorização da vítima, sendo quase impossível recuperar todas as imagens ou ví-

O agente ao disseminar este conteúdo com terceiros, sem a autorização da vítima, sabe que esta será exposta e humilhada publicamente

deos compartilhados, concretizando-se a exposição da vítima na sociedade.

O pensamento cruel da sociedade acerca da sexualidade não é novidade, enxergam as vítimas como as “culpadas” pela exposição sofrida. Não enxergam as pessoas que sofrem pornografia de vingança como as reais vítimas, mas sim as julgam como vulgares e indignas.

Essas consequências afetam as vítimas de formas inimagináveis, acarretando muitas vezes em depressão e até em casos de suicídio, que culminam por alcançar a atenção na mídia. Um exemplo são os casos que ocorreram em 2013, quando duas adolescentes de 16 e 17 anos cometeram suicídio após terem suas fotos íntimas divulgadas na internet. Na época, o deputado Romário propôs o projeto de Lei 6.630/2013, que buscava tornar a pornografia de vingança/revanche crime. Conforme reportagem da Revista Fórum sobre o suicídio das duas adolescentes, nota-se que a proposta tinha por objetivo

punir com mais rigor a propagação de fotos e vídeos íntimos que, muitas vezes, é motivada por parceiros que não aceitam o fim do relacionamento e tentam atingir a integridade física, moral e psicológica da pessoa. A lei já prevê punição, só que ela é branda para o tamanho do problema que causa. Normalmente se paga uma indenização por danos morais. A polícia e a justiça já sabem como agir, inclusive já investigam os casos recentes. Eu proponho uma tipificação específica, com aplicação de pena de três anos de detenção mais indenização da vítima pelas despesas com perda de emprego, mudança de residência, tratamento psicológico.

Além de afetar adolescentes, um outro caso conhecido envolve uma mulher adulta, Tiziana Cantone, a italiana que teve vídeos virais de sexo. A moça de 31 anos se suicidou após ter os vídeos liberados em sites de conteúdo adulto. Ocorre que, no caso de Tiziana Cantone, os italianos transformaram as palavras da italiana em “memes”, estampando-os em camisetas com a foto da vítima. Tiziana recorreu à justiça para que os vídeos fossem retirados de circulação, visto que se tornaram públicos sem seu consentimento. A mãe da vítima está na justiça até hoje para que os vídeos sejam removidos.

Como se vê, apesar de ter uma frequência maior entre os jovens e adolescentes, o *revenge porn* também é comum entre adultos. Um dos casos atuais é o da espanhola Verônica, de 32 anos, que cometeu suicídio após ter vídeo de cunho sexual espalhado entre os colegas de trabalho.

Todo o sentimento de culpa, vergonha e humilhação recai sobre a vítima e não sobre o agente. De acordo com o psicólogo forense Carlos Poiares, a pornografia de vingança vem acompanhada de bullying e/ou síndrome da rejeição. O objetivo do autor é, por óbvio, “causar humilhação e sofrimento na vítima, provocar perturbações na vida do visado, ou porque é frágil, ou porque é muito bom aluno, por exemplo”.

A JAMA Pediatrics publicou uma reportagem em abril de 2019 informando o aumento na quantidade de adolescentes que a partir dos 14 anos usam os telefones celulares para compartilhar imagens, vídeos ou mensagens sexualmente explícitas. A pesquisa demonstrou que 1 em 4 jovens recebem “sexts” (mensagens sensuais) e 1 em 7 mandam e interagem no *sexting*. A pesquisa concluiu que o *sexting* se tornou uma prática mais comum entre os jovens, com “14.8% e 27.4% da juventude mandando e recebendo *sexting* respectivamente”.

A disseminação desse comportamento entre os jovens e a falta de legislação acarretam casos de *revenge porn*. A problematização está na evidente falta de legislação sobre o tema e na culpabilização da vítima pela sociedade.

## **2. A tipificação do *revenge porn* no direito penal brasileiro**

### **2.1 Lei Maria da Penha 11.340/06**

A Lei Maria da Penha possui o nome de uma mulher real, farmacêutica bioquímica que quase morreu vítima de violência doméstica praticada por seu marido durante 23 anos.

A utilização da Lei Maria da Penha é de grande importância para o *revenge porn* desde a Lei 13.772/18, que alterou o art. 1º, inserindo a previsão à violação a intimidade. A Lei será aprofundada futuramente. Primeiramente, é necessário mencionar a violência psicológica.

### 2.1.2 Lei Maria da Penha e a violência psicológica

A agressão psicológica prevista na Lei Maria da Penha normalmente é praticada por familiares ou companheiros:

Art. 7.º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

(...)

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

A agressão psicológica é conceituada por Nery Junior:

Violência Psicológica é qualquer ação ou omissão destinada a controlar ações, comportamentos, crenças e decisões de uma pessoa, por meio de intimidação, manipulação, ameaça, humilhação, isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à sua saúde psicológica. É muito comum nesses casos, a pessoa ter a sua autoestima ou sensação de segurança atingida por agressões verbais, ameaças, insultos e humilhações. Essa violência acontece também quando, por exemplo, a pessoa é proibida de trabalhar, estudar, sair de casa ou viajar, de falar com amigos e familiares, ou então quando alguém destrói seus documentos ou outros pertences pessoais.

Abaixo, segue uma jurisprudência que demonstra a aplicação da Lei Maria da Penha e da violência psíquica:

Penal e processo penal. Recurso em habeas corpus ameaças no âmbito da Lei Maria da Penha. Violência psíquica. Salvaguarda pela Lei n. 11.343/2006. Palavra da vítima. Especial relevância. Recurso não provido. 1. Para incidência da Lei Maria da Penha, é necessário que a violência doméstica e familiar contra a mulher decorra de: (a) ação ou omissão baseada no gênero; (b) no âmbito da unidade doméstica, familiar ou relação de afeto; decorrendo daí (c) morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. 2. A definição do gênero sobre o qual baseada a conduta comissiva ou omissiva decorre do equivocado entendimento/motivação do sujeito ativo de possuir “direitos” sobre a mulher ou de que ela lhe pertence, evidenciando vulnerabilidade pela redução ou nulidade da autodeterminação, caracterizando-se, assim, conduta baseada no gênero para efeitos da Lei n. 11.340/2006. 3. A decisão, hígida, não carece de reparação, demonstrada a necessidade das medidas protetivas em virtude do sofrimento psíquico impingido à vítima, destacados o medo e o desejo de se ver protegida do recorrente, que estaria agredindo-a psicologicamente. Nesse viés, realça-se que a Lei Maria da Penha é destinada também à salvaguarda da integridade psíquica e moral da mulher. 4. “A palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos presentes nos autos, possui relevante valor probatório, especialmente em crimes que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher” (HC 461.478/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 12/12/2018). 5. A conclusão do laudo psicossocial elaborado pela equipe multidisciplinar do Primeiro Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Natal reforça a importância das medidas protetivas para salvaguarda da integridade psíquica da vítima. 6. Recurso não provido. (STJ – RHC: 108350 RN 2019/0044247-5, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 26/03/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/04/2019)

A violência psicológica vem para complementar o ordenamento jurídico, afinal violência não se trata unicamente do físico, mas também deve abranger o fisiológico e o mental.

## 2.2 Crimes contra a honra

Os crimes contra a honra consistem em calúnia, difamação e injúria, e se diferenciam inicialmente pela honra objetiva e subjetiva.

A honra está englobada no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que prevê a inviolabilidade da intimidade da vida privada, a honra e a imagem das pessoas. A Constituição ainda estabelece neste artigo o direito de indenização por dano material ou moral decorrentes de sua violação.

Nelson Rosenvald e Cristiano Farias afirmam que a honra é a soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza em sociedade. A honra se subdivide em duas frentes. A primeira frente é a honra objetiva, que engloba a imagem que fazem do indivíduo. Enquanto a segunda é a honra subjetiva, que acolhe o conceito que o próprio sujeito tem de si.

Bitencourt define a honra objetiva como a reputação do indivíduo, relativamente a seus atributos, ou seja, é o conceito que os demais têm desse indivíduo. A honra subjetiva é definida como aquela intrínseca ao ser, ou seja, a percepção que temos sobre nós mesmos. Bitencourt comenta sobre a honra:

A honra independente do conceito que se lhe atribuía, tem sido através de tempos um direito ou interesse penalmente protegido. Na Grécia e Roma antigas as ofensas à honra eram regiadamente punidas. Entre os romanos a honra tinha o status de direito público do cidadão e os fatos lesivos era abrangidos pelo conceito amplo de injúria. Na Idade Média o Direito Canônico também se ocupava das ofensas a honra.

Na visão de Bitencourt, a honra tem caráter de bem jurídico autônomo. Portanto, a sua proteção não constituiria interesse exclusivo do indivíduo, mas sim da coletividade.

A partir do momento em que ocorrem ofensas que ultrapassam os limites toleráveis, se tem a punição através do Código Penal pela calúnia, difamação e injúria, como dito anteriormente.



Ressalta-se que o único crime contra honra que não será analisado neste tópico é o crime de calúnia, visto que, apesar de ser revestido pela honra objetiva, trata da imputação de fato definido como crime, não sendo o caso do *revenge porn*. No crime de pornografia de vingança a vítima não tem a imputação de um fato criminoso. Dito isto, passa-se a analisar os crimes de difamação e injúria.

### 2.2.1 Crime de difamação

O conceito de difamação foi incluído no direito penal brasileiro apenas no Código Penal de 1940, que passou a tipificar os crimes contra a honra distintamente.

A difamação está prevista no artigo 139 do Código Penal e uma de suas principais características é que este crime protege a honra objetiva. Difamar alguém consiste em imputar fato ofensivo a reputação de outrem, com pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

Evidencia-se que o bem jurídico tutelado na difamação é a honra, ou seja, a reputação do indivíduo; o conceito que a sociedade lhe atribui. Essa afirmação vai ao encontro do tópico 2.3 deste trabalho, que prevê a responsabilização da vítima e a visão que a sociedade lhe imputa. É necessário que a reputação da vítima seja atingida pela coletividade na difamação.

A difamação tem o intuito de atribuir fato ofensivo a alguém. Ao contrário da calúnia, a difamação não precisa tratar de um fato falso, nem de fato definido como crime. Conforme Bitencourt:

Para que ocorra a difamação é necessária que o fato seja determinado e que essa determinação seja objetiva, pois a imputação vaga, imprecisa ou indefinida não a caracteriza, podendo eventualmente, adequar-se ao crime de injúria. (...) Difamação é a imputação de fato, repentino fato determinado, individualizado, identificado e não de defeitos ou de qualidades negativas.

A consumação do crime de difamação ocorre quando o fato chega ao conhecimento de terceira pessoa, criando condições de ferir a re-

putação da vítima. Assim, ao se relacionar a difamação com o *revenge porn*, evidencia-se que além da violação da honra (bem jurídico tutelado) também se ofende o direito de liberdade da vítima, pois liberdade de compartilhar ou não sua intimidade com outrem foi violada pelo agente do crime. Dessa forma, o ato é eventualmente adequado no crime de injúria.

É difícil enxergar o *revenge porn* como difamação, afinal o fato imposto a vítima é subjetivo. Ou seja, tudo dependerá da forma como o terceiro encarar o conteúdo, recaindo novamente no tópico 2.3 deste trabalho. Além disso, é imprescindível para o crime de difamação a imputação de fato. O crime de *revenge porn* não imputa sobre a vítima um fato claro e determinado, mas sim um fato que será interpretado pelo terceiro que receber o conteúdo.

Apesar do crime de difamação ser revestido de dolo de dano, que se constituiu da vontade consciente do agente para atingir a vítima, assim como as características do *revenge porn*, estes não se adequam com perfeição. Para confirmar essas constatações, o promotor de justiça Rogério Sanches Cunha postou um vídeo no seu canal do YouTube, no qual realizou uma análise sobre o crime de *revenge porn*. Nesta análise ele explica que o agente, ao postar fotos ou vídeos íntimos da vítima nas redes sociais, ou em qualquer meio de comunicação, não está imputando a esta pessoa fato determinado, que é o caso da difamação. Nas palavras do promotor de justiça:

O *Revenge porn* não é difamação. Porque quando ele espalha na internet as fotos, ou os vídeos íntimos de alguém, ele não está imputando a essa pessoa fato determinado. Ele pode eventualmente com essas imagens atingir a honra subjetiva. A intimidade, a autoestima, a dignidade e o decoro. Difamação eu acho difícil subsumir esse comportamento.

Eventualmente o crime de *revenge porn* pode atingir a honra subjetiva, ou seja, se adequar ao crime de injúria, pois não imputa determinado fato a alguém.

### 2.2.2 Crime de injúria

O artigo 140 do Código Penal engloba o crime de injúria e prevê que o crime consiste em injuriar alguém e ofender a dignidade e o decoro, sendo espécie de ação privada.

O bem tutelado pelo crime de injúria por óbvio é a honra subjetiva. A concepção dos preceitos que o indivíduo tem dele mesmo. Assim, define Prado:

O bem jurídico tutelado é a honra. No delito de injúria protegem-se especificamente a dignidade e o decoro. Em que pese tênue e pouco precisa distinção existente entre tais noções, costuma-se reconhecer na dignidade o sentimento que o próprio indivíduo possui acerca de seu valor social e moral, e no decoro sua respeitabilidade. De conseguinte, enquanto a dignidade compreenderia os valores morais que compõe a personalidade, o decoro abarcaria as qualidades de ordem física e intelectual, que constroem a autoestima e fundamentam o respeito que o meio social dispensa ao indivíduo. Assim, por exemplo, afirmar que alguém é “canalha”, “imoral”, “desonesto”, ofende sua dignidade, já dizer que se trata de um “ignorante”, “aleijado”, “burro”, ultraja seu decoro.

Novamente Bitencourt definiu:

Havendo dúvida razoável relativamente à atribuição de fato ou qualidade negativa, o interprete deve optar pela injúria, não apenas por ser a figura menos grave das três que lesam a honra, mas especialmente por ser a mais abrangente, pois toda a calúnia ou difamação injuriam o destinatário, mas nenhuma injúria o calúnia ou difama. Com essa opção não se corre o risco de lesar ou ignorar o princípio da tipicidade.

A injúria preconiza o desprezo e desrespeito pelo injuriado, o que acaba ofendendo intrinsecamente a vítima e sua honra subjetiva. A injúria atribui à vítima defeitos, preceitos ruins, adjetivos, sendo eles por exemplo: ladrão, prostituta, vagabunda etc.

A vítima nesse crime precisa ser determinada, mesmo que não seja uma identificação nominal. Caso seja possível detectar a identidade da vítima, se aplicará o crime de injúria.

Na pornografia de vingança, como o objetivo do ex-parceiro(a) é humilhar e expor a vítima, por óbvio a identificação da mesma em fotos ou vídeos sensuais compartilhados será fácil.

No *revenge porn*, um exemplo comum nos relatos das vítimas é que, apesar de o rosto não estar exposto, os vídeos ou fotos mostram tatuagens ou marcas que evidenciam sua identidade.

Portanto, correlacionar o crime de *revenge porn* e a injúria é propício, visto que o agente não imputa fato determinado a vítima, mas sim injúria e ofende a dignidade e o decoro, através da humilhação da exposição.

Conforme exposto no tópico 2.4, grande parte das vítimas do crime de pornografia de vingança é mulher, e o costume da sociedade é que a sexualidade feminina exposta desta forma acarreta serem elas vistas como “vagabundas”, entre outros termos, o que demonstra o ferimento na esfera da honra subjetiva da vítima, ou seja, como ela vê a si mesma.

Ainda, uma peculiaridade da injúria que vale ser ressaltada é o fato de, ao contrário da calúnia e da difamação, ela não precisar do conhecimento de mais alguém além da vítima sobre a imputação ofensiva. Prevê Mirabet:

Consuma-se o crime de injúria quando a ofensa rogada chega ao conhecimento do ofendido. Ao contrário da difamação e da calúnia, para consumir-se não é necessário que alguém além da vítima tenha conhecimento da imputação ofensiva, pois não é o aspecto externo a honra que é lesado pelo crime, mas o interno, ou seja, sentimento de valor é respeito que cada um deve ter de si próprio, isto é, autoestima.

Isso se dá pelo fato de a injúria afetar a esfera subjetiva, como já dito. Ademais, é irrelevante se a vítima souber através do agente, terceiros, ou qualquer outro meio, aplicativos redes sociais etc. O saber basta para a imputação.

Uma das principais instruções dadas a vítimas do crime do *revenge porn* é que guardem todas as provas, desde a primeira mensagem que receber até um e-mail, e que apresentem essas provas no momento em que forem fazer o boletim de ocorrência na delegacia, para que se identifique o autor do crime com maior eficiência.

Conforme o exposto, e baseado em todos os conceitos apresentados, se evidencia a subsunção do crime de *revenge porn* ao art. 140 do Código Penal, ou seja, à injúria.

### 2.3 Lei 13.772/18

Em 19 de dezembro de 2018, entrou em vigor a Lei 13.772/18, que alterou a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e o Decreto Lei 2.848/40 (Código Penal), reconhecendo que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar. Ademais, criminaliza o registro não autorizado de conteúdo de nudez ou ato libidinoso de caráter íntimo e privado.

A Lei 13.772/18 se originou do Projeto de Lei da Câmara nº 18 de 2018, também conhecida como Projeto de Lei Rose Leonel (na Câmara dos Deputados possuía o número PL 555/2013). A proposta foi aprovada pelo plenário e entrou em vigor em dezembro de 2018. A Lei 13.772/18 inseriu na Lei Maria da Penha o art. 7º, II, que determina:

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Em outras palavras, esse artigo inseriu no ordenamento jurídico a previsão da violência psicológica, através da “violência de sua intimida-

de”, de controlar a mulher em seus atos cotidianos, através da ameaça, humilhação, constrangimento, manipulação, isolamento, entre outros.

Assim, tornou-se possível a punição daqueles que violarem sua intimidade, ou seja, que divulgarem o conteúdo íntimo da mulher (de cunho sexual). Inegável a grande conquista que é a Lei 13.772/18 para as mulheres e a proteção, através de artigo legal, contra a violência de sua intimidade, que causa danos inimagináveis, tanto na área pessoa, como profissional.

A doutrina ainda não definiu o que seria a violência à intimidade. Ainda, a Lei 13.772/18 trouxe a complementação do art. 216 com o art. 216-B do Código Penal:

Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes.

O texto legal trouxe uma grande inovação para o ordenamento jurídico, podendo a conduta de produzir, fotografar ou registrar o ato sexual e ou libidinoso ser considerada ilícita, com pena de detenção seis meses a um ano e multa.

“Exposição da intimidade sexual” se refere a querer expor a vítima ao ridículo, humilhá-la diante da sociedade. O legislador, ao incluir “em qualquer meio”, cria uma pluralidade de meios a serem utilizados pelo agente.

Portanto, verifica-se que o crime pode ser praticado de forma livre, comum – por qualquer pessoa, comissivo (os verbos centrais indicam a ação, comissivo por omissão, nos casos do art. 13, § 2º, do Código Penal); é instantâneo (consumação imediata), formal (não exige resultado naturalístico) e unissubjetivo (pode ser praticado por uma única pessoa).

Ademais, concordando com Rogério Sanches: “Embora a lei utilize a expressão participantes – no plural – não se exclui da incidência do tipo o registro não autorizado de apenas uma pessoa em momento de intimidade”.

### 3. A precedentes judiciais

Após realizar o desmembramento de várias faces do *revenge porn* ou pornografia de vingança e todas as leis que o norteiam, passa a pesquisa a analisar os casos concretos nacionais e internacionais.

#### 3.1 Precedentes nacionais

Para elucidar a pornografia de vingança é necessário verificar os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro e como o Judiciário está julgando os casos de *revenge porn*.

O primeiro caso a ser analisado já foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.679.465 – SP (2016/02042).

A ação de obrigação de fazer foi ajuizada pelo MP/SP em 2012, antes da previsão do Marco Civil da Internet e da Lei 13.772, de 2018, ou seja, na época a pornografia de vingança ainda não era criminalizada.

No caso concreto, o celular de uma adolescente foi furtado em sala de aula por um colega de sala e ela teve conteúdo íntimo de caráter sexual divulgado na internet, sem sua autorização. Em sede de inicial o MP/SP requereu por meio de tutela antecipada a retirada do vídeo pelo site, a qual foi concedida pelo juiz de primeiro grau, sob pena para o site de R\$ 500,00.

Nesse caso, ainda não se falava em punir o agente, ou seja, o adolescente que furtou o telefone e espalhou as imagens contidas no telefone, apesar de o acórdão já fazer menção à nomenclatura da pornografia de vingança.

O segundo caso a ser analisado é o acórdão do Recurso de Apelação criminal do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, TJES – APL: 35837320148080011, de relatoria de Willian Silva, julgado em 31.01.2018 na primeira câmara criminal e publicado em 16.02.2018.

O caso do Espírito Santo ocorreu em 2014, quando Gabriel Emery Santana ameaçou o atual companheiro (André Brito de Freitas) de sua ex-parceira, Rafaella Bolsan de Moraes. Após as ameaças o autor do crime, Gabriel, roubou o celular da vítima mediante violência. Sequencialmente, na data de 8 a 19 de fevereiro de 2014, o autor inva-

diu o telefone da vítima e espalhou fotos íntimas dela na internet, no Facebook e no WhatsApp.

Em função disso, Gabriel foi denunciado pela prática do art. 154-A, § 3º, e pelo art. 147, ambos do Código Penal. O juiz de primeiro grau reconheceu a prescrição do crime de ameaça previsto no art. 147 do CP, assim como absolveu o réu pelo crime de roubo por falta de provas. No entanto, condenou o réu ao art. 154-A do CP, à pena de 8 meses e 17 dias

Ainda se vive em uma realidade em que o sensacionalismo machista atua como mecanismo de pressão social difusa na censura à liberdade sexual feminina

de reclusão, em regime aberto. Em face da condenação, a defesa requereu a absolvição por falta de provas e a acusação requereu a majoração da pena, com base no § 4º do art. 154-A do CP. Conforme ementa, o recurso ministerial foi provido, enquanto o recurso da defesa foi desprovido.

A aplicação do art. 154-A e seus dispositivos no caso concreto demonstra a importância da Lei Carolina Dieckmann, que permitiu a tipificação penal e a possibilidade de punição do autor do crime.

O próximo caso a ser citado foi julgado na esfera cível no Tribunal do Distrito Federal TJ-DF 20110710146265 – Segredo de Justiça 14321-67.2011.8.07.0007, de relatoria de Angelo Passareli, publicado em 13.09.2017, julgado pela 5ª Câmara Cível no dia de 13.09.2017 e publicado em 27.09.2017.

Nesse caso, pois percebe-se o uso do art. 5º, III, c/c art. 7º, V, da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), ensejando a reparação de danos morais, visto que presentes, conforme o art. 7, V, da Lei Maria da Penha, que prevê dano moral sempre quando ocorrer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria, o que é claramente o caso em questão, afinal o réu usou dos artifícios do *revenge porn* para constranger ex-companheira.

A quarta ação a ser mencionada é a Apelação 4458920158190033, de relatoria de André Emilio Ribeiro Von Melentovytsch, julgada em 22.08.2017 pelo TJRJ e disponibilizada em 25.08.2017.

A ação julgada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu-se início quando a vítima requereu indenização pelo dano sofrido, no mo-



mento em que o réu compartilhou o momento íntimo entre as partes. O juiz de primeiro grau julgou procedente a indenização no valor de R\$ 50.000,00. Ademais, o tribunal não atribuiu juros compostos à causa, visto que, na época do julgamento, a pornografia de vingança ainda não configurava ilícito penal, o que foi mudado a partir do momento em que a Lei 13.772/18 entrou em vigor.

Esse caso demonstra a grande importância da Lei 13.772/18, que possibilitou a punição penal dos casos anteriormente expostos e outros que tratam da mesma matéria, condenando a conduta que afetou, afeta e infelizmente ainda afetará muitas vítimas, principalmente as mulheres.

Como afirmou o desembargador relator, André Ribeiro, ainda se vive em uma realidade em que o sensacionalismo machista atua como mecanismo de pressão social difusa na censura à liberdade sexual feminina. Essa sanção social, aplicada pelos agentes do crime de pornografia de vingança, prejudica e afeta inúmeros aspectos da vida pessoal das vítimas.

### 3.2 Precedentes internacionais

Inúmeras são as ONGs e iniciativas internacionais que fazem referência e ajudam vítimas do *revenge porn* diariamente, com assistência legal ou apenas com a ajuda psicológica.

A pornografia de vingança teve seu estopim internacionalmente quando foi criado o website IsAnyoneUp por Hunter Moore, que exibia materiais pornográficos sem a autorização das vítimas. O site tinha o intuito de humilhar as vítimas. O site foi vendido e Hunter Moore não sofreu sanções pelo crime de pornografia não consensual; respondeu apenas pelo crime de invasão de dispositivo.

Nos Estados Unidos, inúmeros estados criaram leis e é possível encontrar todas elas no site Cyber Civil Rights Initiative. Uma das principais leis previstas é o The Digital Millennium Copyright Act of 1998; outra lei que está no entorno do crime é o Communications Decency Act.

O último caso que ganhou enorme atenção midiática foi a mulher que recebeu cerca de 6,4 milhões de dólares de indenização. O caso ocorreu na Califórnia. A vítima processou seu ex-parceiro, em dezem-

bro de 2014, que após o término do relacionamento postou vídeos em sites pornográficos e websites como MyEx e Tumblr. O réu compartilhou cerca de oito imagens, que foram mandadas tanto para contatos pessoais da vítima quanto ao ambiente profissional.

Um casal em Kent também teve imagens divulgadas e sofreu ameaças. O caso foi litigado através do Cyber Civil Rights Legal Project, pela firma K&L Gates, que realiza casos pro bono para vítimas de *revenge porn*. A ação foi levada a júri. As imagens “vazaram” depois que um ex-namorado de um dos membros do casal ameaçava publicar imagens e vídeos de cunho sexual. O casal sofreu inúmeras sanções pela sociedade, relatando o quão difícil foi inclusive para o filho manter amizades na escola.

As imagens foram publicadas na *dark web*, para que não encontrassem o endereço do IP que publicou as imagens. O ex-companheiro da vítima negou todo e qualquer envolvimento com o crime. O júri determinou o pagamento de 8,2 milhões de dólares em verba indenizatória ao casal.

Nos Estados Unidos a maior parte dos casos de *revenge porn* é resolvida pelas vias do direito civil, através de acordos extrajudiciais e de indenizações.

Enquanto nos EUA, ainda são raros os casos que levam o agente do crime à prisão, na Itália criou-se o “Red Code”, que tem por objetivo proteger as vítimas do *revenge porn* da violência e do *stalking*, ou ameaças que as obriguem a dividir imagens e vídeos de cunho sexual. A Itália seguiu os passos da Alemanha, França, Reino Unido e Malta ao criar novas legislações que protejam as vítimas do *revenge porn*.

O Red Code determina que o agente poderá enfrentar pena de seis anos ou realizar o pagamento de uma fiança no valor de € 15.000. O Red Code também prevê sentenças maiores para aqueles que são casados, ou nos casos em que as partes possuíam um relacionamento. Ainda, a pena será maior quando a vítima estiver grávida ou possuir alguma incapacidade.

O surpreendente sobre o Red Code, além da pena, é que teve unanimidade dos votos quando colocado em votação. É importante relembrar o caso já exposto anteriormente, Tiziana Cantone, a mulher italiana

que tirou a vida, após ter vídeos privados em ato sexual compartilhados online. A mãe da vítima estava presente no momento da decisão.

A BBC News publicou uma matéria sobre as novas diretrizes para o crime de *revenge porn*. Ela expõe que no Reino Unido a pornografia de vingança foi introduzida em 2015 e carregava uma pena máxima de dois anos. Nos anos de 2016/2017 no Reino Unido foram processados mais de 465 casos de *revenge porn*.

Essas novas diretrizes preveem que aqueles que continuarem a postar imagens mesmo depois que elas foram retiradas do ar também enfrentarão maiores consequências, ou seja, punir-se-á aqueles que continuarem a prejudicar a vítima. As novas diretrizes também protegem a vítima de assédio e *dostalking*. As diretrizes têm sua importância evidenciada quando oferecem instruções para as cortes de como agir com os autores desses crimes e como sentenciá-los, criando um padrão nas sentenças.

Na Austrália foi decidido em 20 de fevereiro de 2019 que quem repassar imagens íntimas de alguém sem consentimento poderá enfrentar até três anos de prisão, decidido através da emenda à lei “Intimate Images”, que determina a prisão de 18 meses ou três anos e/ou o pagamento de fiança no valor de AU\$ 18.000,00 (dezoito mil dólares australianos). A lei entrou em vigor no dia 15 de abril de 2019.

Um dos casos mais famosos do *revenge porn* é a condenação de Kevin Christopher Bollaert, dono do website Revenge Porn, que foi sentenciado a 18 anos de prisão. O site criado por Christopher permitia que pessoas publicassem fotos ou vídeos sem a autorização das vítimas. O site também postava informações pessoais das vítimas, como telefone, endereço etc.

Um dos casos mais famosos do *revenge porn* é a condenação de Kevin Christopher Bollaert, dono do website *Revenge Porn*, que foi sentenciado a 18 anos de prisão

## Conclusão

O presente trabalho contribui para o entendimento da importância da análise do direito penal brasileiro em um viés contemporâneo, inserindo em suas diretrizes uma nova “feição”: o *revenge porn* ou pornografia de vingança.

A rápida disseminação das informações foge do controle das autoridades e prejudica diretamente a vítima, visto que é julgada pela sociedade e sofre mais que o agente, ou seja, a

O agente, ao espalhar o conteúdo (fotos, vídeos etc.) das vítimas, fere sua honra subjetiva, ofendendo o decoro

vítima é a mais afetada em função do atual contexto social.

De modo geral, ao discorrer sobre as previsões do direito penal brasileiro, a pesquisa destacou a relevância da regulamentação do *revenge porn* e a proteção das vítimas, em especial as mulheres, que são as mais afetadas pelo crime.

Não existia uma figura que pudesse suprir todas as previsões para a devida tipificação, para a realização da subsunção perfeita do fato à figura típica. Porém, conforme analisado pelo presente artigo, o Código Penal incluiu uma nova figura idônea para tratar a matéria com a devida equanimidade, o art. 216-B trazido pela Lei 13.772/18.

Entretanto, esta cláusula não previu o agente ser íntimo ou ter a confiança da vítima. Assim, adentra-se a possibilidade de utilizar o crime de injúria. Ou seja, quando o agente realiza o descrito no art. 216-B com as intenções do crime de injúria, temos crimes concorrentes.

Afinal, como pormenorizado, a injúria pressupõe a ofensa à dignidade ou decoro de alguém, em especial à honra subjetiva. Entendeu-se pelo viés da injúria e não da difamação em razão das consequências que a atitude do agente terá na sociedade: a vítima será chamada de inúmeros nomes e terá sua intimidade e liberdade violadas.

Assim, em conclusão, o trabalho segue as diretrizes do promotor de justiça Rogério Cunha Sanches, do estado de São Paulo, que entendeu que o crime *revenge porn* não imputa fato específico à vítima, portanto

não se encaixaria da melhor forma na tipificação de difamação. Dito isto, nota-se que o agente, ao espalhar o conteúdo (fotos, vídeos etc.) das vítimas, fere sua honra subjetiva, ofendendo o decoro.

Superada as dúvidas sobre como prosseguir a tipificação penal do *revenge porn*, é necessário avaliar o crime em si, o art. 216-B e a injúria. Evidencia-se que o crime de pornografia de vingança, baseado nos contextos expostos ao longo do trabalho, encaixa-se no art. 216-B do CP, podendo concorrer com o crime de injúria, caso o agente seja íntimo da vítima, ou seja, de alguma forma possua a confiança desta, e tenha o intuito de difamá-la.

Por fim, ressalta-se o relevo do presente trabalho no viés acadêmico e social, pois ele traz uma nova discussão dentro do direito penal e elucida a premência de seu debate e aplicação nos casos concretos, demonstrando com o uso das jurisprudências e da legislação vigente como o crime de *revenge porn* está sendo tratado no Brasil e ao redor do mundo.

## Notas

1. Bianca Rosset Linhares. Graduada do Curso de Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.
2. Ruy Alves Henriques Filho. Mestre em Direito pela UFPR. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa e professor do Centro Universitário Curitiba e da Escola da Magistratura do Paraná.

## Referências

- BITTENCOURT, Roberto Cezar. *Tratado de Direito Penal. Parte Especial, Crimes Contra a Pessoa*. São Paulo: Saraiva, 2018
- BURÉGIO, Fátima. *Pornografia de vingança, você sabe o que é isso*. Disponível em: <<http://ftimaburegio.jusbrasil.com.br/artigos/178802845/pornografia-da-vingancavoce-sabe-o-que-e-isto>>. Acesso em: 5 de setembro de 2019.
- ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *We should all be feminists*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mSO5EgN1MII> >.
- CITRON, Danielle Keats; FRANKS, Mary Anne. *Criminalizing Revenge porn*. University of Maryland Francis King Carey School of Law e University of Miami School of Law. 49 Wake Forest L. Rev. 345, 2014, p. 1

- NERY JÚNIOR, José Carlos Miranda. *Lei Maria da Penha Violência Doméstica: uma suspensão coletiva*, 2011.
- HUNGRIA, Nélon apud. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: Parte Especial*. Vol. II, 2011, p. 253.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSEVELD, Nelson. *Direito civil: Teoria Geral*, 2008, p. 149.
- CUNHA, Rogério Sanches. *O que se entende por Revenge porn (ou pornografia de vingança)?*  
Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pulYsVRnPIQ&t=130s>>.  
Acesso em: 20 de março de 2019.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual do direito penal*, 2010.
- PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol. 2, 2011, p. 292.

# Ausência de *bis in idem* na valoração dos elementos do delito para individualização da pena

**Fernando Bardelli Silva Fischer<sup>1</sup>**

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

**Resumo:** O presente artigo busca revisar a ideia, disseminada na jurisprudência brasileira, de que os elementos fáticos considerados pelo juiz na configuração do delito não podem ser valorados para fins de individualização da pena, sob pena de ofensa ao princípio do *ne bis in idem*. A crítica aqui apresentada, que milita pela possibilidade de valoração desses elementos na determinação judicial da pena, fundamenta-se em duas principais premissas: a primeira informa que enquanto o juízo de imputação autoriza a aplicação da pena em concreto, o juízo de individualização da pena a quantifica, implicando em apenas uma punição; a segunda advém da concepção, consagrada na doutrina estrangeira, de que o injusto culpável é formado por conceitos graduáveis, que admitem valoração.

## 1. O equívoco do *bis in idem*

GRAÇAS À TRADIÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO ROMANO-GERMÂNICO, que concebe o saber do direito penal a partir da teoria do delito, o desenvolvimento das teorias da pena se mostra muito aquém das construções

doutrinárias acerca dos elementos constitutivos do delito. Em breve consulta aos manuais de direito penal oriundos de países influenciados pelo pensamento jurídico continental, é possível constatar que a pena, não obstante sua importância prática na materialização da resposta penal, recebe uma diminuta atenção quando comparada ao prestígio conferido à teoria do delito<sup>2</sup>.

Se isso não bastasse, normalmente quando se fala em pena na maioria das obras doutrinárias, o enfoque persiste na descrição das tradicionais teorias de justificação da punição estatal, principalmente nas teorias retributivas absolutas e nas teorias preventivas gerais e especiais, seja no aspecto negativo ou positivo. Por sua vez, a individualização da pena, que representa uma das principais fontes de análise nas quais um magistrado criminal está incumbido em seu ofício diário, é comumente tratada com um mero apêndice das teorias explicativas da pena.

Tal cenário se mostra mais preocupante no Brasil, em que o desenvolvimento da individualização da pena nas últimas décadas ficou a cargo da jurisprudência. Não obstante os esforços dos juízos e tribunais pátrios no sentido de conferir uma uniformidade na determinação da sanção, é certo que a prática judicial, instrumentalizada para conferir respostas pontuais a casos específicos, encontra consideráveis limitações estruturais para produzir uma consistente teoria de individualização da pena. Enquanto a jurisprudência alemã consagrou, a partir de meados da década de 1950, a *Spielraumtheorie*<sup>3</sup> como modelo dominante de determinação judicial da pena, no Brasil sequer é possível apontar alguma teoria da pena aplicada de maneira mais recorrente pelos nossos tribunais, pois o âmbito judicial nacional se mostra completamente alheio a qualquer discussão nesse sentido. Ao invés disso, apenas é possível identificar alguns critérios mecanicistas de determinação da pena difundidos na práxis forense brasileira, frequentemente orientados por estereis padrões matemáticos e despídos de qualquer referência axiológica aos fins da pena consagrados no art. 59 do nosso Código Penal<sup>4</sup>.

Neste terreno fértil para a propagação de confusões conceituais, talvez um dos equívocos jurídicos mais proeminentes no procedimento de determinação judicial da pena – e que conseqüentemente gera



maiores distorções na materialização da resposta criminal por meio da aplicação concreta da punição – é a difundida ideia de que os elementos do delito não podem ser valorados no juízo de individualização da pena, em suposto respeito ao princípio do *ne bis in idem*.

A vedação ao *bis in idem*, um dos mais clássicos e consagrados princípios do direito penal, prescreve que nenhum indivíduo poderá ser punido mais de uma vez pelos mesmos fatos criminosos<sup>5</sup>. Dito de outro modo, tal preceito visa impedir que uma dupla punição seja aplicada com base numa mesma conduta, de modo a respeitar ditames de proporcionalidade.

Diante de tal conceito, a jurisprudência brasileira viu nascer e se propagar a ideia de que quando os elementos do delito são considerados na análise da existência do crime e da sua autoria, o julgador estaria impedido de valorar tais elementos para fins de individualização da pena. Assim, de acordo com esse argumento, se uma circunstância fática já serviu como fundamento para a condenação em uma sentença criminal, não poderia ser novamente utilizada pelo juiz no momento da quantificação da sanção, por supostamente ferir a vedação à dupla punição<sup>6</sup>.

Tal entendimento apresenta profundas implicações em relação ao objeto de valoração judicial para a determinação da pena, de modo a refletir significativamente na proporcionalidade da sanção aplicada ao caso concreto. Uma vez usurpada do juízo a possibilidade de valoração dos elementos do delito na individualização da pena, impede-se que o próprio núcleo do delito – consubstanciado no injusto culpável – seja considerado para fins de quantificação da sanção. Ou seja, qualquer pretensão de aplicação de uma pena proporcional ao fato se frustra, tendo em vista que a punição acabará mensurada com base em elementos acidentais e não na gravidade concreta do delito.

Uma vez usurpada do juízo a possibilidade de valoração dos elementos do delito na individualização da pena, impede-se que o próprio núcleo do delito seja considerado para fins de quantificação da sanção

São recorrentes as decisões de tribunais brasileiros que reformam sentenças de primeiro grau que, de maneira escorreita, fundamentaram o aumento da punição tendo como parâmetro elementos referentes à conduta típica, antijurídica e culpável. Esse posicionamento das cortes judiciais, difundido na jurisprudência de modo irrefletido e por simples obediência ao precedente, encontra muitas vezes respaldo na doutrina nacional mais tradicional. Corroborando essa prática, Nucci<sup>7</sup> assim leciona:

A individualização da pena é essencial, atribuindo-se o quantum merecido a cada réu, sem qualquer padronização. Porém, quando o magistrado considerar preenchido o tipo penal básico, chega à conclusão de haver crime. A partir disso, não pode levar em consideração os mesmos elementos para a aplicação da pena, pois incidiria em *bis in idem*. Exemplo: para a configuração do roubo é preciso comprovar o emprego da violência ou grave ameaça; constatado o emprego de violência, preenche-se o tipo básico; não é cabível, para fins do art. 59 do CP, alegar ter sido violento o modo de agir do autor, resultando em penalidade mais severa. A violência, quando usada para o preenchimento do tipo básico, não deve tornar ao campo da aplicação da pena, sob pena de se considerar novamente a mesma base fática.

Conforme se pretende demonstrar a seguir, tal entendimento se mostra duplamente equivocado, tanto por confundir a dinâmica dos juízos de imputação e de determinação da pena numa sentença criminal condenatória, quanto por desconSIDERAR a natureza dos elementos integrantes do conceito analítico do delito.

## 2. Sentença judicial como ato de fala complexo

Segundo a teoria comunicacional do direito, desenvolvida por Gregorio Robles<sup>8</sup>, o ordenamento jurídico se corporifica pelo texto prescritivo, gerado por atos de fala que são as decisões jurídicas, de

modo que o direito pode ser compreendido como uma forma específica de linguagem. Nessa concepção, as sentenças judiciais são espécies de decisões jurídicas intrassistêmicas, que dão origem às unidades elementares denominadas normas jurídicas, que nada mais são do que proposições linguísticas dirigidas a orientar a ação humana.

Partindo-se da teoria dos atos de fala do filósofo John Langshaw Austin<sup>9</sup>, a sentença criminal pode ser entendida como um ato de fala multidimensional, construída como consequência das análises presentes nos juízos de imputação e de determinação da pena. Assim, o veredito condenatório que impõe uma pena em concreto contém um enunciado performativo explícito, consubstanciado na condenação do réu, que inaugura uma nova situação jurídica. Contudo, esse mesmo ato de fala também apresenta uma força ilocucionária derivada da cominação de uma punição. E nesse aspecto, a função comunicativa das sentenças criminais ganha relevante importância para a felicidade da perlocução presente nos efeitos – preventivos e repressivos – almejados com a aplicação da pena.

Nesse sentido, adquirem especial relevância as atuais teorias expressivas da pena<sup>10</sup>, que por meio da função comunicativa da sentença, reconhecem na punição uma finalidade de comunicar um juízo de reprovação sobre a conduta do ofensor, tida como socialmente inaceitável. Tal mensagem é endereçada não apenas ao réu, considerado como agente moral, mas também à vítima e a toda sociedade. Para que se busque qualquer finalidade concreta para a pena, é necessário que a mensagem por ela transmitida seja recepcionada e apreendida como legítima pelas expectativas sociais. Conforme propõe Antony Duff<sup>11</sup>:

Criminal punishment should be conceived of as a communicative enterprise that aims to communicate to offenders the censure they deserve for their crimes, and thus to bring them to repent their crimes, to reform themselves, and to reconcile themselves with those they have wronged.

Ainda que seja possível extrair de um decreto judicial condenatório atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários, não se pode

esquecer que a norma jurídica – originada desse ato de fala complexo e que deverá tutelar o caso concreto – foi construída a partir de dois momentos distintos na sentença criminal: o juízo de imputação e o juízo de individualização da pena.

No juízo de imputação o julgador examina questões relativas à existência do fato criminoso e sua autoria, bem como avalia outras questões jurídicas acerca do enquadramento legal da conduta e de eventuais causas excludentes do delito. Basicamente, há tanto uma análise fática quanto uma análise jurídica. Uma vez constatada a autoria da prática delitiva, com todas suas circunstâncias adjacentes e preenchidos todos os requisitos de punibilidade, o juízo de imputação autoriza o Estado-juiz a proferir um decreto condenatório e a aplicar uma pena necessária e adequada.

Por sua vez, o juízo de individualização da pena valora as circunstâncias fáticas constatadas no juízo de imputação, para mensurar a punição de modo que ela se mostre a mais apropriada possível a atingir os fins almejados pelo Estado em determinado caso concreto. Embora o juízo de individualização da pena também recaia sobre elementos factuais, sua natureza é eminentemente valorativa, pois a verificação dos fatos a partir da análise da prova fica a cargo do juízo de imputação. O efeito cobijado pelo juízo de individualização da pena é a determinação da forma e da quantidade de punição adequadas para o caso apreciado.

Em resumo, o juízo de imputação autoriza a condenação e a punição, ao passo que o juízo de individualização da pena mensura essa punição. E esse é o principal motivo pelo qual não se denota ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, simplesmente porque não há duas punições aplicadas para o mesmo fato concreto. O que ocorre é apenas uma punição, aprovada pelo juízo de imputação e mensurada pelo juízo de individualização da pena.

O fato de os juízos de imputação e de individualização da pena se apresentarem em momentos e locais distintos, dentro da estrutura espacial da sentença penal condenatória, não implica uma dupla punição, ainda que a avaliação recaia sobre a mesma circunstância fática. O objeto de análise é determinado fato concreto – fato criminoso e demais circunstâncias jurídicas relevantes – e a resposta estatal é uma só – a

pena aplicada a esse fato –, sendo indiferente as divisões estruturais de uma sentença para fins de caracterização de *bis in idem*.

Por fim, mostra-se relevante uma breve incursão sobre a vedação do *bis in idem* em relação ao conflito aparente de normas penais. A própria finalidade das regras de unidade normativa é evitar que o mesmo contexto fático criminoso seja punido mais de uma vez, ainda que formalmente preenchidos os requisitos de mais de um tipo penal.

Entre os critérios de resolução do conflito aparente de normas, certamente aquele que comporta as maiores discussões é a concussão. De acordo com esse preceito, o tipo principal absorve o conteúdo do injusto do tipo secundário que o acompanha. Nesses casos, o tipo absorvido não faz parte do conteúdo conceitual do tipo principal. A controvérsia reside no tratamento jurídico que lhe é conferido, principalmente no que se refere aos reflexos das circunstâncias fáticas do tipo desprezado na individualização da pena. Quanto a isso, formou-se na doutrina nacional um consolidado entendimento no sentido de que na aplicação da regra da concussão as circunstâncias do tipo consumido sequer poderiam gerar efeitos na determinação da pena<sup>12</sup>. Todavia, tal posicionamento importa em uma incongruência sistêmica.

O entendimento acima exposto pode ser rechaçado perante três considerações. A primeira é que, embora se confira um tratamento jurídico diferenciado ao conflito aparente de normas, isso não quer dizer que as circunstâncias fáticas contempladas pelo tipo absorvido sejam inexistentes ou juridicamente irrelevantes. A segunda, conforme já explanado anteriormente, dispõe que a vedação ao *bis in idem* impede que o mesmo fato seja punido duas vezes, mas não proíbe, por si só, que circunstâncias diversas possam ser valoradas na quantificação da punição. Finalmente, a última consideração apela a questões de equidade e proporcionalidade, pois muitas vezes o crime-meio absorvido lesa outros bens jurídicos distintos dos tutelados pela figura típica principal,

A própria finalidade das regras de unidade normativa é evitar que o mesmo contexto fático criminoso seja punido mais de uma vez

como nos exemplos dos delitos de falsidade absorvidos pelo estelionato ou no delito de violação de domicílio absorvido pelo furto ou roubo à residência. Ignorar tais aspectos na determinação da pena importa conferir a esses casos o mesmo tratamento jurídico dispensado a eventos de menor gravidade e menos lesivos no caso concreto.

Visando manter a coerência do ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência germânicas apresentam entendimento diverso em relação às repercussões do conflito de normas na determinação judicial da pena. Nesse sentido, Roxin<sup>13</sup> entende que o delito absorvido pode ser considerado na determinação da pena desde que as circunstâncias agravantes não pertençam ao tipo do delito principal. Também observa que a individualização da pena deverá, a princípio, observar o marco legal mínimo de pena imposto ao tipo desprezado, de modo que a aplicação do critério da consunção não implique uma pena inferior à qual seria aplicada caso apenas fosse praticada a conduta típica absorvida. Tais posicionamentos vêm sendo adotados pelos tribunais alemães, de maneira recorrente<sup>14</sup>.

O grande equívoco na ideia de que violaria o princípio do *ne bis in idem* o agravamento da pena fundado em uma circunstância já utilizada para aferir a existência de um delito reside na hipótese de se considerar o juízo de imputação como uma punição em si. Ora, a punição (pena) é uma só, que deriva de um ato de fala complexo, qual seja a sentença criminal condenatória. A antiquada posição ora criticada advém de uma confusão gramatical disseminada na prática forense, uma vez que não diferencia o efeito (a pena aplicada de maneira individualizada) da causa (o ato de condenação que o originou).

### 3. Graduação do injusto culpável

A segunda grande incorreção, que levou parte da doutrina e da jurisprudência brasileira a refutar a valoração dos elementos do delito na determinação judicial da pena, reside na ideia de que as circunstâncias fáticas subsumidas ao injusto culpável servem apenas para caracterizar o delito.

O consagrado conceito analítico de delito, sedimentado na maioria das construções dogmáticas do direito penal romano-germânico, dispõe que o crime é integrado por uma conduta típica, antijurídica e culpável<sup>15</sup>. A lógica tradicional do conceito traz consigo uma ideia disjuntiva, ou seja, busca-se por meio de um conceito delimitar quais as hipóteses que o integram, diferenciando-as daquelas que não lhe pertencem. Diversamente da realidade fática, em que as diversas situações concretas se apresentam em matizes difusas, o pensamento conceitual clássico se vale de limites bem determinados.

No âmbito jurídico-criminal, a operacionalização conceitual clássica atua de maneira semelhante, principalmente em relação à configuração do delito. Ainda que existam diversos casos práticos limítrofes, em que a caracterização do delito se mostre controvertida, não há uma zona cinzenta formada por situações de quase-delitos. Em direito penal, ou uma conduta é classificada como crime ou não é, ainda que a verificação de determinadas condições fáticas possa importar em diminuição da pena.

O estudo realizado pelos filósofos Carl Gustav Hempel e Paul Oppenheim, publicado em 1936 na obra *Der Typusbegriff im Lichte der Neuen Logik*<sup>16</sup>, contrapõe a noção conceitual da lógica clássica ao apresentar a diferença entre conceitos de classe (*Klassenbegriffe*) e conceitos de ordem (*Ordnungsbegriffe*). Enquanto os conceitos classificatórios se apresentam em limites aparentes, dentro dos quais um fenômeno individual pode estar incluso ou não, os conceitos ordenatórios oferecem propriedades graduáveis, que permitem a disposição dos fenômenos individuais de acordo com a sua medida, ordenados de forma hierárquica.

Traduzindo esses conceitos para o sistema penal, percebe-se que a resposta oferecida pelo juízo de imputação parte da análise classificatória sobre uma conduta ser ou não um crime, ao passo que o juízo de individualização da pena se utiliza de conceitos ordenatórios para valorar a gravidade dessa conduta mediante a adoção de uma escala de proporcionalidade ordinal<sup>17</sup>. Ocorre que tais conceitos não se propõem a representar a realidade, pois apenas organizam os fenômenos individuais em razão de alguma finalidade metodológica. Por conta

disso, a mesma circunstância fática pode ser submetida tanto a uma conceituação classificatória quanto ordenatória, a depender do objetivo na análise.

Valendo-se das noções apresentadas por Hempel-Oppenheim e as transportando para o pensamento jurídico, ainda na década de 1930 Radbruch<sup>18</sup> assinala que a legislação tende a se valer de conceitos classificatórios, o que dificulta a adequação de conceitos jurídicos à realidade. Todavia, em algumas hipóteses, o legislador confere ao arbítrio

A mesma circunstância fática pode ser submetida tanto a uma conceituação classificatória quanto ordenatória, a depender do objetivo na análise

judicial o ajuste das consequências jurídicas ao caso individual. Como exemplo dessa exceção legislativa, cita a determinação judicial da pena dentro dos limites legais. Para Radbruch, é correto mensurar a pena com base no conceito de delito, uma vez que a antijuridicidade e a culpabilidade, como elementos do crime, são graduáveis. Entretanto, observa ele que embora os elementos do delito possam ser graduados como conceitos de ordem, isso deve ocorrer dentro dos limites impostos pelo conceito de classe, que irá distingui-los do que não é delito.

Desse modo, conclui-se que embora o juízo de imputação normalmente ofereça uma resposta classificatória referente ao que é ou ao que não é crime, o injusto culpável é constituído por conceitos graduáveis, que podem ser valorados e organizados de acordo com a gravidade concreta observada pelo juízo de individualização da pena.

Ainda que tal concepção encontre dificuldade de alcançar o entendimento jurisprudencial brasileiro, em parte explicado pelo atraso dogmático vivenciado pelas teorias de determinação da pena em nosso país, é certo que a ideia de graduação dos elementos do delito para fins de determinação judicial da pena se encontra, há muito tempo, difundida na doutrina e na jurisprudência estrangeiras.

A título exemplificativo, extraído do tradicional pensamento dogmático alemão, Beling<sup>19</sup> entendia a pena como retribuição do injusto culpável, que deve ser proporcional à gravidade do fato. De forma se-



melhante, Maurach<sup>20</sup> defendia que a pena fixada no caso concreto deve representar uma justa expiação de um ato culpável. Por sua vez, na doutrina espanhola, Cerezo Mir<sup>21</sup> dedica ao tema um capítulo intitulado “*Lo injusto como magnitud graduable*”, assinalando que a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes pressupõe uma maior ou menor gravidade do injusto, de modo que a antijuridicidade não apresenta um conteúdo puramente negativo. Feijoo Sánchez<sup>22</sup>, seguindo a mesma ótica, proclama:

En general, se puede afirmar que la graduación de elementos que sirven para cualificar una determinada organización como un injusto penal de acuerdo con la formulación del concreto tipo penal deben afectar a la determinación o individualización de la pena.

Mas é na vanguarda da doutrina alemã de determinação da pena que essa linha de pensamento adquire maior relevância. De acordo com a proposta de Tatjana Hörnle<sup>23</sup>, que apresenta um modelo de determinação da pena proporcional ao fato (*Tatproportionalitätlehre*), a valoração da gravidade do delito parte de uma perspectiva normativa da vítima, incidindo sobre o injusto (conduta típica e antijurídica) após passar pelo filtro negativo da culpabilidade<sup>24</sup>. Ela expressamente reconhece que o injusto de um fato é graduável<sup>25</sup>, recaindo o juízo de valor justamente sobre os elementos externos do fato criminoso, inclusive sobre sua antijuridicidade e suas consequências. Outro expoente da nova geração de penalistas alemães, Grosse-Wilde<sup>26</sup> esclarece que a culpabilidade em sentido material (*Schuld*) se refere à reprovação pela prática dos fatos que compõe o injusto. Assim, admite-se o incremento da pena não só pela valoração dos elementos do injusto, mas também das condições de culpabilidade concretizadas no injusto. A divergência entre esses dois autores reside na diretriz de valoração dos elementos da culpabilidade (imputabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), pois enquanto que para Hörnle tal consideração só autoriza a redução da pena, para Grosse-Wilde é permitido o aumento da punição com bases nesses pressupostos, desde que exteriorizados no fato concreto.

Felizmente, nos últimos anos, a influência do pensamento germânico sobre a graduação do injusto vem gerando frutos na recente doutrina brasileira de determinação da pena. Nesse sentido, Tatiana Stoco<sup>27</sup> defende que a culpabilidade, como critério de medida da pena, deve se referir e se subordinar aos elementos do injusto. Assim, por exemplo, entende que a intensidade da violência no delito de roubo e o dano patrimonial no delito de furto devem ser valorados na individualização da pena<sup>28</sup>. Adriano Teixeira<sup>29</sup>, outro defensor da determinação da pena proporcional ao fato, é categórico:

No plano do injusto, deve-se esclarecer primeiramente que os elementos ou as elementares dos tipos penais não são unidades estáticas que apenas constituem os pressupostos básicos da incriminação, mas sim conceitos graduáveis, ou seja, também constituem objeto da aplicação da pena. Isso não constitui violação da proibição da dupla valoração ou do *ne bis in idem*.

À vista disso, diversas circunstâncias tidas como elementares do delito não só podem, mas em alguns casos devem ser consideradas pelo julgador no momento da individualização da pena. Mesmo em delitos em que a elementar é expressamente descrita na figura típica, como o emprego de violência, tal circunstância comporta valoração para fins de mensuração da sanção, justamente pela possibilidade de graduação do seu conceito. Embora a violência sirva como critério classificatório do delito, é certo que ela pode se manifestar empiricamente em diversos graus de intensidade, causando desde meros aborrecimentos até graves lesões. Mostra-se desarrazoado que a exteriorização, em diferentes níveis de gravidade, de um fenômeno relevante ao direito penal não encontre reflexos no grau de reprovabilidade manifestado pelo juízo de individualização da pena.

Essa mesma linha de raciocínio se aplica à possibilidade de valoração da escala de ofensa ao bem jurídico no caso concreto. Se é admissível, nos delitos patrimoniais, que algumas lesões sejam materialmente insignificantes, o mesmo critério de valoração pode ser aplicado para traduzir a gravidade da lesão ao bem jurídico em quantidade de punição. Trata-se de uma impropriedade técnica a afirmação de que o

prejuízo patrimonial não pode ser considerado na individualização da pena do delito de furto, uma vez que o valor do bem comporta graduação sob uma perspectiva *ex ante* (prognóstico de lesão), importando um maior desvalor de ação, ou sob uma perspectiva *ex post* (efetiva lesão), avaliado como consequências do crime<sup>30</sup>.

O reconhecimento do injusto culpável como um conceito graduável, cujos elementos servem de substrato para a mensuração da pena, permite ao juiz uma maior adaptabilidade da sanção às peculiaridades do caso concreto, de modo a priorizar a proporcionalidade com o fato. Além dos exemplos já citados, a ampla valoração da conduta típica permite que diversas ofensas diretas aos bens penalmente protegidos reverberem na quantidade de punição. De forma similar, outras situações fáticas relevantes, ainda que não se mostrem aptas a excluir a ilicitude ou a culpabilidade, podem atenuar a responsabilidade do agente quando admitidas como hipóteses redutoras da pena.

A despeito da possibilidade de o julgador determinar a pena com base em elementares do delito, é certo que a utilização de tais fatores demanda uma fundamentação adequada, bem como uma análise de sua pertinência jurídica. Assim, a mera referência a circunstâncias típicas, como “grave ameaça” ou “vantagem ilícita”, é insuficiente para justificar o agravamento da punição, não em razão de eventual *bis in idem*, mas sim pela ausência de fundamentação idônea. Nessas hipóteses, caso queira utilizar tais elementos para a acentuar a sanção, o julgador deverá indicar os fundamentos que relevem uma maior reprovabilidade da conduta. Em certos casos, muitas circunstâncias que não são valoradas sob o argumento de que são “próprias do delito” em verdade refletem apenas a irrelevância sob o prisma jurídico-penal. Exemplificativamente, o ínfimo prejuízo financeiro suportado pela vítima em um delito patrimonial não deixa de ser uma consequência do crime – tal circunstância não deve ser considerada necessária do delito, uma vez que a hipótese de ausência de prejuízo é possível –, porém tal consequência não gera um aumento da punição em virtude da sua insignificância no âmbito do direito penal. Dito de outro modo, o que ocorre nas hipóteses citadas é uma ausência de reprovabilidade penal adicional que legitime um incremento na punição.

## Considerações finais

Embora o título do presente trabalho faça alusão à ausência de *bis in idem* na consideração dos elementos do delito durante a individualização da pena, isso não exclui as hipóteses em que a vedação à dupla punição legitimamente restrinja tal análise, mas apenas sugere que a valoração dos elementos do delito, *a priori*, não se mostra incompatível com a determinação judicial da sanção. Esse raciocínio é embasado, principalmente, no fundamento de que o injusto culpável é formado por conceitos graduáveis e que a sua valoração pelo juízo de individualização da pena apenas quantifica a punição autorizada pelo juízo de imputação.

O posicionamento jurisprudencial brasileiro sobre a possibilidade de consideração dos elementos do delito no juízo de determinação da pena deve ser atualizado, caso se nutra alguma pretensão de aplicação de penas de acordo com a proporcionalidade com o fato. Do contrário, ao invés de uma punição orientada pela efetiva ofensa ao bem jurídico percebida a partir dos elementos essenciais do delito – ou seja, do injusto culpável –, a quantidade de pena concretamente aplicada continuará a ser determinada por periféricos fatores objetivos ou por fatores puramente subjetivos.

## Notas

1. Fernando Bardelli Silva Fischer. Juiz de Direito. Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal do Paraná e pelo Centro Universitário Curitiba. Professor da Escola da Magistratura do Paraná.
2. DOLCINI, Emilio. *La commisurazione della pena*. Padova: Cedan, 1979. p. 2-5.
3. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999. p. 188-197.
4. Código Penal, Artigo 59: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.
5. MUÑOS CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 108-109.

6. “A ponderação das circunstâncias elementares do tipo no momento da aferição do cálculo da pena-base configura ofensa ao princípio do *non bis in idem*” (STF, HC 117.599). No mesmo sentido, encontram-se vários julgados: STF, HC 85.507; STJ, HC 97.509/GO; STJ, HC 198.665/DF; STJ, HC 301.109/SP; STJ, HC 58.596/DF 2006/0096410-9.
7. NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 146.
8. ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005. p. 1-18.
9. AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962. p. 12-15, 67-69, 108-119 e 150.
10. FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011; VON HIRSCH, Andreas; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005; DUFF, R. Antony. *Punishment, communication, and community*. New York: Oxford University Press, 2001; HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
11. DUFF, R. Antony. *Punishment, communication, and community*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 129.
12. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 426.
13. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general, tomo II: especiales formas de aparición del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña (Dir). Madrid: Civitas, 2014. p. 1017.
14. BGHSt: 1, 152, 155; 6, 27; 19, 189, 33, 142, 147 e BGHSt: 1, 156; 7, 312; 10, 315; 15, 346; 19, 189; 20, 238.
15. VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Trad. Margaret Hiley. Berlin: Springer, 2014. p. 131-132.
16. HEMPEL, Carl Gustav; OPPENHEIM, Paul. *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*. Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1936. p. 10-43.
17. Há duas espécies de proporcionalidade quando se pretende escalonar a pena de acordo com a gravidade da ofensa. A primeira delas é a proporcionalidade cardinal ou absoluta, cuja função é determinar os limites máximo e mínimo de um sistema de punição. A segunda é a proporcionalidade ordinal ou relativa, que, dentro dos marcos estabelecidos pela proporcionalidade cardinal, busca graduar a severidade das penas em paridade com a escala de gravidade dos crimes. Em VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017. p. 56-59.
18. RADBRUCH, Gustav. Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico. Trad. Guzmán Dalbora. In: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2009, n. 11-r3. p. 7.

19. BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito – tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 23-24.
20. MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. p. 79-81.
21. CEREZO MIR, José. *Derecho penal*, parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 781-788.
22. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 719.
23. HÖRNLE, Tatjana. Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposion der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart”*. Berlin: de Gruyter, 2010. p. 105-137.
24. Hörnle também considera que a culpabilidade, como elemento do conceito analítico do delito, comporta graduação. Todavia, considerando o seu papel limitador da responsabilidade, a culpabilidade só poderia ser graduada para baixo, ou seja, diminuído a pena. Em HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003. p. 68-76.
25. HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003. p. 49.
26. GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 95-115.
27. Stoco importa do direito alemão a relevante distinção entre culpabilidade como elemento orientador da determinação da pena (*Strafzumessungsschuld*) e culpabilidade como elemento do delito. Enquanto a primeira definição encontra seu substrato valorativo no injusto, a segunda limita a pena ao somente admitir sua graduação para reduzir a responsabilidade do agente. Em STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 37-42 e 69-71.
28. STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 155-159.
29. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 122.
30. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: *InDret 2/2007*. Barcelona: InDret, Abr. 2007. p. 12-13.

## Referências

- AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962.
- BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito – tipo*. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- CEREZO MIR, José. *Derecho penal, parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- DOLCINI, Emilio. *La commisurazione della pena*. Padova: Cedan, 1979.
- DUFF, R. Antony. *Punishment, communication, and community*. New York: Oxford University Press, 2001.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2007.
- FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgsszurechnung in der Strafzumessung: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- HEMPEL, Carl Gustav; OPPENHEIM, Paul. *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*. Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1936.
- HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes*. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposion der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*. Berlin: de Gruyter, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.
- MUÑOS CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RADBRUCH, Gustav. Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico. Trad. Guzmán Dalbora. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2009, n. 11-r3.
- ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

- ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general, tomo II: especiales formas de aparición del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña (Dir). Madrid: Civitas, 2014.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: *InDret 2/2007*. Barcelona: InDret, Abr. 2007.
- STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017.
- \_\_\_\_\_; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- VORMBAUM, Thomas. *A modern history of German criminal law*. Trad. Margaret Hiley. Berlin: Springer, 2014.



# O incidente de resolução de demandas repetitivas à luz dos deveres legais de integridade e coerência

**Henrique Kurscheidt<sup>1</sup>**

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

**Resumo:** O presente estudo objetiva investigar se a sistemática do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), que tem por escopo estabelecer tese jurídica vinculante para aplicação em processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, é compatível com as exigências de integridade e coerência trazidas pelo art. 926 do Código de Processo Civil. Para tanto, tomou-se como referencial teórico a doutrina do filósofo norte-americano Ronald Dworkin e sua concepção do direito como integridade, bem como dos conceitos correlatos de interpretação construtiva, comunidade personificada, moralidade política e resposta correta. Após exame analítico de tais construções doutrinárias, revelou-se que inexistente incompatibilidade entre a sistemática instituída pelo incidente de resolução de demandas repetitivas e a concepção dworkiniana do direito, que reconhece a existência de níveis diferentes de integridade, decorrentes das limitações institucionais com as quais o direito contemporâneo inevitavelmente terá que conviver. Ressalvou-se, no entanto, que isso não autoriza a simplificação do ato decisório por meio da aplicação das decisões oriundas do IRDR de forma subsuntiva aos demais casos e sem a interpretação do fenômeno jurídico como um todo, à luz dos princípios da moralidade política, visando encontrar a resposta jurisdicional que reflita na maior medida possível e na proporção adequada os princípios de

justiça, equidade e processo justo, bem como a necessidade de contínua avaliação filosófica tendente a definir qual é o direito que, livre dessas amarras institucionais, realizaria a virtude política da justiça em seu maior grau. Perquire-se se a sistemática atualmente estabelecida encontrou o justo equilíbrio entre as virtudes políticas da justiça, equidade e devido processo legal adjetivo e mostra nossa comunidade política em sua melhor luz ou se esse capítulo de nossa história jurídica-institucional deverá ser futuramente considerado como um equívoco a ser corrigido.

## Introdução

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC), ao mesmo tempo em que atribuiu aos tribunais o dever de tornar sua jurisprudência “estável, íntegra e coerente” (art. 926), criou diversos institutos que, visando imprimir celeridade ao processo, reduzem a liberdade decisória do julgador. Em razão dessa restrição, pode-se vislumbrar possível incompatibilidade da sistemática de tais institutos com os deveres legais previstos no art. 926, sobretudo com as noções de integridade e coerência.

Dentre estes novos institutos, destaca-se o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), previsto no art. 976 do CPC, que visa estabelecer tese jurídica vinculante para aplicação em processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito.

Assim, o presente artigo visa analisar se o IRDR é compatível com as noções de integridade e coerência, tomando-se como referencial teórico, em tal análise, a doutrina de Ronald Dworkin e sua concepção do direito como integridade.

## 1. O incidente de resolução de demandas repetitivas

O CPC prevê, em seu art. 926, que os tribunais possuem o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Visando a consecução da almejada uniformização jurisprudencial, o CPC instituiu, entre outros instrumentos, a possibilidade de instauração,

no âmbito dos tribunais, do chamado incidente de uniformização de demandas repetitivas – IRDR. O incidente tem cabimento quando houver “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976), para fixação de “tese jurídica” que será obrigatoriamente aplicada “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito” e “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986” (art. 985), sob pena de cassação da decisão que a inobservar, por meio de reclamação ao tribunal (art. 988, IV).

A tese jurídica resultante do julgamento do IRDR possui observância obrigatória (art. 927, III) e sua revisão somente pode ser promovida no âmbito do próprio tribunal que a fixou, mediante fundamentação adequada e específica e considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º). Os processos posteriores ao julgamento do IRDR que contenham pedidos contrários à tese estabelecida comportam julgamento de improcedência liminar (art. 332, III) e os recursos que tratem de sua (in)aplicação podem ser julgados monocraticamente (art. 932, IV, “c” e V, “c”).

A sistemática estabelecida pelo novo instituto, que impõe a observância da tese firmada, vai ao encontro dos deveres de uniformização e estabilidade instituídos pelo supramencionado art. 926. Contudo, não se tem a mesma clareza em relação à compatibilidade de tal sistemática com as noções de integridade e coerência trazidas pelo mesmo art. 926.

## 2. Integridade e coerência

A terminologia empregada na redação do art. 926 do CPC, ao instituir os deveres legais de integridade e coerência, foi nitidamente influenciada pela doutrina de Dworkin e seu conceito de direito (Streck, 2017, p. 1.214-45). A opção realizada pelo legislador é objeto de críticas oriundas de relevante parcela da doutrina, que aponta que a tomada de posição legislativa em tema doutrinário tão controverso como o conceito de di-

reito é desnecessária para operacionalização da lei processual civil e não deveria ter sido objeto de expressa disposição legal (Marino, Arenhart e Mitidiero, 2018).

Tais críticas são refutadas por Lenio Streck que, embora reconheça que se trata de matéria efetivamente controversa no campo doutrinário, sustenta a legitimidade da opção legislativa, embasada no entendimento de que tal configuração teórica é a mais adequada às exigências cons-

O direito como integridade, segundo a concepção de Dworkin, demanda que o julgador encare o fenômeno jurídico a partir da perspectiva de uma interpretação construtiva

titucionais. Aponta, ainda, que os termos integridade e coerência não são unívocos, podendo também ser compreendidos no sentido “lato” e com significação diversa daquela que lhes é atribuída pela concepção de Dworkin, não se podendo negar que o direito, nesse sentido, deve ser íntegro e coerente (2017. p. 1.216).

Em que pese a controvérsia doutrinária acerca do acerto ou não da adoção da terminologia dworkiniana em nosso direito positivo, dada a opção realizada pelo legislador, a concepção de Ronald Dworkin será utilizada no presente trabalho como parâmetro e referencial teórico na análise da compatibilidade da sistemática instituída pelo IRDR com os deveres de integridade e coerência exigidos pelo art. 926 do CPC.

O direito como integridade, segundo a concepção de Dworkin, demanda que o julgador encare o fenômeno jurídico a partir da perspectiva de uma interpretação construtiva, voltada, ao mesmo tempo, para o passado e para o futuro, mas a partir de um olhar centrado na contemporaneidade, como um conjunto coerente de princípios de moral política e tendo como pressuposto que os direitos e deveres, que constam ou derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, foram todos criados por um mesmo autor: a comunidade personificada. Sob tal perspectiva, o julgador deve almejar dar à prática jurídica interpretação que a revele sob sua melhor luz, ou seja, dando aos institutos jurídicos a melhor e mais coerente interpretação em vista da história jurídico-ins-

titucional, da moral política e da legislação em vigor (Dworkin, 2014b, p. 271-2).

## 2.1 Interpretação construtiva

Para compreensão do conceito exposto acima, é necessário, antes de tudo, compreender o que Dworkin chama de “interpretação construtiva”. O autor sustenta que a interpretação da prática jurídica é semelhante à interpretação artística, por buscar compreender essencialmente o propósito de algo criado como uma entidade distinta de seus autores, diferenciando-se, por esse aspecto, da interpretação da conversação, que objetiva elucidar a intenção do orador ao fazer determinada afirmação, e da interpretação científica, que visa descrever e compreender fatos não criados por pessoas. O autor prossegue afirmando que a interpretação construtiva não se limita a encontrar esse propósito ou significado, mas também reconstrói o objeto da interpretação sob sua luz, compreendendo-o e tentando atribuir-lhe o máximo de valor a partir dessa perspectiva, de forma que, nesse processo, valor e conteúdo se confundem (Dworkin, 2014b, p. 56-65).

Visando refinar a interpretação construtiva e transformá-la em instrumento adequado à análise do direito enquanto prática social, Dworkin a divide analiticamente em três diferentes etapas: uma primeira “pré-interpretativa” na qual o intérprete identifica as “regras e padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática”; uma segunda “interpretativa”, na qual o intérprete busca identificar uma “justificativa geral” para a prática identificada na etapa antecedente e que, embora não precise ajustar-se integralmente a cada detalhe de tal prática, “deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática”; e, por fim, uma derradeira “etapa pós interpretativa ou reformuladora”, na qual o intérprete definirá o que a justificativa geral identificada na etapa interpretativa realmente demanda da prática analisada, ou seja, buscará identificar de que forma tal prática pode melhor servir à tal justificativa (2014b, p. 56-65).

## 2.2 Backward and forward-looking

Ao afirmar que a interpretação do fenômeno jurídico, na perspectiva do direito como integridade, deve ser realizada a partir de uma perspectiva voltada para contemporaneidade, mas sem desconsiderar o passado e o futuro (backward and forward-looking), Dworkin distancia sua concepção do direito do convencionalismo e do pragmatismo, situando o direito como integridade como verdadeiro meio termo entre esta e aquela concepção.

Assim, o direito como integridade se volta para o passado com o objetivo de encontrar princípios que justifiquem e organizem coerentemente sua história, se necessário reconhecendo eventuais desvios de rota ou equívocos passados, e compor “uma história geral digna de ser contada” e que permita afirmar que “a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado” (Dworkin, 2014b, p. 274).

Em relação à perspectiva futura, a integridade demanda que o intérprete do direito adote determinada linha interpretativa ao analisar um caso concreto somente quando considere que os mesmos princípios que sustentaram tal interpretação serão também os mais adequados para análise e solução de casos futuros (Rosenfeld, 1998, p. 28).

Este dever de coerência está estritamente relacionado à doutrina da responsabilidade política do mesmo autor, segundo a qual “as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar” (Dworkin, 2010, p. 137-9).

## 2.3 Romance em cadeia, moralidade política e resposta correta

Nessa perspectiva, os juízes atuam como autores e críticos do direito como integridade, acrescentando novos detalhes à tradição que interpretam a cada julgamento e que serão futuramente levados em consideração por eles mesmos e por outros juízes ao decidirem casos futuros. Para ilustrar essa dinâmica, Dworkin compara a construção e interpretação da tradição jurídica a um gênero literário artificial chamado por ele de “romance

em cadeia”, no qual cada juiz, ao decidir um novo caso, deve se considerar autor de um romance escrito coletivamente por todos aqueles que o antecederam e no qual lhe cabe escrever um novo capítulo, que deve guardar conformidade e harmonia com os capítulos antecedentes, como se todos tivessem sido escritos por um único autor (Dworkin, 2014b, p. 275-6).

Dworkin divide a tarefa interpretativa do autor que pretende dar continuidade a esse projeto literário coletivo em duas dimensões. A primeira delas consiste em um juízo de adequação, na qual o autor deverá encontrar uma ou mais interpretações compatíveis com o texto já escrito e que possua um “poder explicativo geral” da história contada até aquele ponto. Ainda que em alguns casos não se possa obter sucesso total nessa busca por adequação e encontrar uma interpretação que se adeque a cada segmento do texto anterior, devem ser descartadas as interpretações manifestamente inadequadas ao restante da obra, ou seja, aquelas que descrevem uma trama que jamais poderia ser fruto do trabalho de um único autor. Se nem esse sucesso parcial puder ser alcançado, ou seja, se cada interpretação possível se mostrar frontalmente incompatível com o restante da obra, a alternativa será o abandono do projeto interpretativo, pois, nessa hipótese, “nada por ser considerado como continuação do romance: é sempre um novo começo” (Dworkin, 2014b, p. 278).

Superado esse juízo inicial de adequação, o autor deve selecionar, dentre as interpretações que se mostrarem adequadas à obra já escrita, qual delas resulta no melhor romance possível, considerados todos os aspectos, inclusive as considerações formais e estruturais relacionadas à primeira dimensão da interpretação. Dworkin destaca que o autor, ao decidir qual é a melhor maneira de interpretar e escrever o próximo capítulo da obra coletiva, embora não esteja mecanicamente coagido pelo restante da obra, também não detém total liberdade criativa, como possuiria se estivesse a escrever uma obra individual. Nesse ponto, o da escolha da interpretação que resulta no melhor romance, o jurista utilizará critério diverso daquele que orienta o romancista, pois para aquele “a melhor história será a melhor do ponto de vista da moral política, e não da estética” (Dworkin, 2014b, p. 286).

Ao se referir à moral política como critério de seleção das diversas interpretações possíveis, Dworkin não se refere à moral do conjunto da

população ou da maioria de seus integrantes e sim à moral da “comunidade personificada”, da moral de um ente político, dotado de princípios e responsabilidades próprios, e que não se confunde com a de seus membros. A esse respeito, o autor ressalta que “a comunidade tem seus próprios princípios que pode honrar ou desonrar, que ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de maneira hipócrita, assim como o fazem as pessoas” (Dworkin, 2014b, p. 277-8).

Segundo tal concepção, a moral política busca definir “o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial”. Além das virtudes políticas clássicas de equidade, justiça e processo legal adjetivo, oriundas da teoria política axiomática utópica, Dworkin sustenta que a moralidade política exige que o Estado, considerado como agente moral, “tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns”, e que tal exigência decorre da virtude da integridade política, que “constitui a vida do direito tal qual o conhecemos” e impõe ao Estado um dever de coerência de princípio (2014b, p. 201-3).

Prosseguindo na construção do “romance em cadeia”, o julgador, pautado na moralidade política, mas sem deixar de acionar seus valores pessoais, deve selecionar, dentre as interpretações que passaram pelo teste inicial de adequação à história já escrita, aquela que mostra os princípios da comunidade sob sua melhor luz, ou seja, aquela que resulta na melhor história possível, considerados todos os aspectos (Dworkin, 2014b, p. 298). A solução encontrada deve ser a melhor para o caso analisado, devendo também justificar coerentemente as decisões políticas tomadas no passado e permitir a replicação de seus fundamentos em casos futuros.

Diante desse grave dever de integridade e coerência com o passado e o futuro institucional é necessário que o julgador “ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo” (Dworkin, 2014b, p. 294). A resposta encontrada, ou seja, a interpretação que sobrevive ao teste inicial de adequação e se revela aquela mais coerente com



a moralidade política da comunidade e mostra seus princípios sob sua melhor luz, seria, na concepção de Dworkin a “resposta correta”.

Assim, os deveres legais de coerência e integridade, compreendidos sob a ótica dworkiniana, exigem que o “jugador aplique o Direito em sua totalidade fenomênica, isto é, lançando sempre olhares para o passado o para o futuro na tentativa de construir para o caso concreto uma decisão que seja demonstravelmente a mais adequada possível” (Schmitz, 2015, p. 334).

### **3. O IRDR à luz dos deveres legais de integridade e coerência**

A sistemática instituída pelo IRDR tem como traço marcante o caráter vinculante e obrigatório da tese oriunda de seu julgamento, tratando-se de instituto orientado por aquilo que Dworkin chama de “doutrina estrita dos precedentes” (2014b, p. 31). Esse caráter vinculante constitui ferramenta hábil à consecução dos deveres de uniformidade e estabilidade previstos no art. 926 do CPC.

Por outro lado, pode-se vislumbrar possível incompatibilidade entre a sistemática trazida pelo IRDR e a almejada integridade e coerência do direito, também exigidas pelo art. 926 do CPC, quando compreendidas sob a luz da concepção dworkiniana. Nesse sentido é a posição sustentada por Flávio Barbosa Quinaud Pedron, Conceição Lourdes Xavier e Fábio Silva Azevedo (2015).

Dworkin, no entanto, reconhece a necessidade de o direito como integridade coexistir com essas inevitáveis limitações institucionais, diante do caráter complexo da prestação jurisdicional. Como demonstra o autor, outros princípios da moralidade política, como a supremacia legislativa e devido processo legal, legitimam essa espécie de restrição. Dessa forma, embora possam constituir obstáculo à adoção da solução interpretativa que representaria a melhor justificativa para o direito como um todo, não podem deixar de ser observadas pelo julgador, sob pena de violação ainda mais severa à integridade do direito (2019b, p. 483).

Dworkin denomina a integridade resultante da aplicação do direito mediante a observância de tais limitações institucionais de “integridade inclusiva”, que exige do juiz, a partir de tais limitações, a construção de

uma “teoria geral do direito contemporâneo [...] que reflita, tanto quanto possível, os princípios correntes de equidade política, justiça substantiva e devido processo legal adjetivo, [...] combinados na proporção adequada” (2019b, p. 483).

Em contraposição, a “integridade pura” seria o produto de uma avaliação abstrata, livre das amarras institucionais e na qual se pretende “considerar o que o direito seria se os juízes fossem livres simplesmente para buscar coerência nos princípios de justiça que permeiam e unem as diferentes áreas do direito”. Essa forma especial de integridade se relaciona com a virtude política da justiça, que, segundo Dworkin, possui um papel especial na construção de uma comunidade de princípios, tendo em vista que, enquanto as demais virtudes são “de maneiras diferentes, ligadas a instituições específicas dentro da comunidade” e “atribuem responsabilidades diferentes a diferentes autoridades, diferentemente situadas”, a virtude da justiça “refere-se àquilo a que a comunidade personificada, abstraindo-se de responsabilidades institucionais, deve por si só obter” (2014b, p. 486).

Assim, enquanto o direito contemporâneo, declarado e aplicado pelo juiz, é orientado pela integridade inclusiva, a integridade pura aponta a direção e define um direito mais puro, que seria resultante da aplicação direta e irrestrita da virtude política da justiça, livre das amarras institucionais decorrentes da equidade e do processo justo.

Dworkin situa o debate entre as diferentes concepções do que seria o direito puro “em sua busca pela integridade, entendida do ponto de vista da justiça apenas” (2014b, p. 486) no plano da teoria política utópica e da moral política abstrata, mas que não deixa de pertencer ao direito, na medida em que “cada competidor começará a estabelecer um esboço contemporâneo do futuro que celebra” e que “os imperativos da integridade sempre desafiam o direito de hoje com as possibilidades de amanhã, e que toda decisão em um caso difícil é um voto para um dos sonhos do direito” (2014b, p. 487).

Assim, embora a sistemática instituída pelo IRDR limite a amplitude interpretativa do juiz e talvez contrarie o “espírito geral” do direito como integridade, não nos parece correto concluir pela existência de total incompatibilidade entre esta concepção do direito e tal sistemática,

tratando-se de mais uma das inevitáveis limitações institucionais com as quais o direito contemporâneo, orientado pela integridade inclusiva, deve conviver. Por outro lado, sob a perspectiva da integridade pura, cabe continuamente questionar se esta espécie de solução é a que permite a realização da virtude política da justiça em seu maior grau e mostra nossa comunidade política sob sua melhor luz.

Evidentemente, admitir a possibilidade de convívio do direito como integridade com limitações institucionais tais como a sistemática instituída pelo IRDR não significa eximir o juiz de seu hercúleo papel de interpretar o direito de forma íntegra e coerente e de buscar encontrar a resposta jurisdicional que reflita na maior medida possível e na proporção adequada os princípios de justiça, equidade e processo justo. A compatibilidade de tal sistemática com as noções de coerência e integridade exige que o julgador encare as limitações dela decorrentes também sob a perspectiva de uma interpretação construtiva, ou seja, buscando compreendê-las de forma que mostre nosso sistema jurídico sob sua melhor luz.

Consequentemente, não há espaço para aplicação meramente subsuntiva da tese oriunda de IRDR, que deverá ser obrigatoriamente submetida à interpretação, à luz dos deveres de integridade e coerência e considerando o Direito em sua totalidade, para definição da “resposta correta” e específica para o caso concreto submetido à apreciação jurisdicional.

## Conclusão

Conclui-se que inexistente incompatibilidade entre os deveres legais de integridade e coerência e a sistemática instituída pelo IRDR, tendo em vista que existem diferentes níveis de integridade e que o direito contemporâneo, declarado e aplicado pelos juízes, sempre terá que lidar com limitações institucionais à amplitude de sua liberdade decisória, quer sejam decorrentes da supremacia legislativa ou da doutrina estrita dos precedentes.

A despeito do direito contemporâneo ter que inevitavelmente conviver com limitações institucionais dessa natureza, a virtude política da justiça demanda o contínuo repensar do direito do futuro e o aprimora-

mento da sistemática atualmente estabelecida visando alcançar o justo equilíbrio entre as virtudes políticas da justiça, equidade e devido processo legal adjetivo.

## Nota

1. Henrique Kurscheidt. Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

## Referências

- ABBOUD, Georges apud SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco espinho: justiça e valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014a.
- \_\_\_\_\_. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- \_\_\_\_\_. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.
- MARINONI, ARENHART e MITIDIERO. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; XAVIER Conceição Lourdes e AZEVEDO Fábio Silva. O Novo Código de Processo Civil e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Revista CEJ, Brasília: Ano XIX, n. 67, p. 94, set-dez. 2015.
- ROCHA, Leonel Severo da. apud SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ROSENFELD, Michel. Just interpretations: law between ethics and politics. Los Angeles: University of California Press, 1998.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- STRECK, Lenio. Art. 926. In: NUNES e CUNHA (org.). Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1214-1215.
- STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. Art. 927. In: NUNES e CUNHA (org.). Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1243.
- WITTMANN, Ralf-Thomas apud BRASIL. Código de Processo Civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal. 2015. p. 30). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 08 set. 2019.

# Dandara, projetos de lei, violência e exclusão da comunidade LGBTI+<sup>1</sup>

**Denise Antunes<sup>2</sup>**

Juíza de Direito aposentada do Tribunal de Justiça do Paraná

*“Oh, I realize  
It’s hard to take courage  
In a world full of people  
You can lose sight of it all  
And the darkness it’s inside you  
Can make you feel so small  
But I see your true colors  
Shining through  
I see your true colors  
And that’s why I love you  
So don’t be afraid to let them show  
Your true colors  
True colors are beautiful  
Like a rainbow”*  
True Colors – Cyndi Lauper

A MORTE DA TRAVESTI DANDARA ocorreu no dia 15 de fevereiro de 2017, no Bairro Bom Jardim, Fortaleza, e veio à tona nas redes sociais após o compartilhamento do vídeo que mostra a travesti sendo agredida por um grupo no meio da rua. O vídeo, gravado por uma pessoa que está com o grupo de agressores, mostra parte da violência. A gravação tem 1 minuto e 20 segundos e termina quando os agressores colocam a vítima no carrinho de mão, após agressões com chutes, chineladas, pedaços de madeira, e descem a rua. Ela foi morta diante do brutal espancamento, por ser travesti<sup>3</sup>.

Noticiada a barbárie do espancamento de Dandara, tomou forma no Congresso Nacional o Projeto de Lei 7.702/17, do deputado Weverton Rocha (PDT-MA), conhecido como Lei Dandara, justamente em homenagem à travesti Dandara dos Santos, o qual inclui também o crime de racismo, embora vise mais os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero.

Nessa mesma ordem da busca em tipificar essas condutas criminosas com mais rigor, mas amparado na Comissão de Direitos Humanos, há o PL 7.292/17, da deputada Luizianne Lins (PT-CE), o qual acrescenta o LGBTcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e inclui o LGBTcídio no rol dos crimes hediondos. Mas é ainda só um projeto.

O Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo, e a violência (física, moral e social) é uma constante contra a comunidade LGBTI+. Está entre as quatro nações que mais matam ativistas envolvidos na causa LGBTI+. Tanto é assim, que o Atlas da Violência de 2019 realizado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada)<sup>4</sup> abre uma seção inédita acerca da violência contra a população LGBTI+. Consta que, segundo uma das bases utilizadas pela pesquisa (o canal de denúncias envolvendo os LBGTI+ = disque 100), houve um forte crescimento nos últimos seis anos nas denúncias de homicídios contra a população LGBTI+, que subiram de 5 casos em 2011 para 193 em 2017, totalizando um crescimento de 127%. Os pesquisadores compararam esses dados com informações do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), do Ministério da Saúde, e encontraram o mesmo resultado qualitativo. Em mais de 70% dos casos, os autores do crime são do sexo masculino, enquanto a maioria das vítimas é de homo ou bissexuais do sexo feminino. Ainda, o Atlas de 2019 traz números chocantes com 193 homicídios, 423 denúncias de lesão corporal e 1720 denúncias de violência em 2017 contra pessoas dessa comunidade.

Condutas de exclusão social são corriqueiras. Os estudantes da comunidade LGBTI+ são constantemente agredidos fisicamente, e ouvem comentários ofensivos a todo momento, sentem-se totalmente inseguros e acabam não mais frequentando a escola, faculdade etc. Há também a exclusão do mercado de trabalho, em face do preconceito. A

saúde não chega a atender as questões próprias da comunidade, pois há em torno de “752 mil transexuais no Brasil, contudo, existem ambulatorios especializados em apenas onze cidades. Já as instituições habilitadas pelo Ministério da Saúde para realizar a cirurgia de adequação sexual são quatro, localizadas em Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo”. E, quanto a eles, tem-se que a oferta do processo transexualizador – que inclui atendimento psicológico, hormonioterapia e cirurgias – pelo SUS só começou em 2008<sup>5</sup>.

Em cada área é percebida a exclusão dos LGBTI+, movimentada pelo ódio, preconceito e perversão humanas. Mas mesmo assim, a nossa casa legislativa fecha os olhos à comunidade LGBTI+.

O Supremo Tribunal de Justiça do nosso país vem socorrendo os direitos desses cidadãos, diante da inércia proposital da casa legislativa. Conta-se sempre com a atuação do STF, sendo que em junho de 2019 a corte suprema reconheceu a demora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTI+, e os ministros votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. Criminalizaram assim a homofobia e transfobia. Lembra-se também que antes outros direitos foram chancelados pelo Judiciário, como, por exemplo, o reconhecimento de direitos previdenciários, do casamento civil (ADPF 132, decidida em 2012) e também do direito de adoção por casais de mesmo sexo.

Quanto aos demais projetos de lei<sup>6</sup>, há os mais antigos: um deles alerta sobre as agressões sofridas pelos LGBTI+, e o PL 7.582/2014, de autoria da deputada Maria do Rosário (PT-RS), define os crimes de ódio e intolerância e estabelece formas para preveni-los, e para que os municípios, estados e União se engajem na criação de uma cultura de valorização e respeito da diversidade de classe e origem social em geral.

O Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais no mundo, e a violência (física, moral e social) é uma constante contra a comunidade LGBTI+

O PL define no rol de crimes de intolerância ações como violência psicológica e recusa ou impedimento de acesso a qualquer meio de transporte público. O texto, que aguarda para ser votado na Comissão de Direitos Humanos (CDH) da Câmara, estabelece também que a prática de crime de ódio é agravante para o crime principal e pode aumentar a pena de 1/6 até a metade.

Através do PL 7.524/14, do então deputado Jean Wyllys, pretende-se assegurar direitos para pessoas LGBTI+ também na velhice, pois busca-se a alteração no Estatuto do Idoso. Como a maioria dos projetos, esse também aguarda para ser votado na CDH da Câmara.

Conhecida como Lei Gabriela Leite, em homenagem a uma profissional do sexo militante de direitos humanos, tem também o PL 4.211/12, de Jean Wyllys, cuja proposta prevê dispositivos para combater a exploração sexual e estabelece que profissionais do sexo terão direitos trabalhistas assegurados, como aposentadoria após 25 anos de trabalho. Tal assunto atinge a classe LGBTI+, em face do número de travestis que recorrem à ocupação.

Esse quadro de estagnação total desses projetos na casa legislativa se deve à resistência conservadora, fundamentalismo, razões culturais e religiosas, e tal quadro preconceituoso gera o não andamento de projetos de imperiosa importância na defesa dos direitos humanos dos LGBTI+, tanto que o antigo e conhecido projeto da senadora Marta Suplicy (MDB-SP), o qual reconhece como entidade familiar a união estável entre duas pessoas e prevê que essa união possa ser convertida em casamento, está pronto para ser votado no plenário do Senado (PLS 612/2011). Tais questões já são admitidas pelo STF, como vimos acima.

Também o Estatuto das Famílias, ou PLS 470/2013, da senadora Lídice da Mata (PSB-BA), prevê a união homoafetiva e está em discussão na CHD do Senado. O relatório do senador João Capiberibe (PSB-AP) está pronto para ser votado desde 2014. Também a atuação do STF já surtiu efeitos.

Há ainda outros projetos como PL 5.002/13, dos deputados Jean Wyllys (PSol-RJ) e Erika Kokay (PT-DF), o qual facilita a mudança de nome e gênero sem que seja necessário recorrer à justiça e prevê que tratamentos a pessoas trans deverão ser oferecidos pelo SUS. Do mes-



mo modo, sabe-se que o STF acabou com a necessidade de autorização para cirurgia de mudança de sexo e de autorização judicial para a retificação do registro civil. Apesar do avanço, a alteração da lei é defendida por ampliar esses direitos e dar maior segurança legal.

Mais um projeto, o PLS 658/2011, da senadora Marta Suplicy (MDB-SP), também reconhece os direitos à identidade de gênero e à troca de nome e sexo nos documentos de identidade de transexuais (já admitidos na esfera judicial); e o PL 5.255/16, da deputada Laura Carneiro (MDB-RJ) modifica o registro civil do recém-nascido para incluir bebês intersexo; visa o projeto que o sexo do recém-nascido seja registrado como indefinido ou intersexo quando for atestado que as características físicas, hormonais e genéticas não permitem, até o momento do registro, a definição do sexo do registrando como masculino ou feminino. Também da deputada Laura Carneiro, o Projeto 422/2016 visa eliminar limitações à doação de sangue por pessoas LGBTI+, porque atualmente os doadores homens que tenham mantido relações sexuais com outros homens ou parceiras sexuais destes não podem doar por 12 meses.

O Estatuto da Diversidade, PLS 134/2018, surgiu de proposta de iniciativa popular. Possui 125 artigos, com uma gama de direitos à comunidade LGBTI+, como casamento, adoção e uso das técnicas de reprodução assistida para famílias homoafetivas e proteção contra a violência doméstica ou familiar, independente da orientação sexual ou identidade de gênero da vítima. Busca a integração de pessoas trans prevendo cotas na administração pública, uso de banheiro de acordo com a identidade de gênero e obrigatoriedade de instituições de ensino abordarem questões de gênero a fim de minar o preconceito. Também está assegurada na proposta o fim de tratamentos de reversão, chamados de “cura gay” e a criminalização da LGBTfobia.

Projetos de lei estão estagnados em nome do conservadorismo, fundamentalismo religioso e hipocrisia de políticos. Dita inércia exclui a comunidade LGBTI+ de seus direitos garantidos constitucionalmente, em afronta à dignidade humana.

Por sua vez, acerca de ações efetivas para redução e combate à violência à comunidade LGBTI+, devemos frisar a eficiência da educação

como movimento emancipador, e entende-se ser a melhor ação positiva, o instrumento principal para combater qualquer forma de violência numa nação. Levar ao conhecimento dos jovens assuntos vinculados ao gênero e sexualidade é muito importante para evitar o preconceito e o estigma que persiste na comunidade em apreço. A *educação e informação* sempre voltadas à comunidade como um todo, a fim de dar esclarecimentos e evitar que a ignorância gere o preconceito, sofrimento e condutas inadequadas. E quanto mais cedo possa ser repassado o

O conservadorismo e fundamentalismo religioso, mais uma vez, são barreiras eivadas de ignorância e preconceito, a inibir a implementação de políticas públicas voltadas aos LGBTI+

conhecimento, mais adequado e profícuo será o domínio da consciência do tema e suas particularidades. Aliás, pesquisas apontam que a maioria dos pais é a favor da educação sexual nas escolas<sup>7</sup>.

Ainda, é fundamental viabilizar a inserção dos LGBTI+ no mercado de trabalho para que possam ser inseridos na sociedade, e com a normalidade do quadro, afastar o preconceito. As políticas públicas devem propiciar segurança especializada e saúde pública, medidas essas que afastam a violência, o preconceito, ódio e qualquer pensamento nefasto acerca dos LGBTI+.

Quanto às políticas públicas, de responsabilidade dos três níveis de governo, devem direcionar suas intenções através de programas e ações que sejam efetivos no sentido de gerar movimento e mudanças na sociedade. Nesta seara, o conservadorismo e fundamentalismo religioso, mais uma vez, são barreiras eivadas de ignorância e preconceito, a inibir a implementação de políticas públicas voltadas aos LGBTI+.

Da monografia da pós-graduanda Camila Cristina de Castro Souza<sup>8</sup>, encontrada na internet, colhem-se informações sobre as iniciativas de políticas públicas para população LGBTI+ no país. Comenta a autora sobre a existência da *Coordenação Geral de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBTI+*, vinculada à SEDH; do *Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais*.

Acerca do Plano Nacional LGBTI+, alerta que não pode ser tido como um marco jurídico, porque não possui substrato legal, já que não foi aprovado sob a forma de decreto ou mesmo portaria, e a dotação orçamentária para ações voltadas ao combate à homofobia ainda é insuficiente. Um descaso já de partida.

Por curiosidade consta que a segunda versão do *Programa Nacional de Direitos Humanos 2 (PNDH 2)*, divulgado em 2002 pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, trazia dentre suas 518 ações, cinco que contemplavam “orientação sexual” como uma dimensão da “garantia do direito à liberdade, opinião e expressão” e dez relativas à “garantia do direito à igualdade” de “gays, lésbicas, travestis, transexuais e bissexuais”. Na primeira versão do PNDH, aprovada em 1996, já se pretendia atribuir aos direitos humanos o estatuto de política pública, seguindo recomendação aprovada na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em *Viena*, em 1993; mas não se fazia nenhuma alusão à população LGBTI+.

Nos anos 2000, importantes condutas foram tomadas em prol da população LGBTI+ no âmbito federal: em 2002 criação do “*Brasil Sem Homofobia (BSH) – Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT e de Promoção da Cidadania Homossexual*”, lançado em maio de 2004. Em 2008, realização da *I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais*, com o tema “Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (GLBT)”; e veio o lançamento do “Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais” (PNDCDH-LGBT) em 2009.

Comenta a pós-doutoranda que em 2004 o *Programa Brasil sem Homofobia*, apesar de tardio, trouxe propostas que não mais se restringiam ao universo do combate à epidemia de aids, como ocorria até então. Registra, como segunda iniciativa de impacto expressivo, e no governo do presidente Lula, que foi convocada a *I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais*, realizada de 5 a 8 de junho de 2008, sob responsabilidade da SDH, com o tema “Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania

de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais”, vindo a fortalecer o *Programa Brasil sem Homofobia*. Já em maio de 2009 foi lançado o “Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais” (PNPCDH-LGBTI+). Segundo o documento, os princípios que orientaram a elaboração do plano foram: igualdade e respeito à diversidade, equidade, laicidade do Estado, universalidade das políticas, justiça social, transparência dos atos.

O “*Plano Nacional LGBT*” surgiu como o principal resultado da Conferência Nacional LGBT, nele constando ações e diretrizes para a implementação, monitoramento e avaliação de políticas públicas de Estado direcionadas a combater a homofobia e garantir direitos para pessoas discriminadas em função de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Assevera Camila Cristina de Castro Souza que o documento praticamente saiu de circulação, não sendo disponibilizado na página de internet da SDH ou divulgado amplamente, e, como já dito acima, sequer chegou a ser instituído pelo governo na forma de decreto ou portaria, reproduzindo a inexistência formal que também caracterizou o “*Brasil sem Homofobia*”.

Políticas públicas na esfera estadual por vezes são constatadas e, notadamente, geram efeitos positivos. Como exemplo, notícia de maio de 2017<sup>9</sup> dá conta da variedade de ações voltada à comunidade LGBTI+ no estado do Pará. Consta que àquela época foi lançada a campanha “*Diversidade. Eu respeito. E você?*”, que integrou diversos órgãos para promover a inclusão social e o combate ao preconceito.

Consta que em 2016, 60 famílias LGBTI+ foram atendidas pelo *Cheque Moradia*, numa parceria entre a Companhia de Habitação do Pará (Cohab) e a Sejudh, e em 2017 foram entregues 25 cheques, sendo que com o recurso, é possível fazer melhorias na residência ou até mesmo construir uma casa. Um ambulatório de saúde para travestis e transexuais foi criado em 2015.

Havendo vontade política e contando com o imperioso trabalho de pessoas comprometidas com a causa, a movimentação em prol dos LGBTI+ é de importância ímpar na garantia dos direitos humanos dessa minoria tão refutada pelo ódio e violência.

Dandara, vítima desse ódio e violência, nunca poderá ser esquecida. O crime praticado contra ela poderia ser evitado se houvesse uma legislação de forte impacto, uma educação sexual adequada. Nenhuma política pública a socorreu; os agressores, com certeza, não tiveram qualquer educação acerca do tema, e a estrutura cultural dessas pessoas nunca restou influenciada por política pública estatal a lhes dar consciência sobre os direitos envolvidos e a covardia da ofensa ao ser humano por viver de acordo com seu querer.

Dandara deve ser lembrada como um signo da vítima do ódio por ser diferente, e que esteja presente sempre, bem viva na memória de todos.

## Notas

1. Sigla LGBTI+ = lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, intersexuais etc.
2. Denise Antunes. Juíza aposentada em 2020. Professora da Escola de Magistratura (EMAP) de Ponta Grossa, no ano de 1995, e em Curitiba, nos anos de 2005-2009. Pós-Graduada 'latu sensu' no Curso de Direitos Humanos ("Fundamentos Críticos: Los Derechos Humanos como procesos de lucha por la dignidad - IX Edición"), realizado pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha, de jan/fev de 2019. Cursando "Direitos Humanos e Questão Social", pós graduação na PUC-PR (EAD), iniciado em agosto de 2019, com finalização para setembro de 2020.
3. Leia a matéria completa aqui: <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/apos-agressao-dandara-foi-morta-com-tiro-diz-secretario-andre-costa.html>
4. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=34784&Itemid=432](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784&Itemid=432). Acesso em: 05/04/2020
5. Dados colhidos: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/luta-por-identidade>
6. Informações sobre os projetos de lei foram extraídas da matéria vista na Revista HuffpostBrasil, datada em 07/6/2018. Disponível em: [https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/06/os-13-projetos-de-lei-prioritarios-sobre-direitos-LGBTI+-que-estao-parados-no-congresso\\_a\\_23450721/](https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/06/os-13-projetos-de-lei-prioritarios-sobre-direitos-LGBTI+-que-estao-parados-no-congresso_a_23450721/)
7. A Organização das Nações Unidas (ONU) considera que a educação sexual está relacionada à promoção de direitos humanos – direitos das crianças e jovens e o direito que toda pessoa tem à saúde, educação, informação e não discriminação. Por essa razão, a ONU é favorável à implementação de um currículo para educação sexual nas escolas.  
E mais: sem a devida intervenção da educação, muito fácil que a criança seja submetida a conceitos e valorações distorcidos, fora da realidade e inadequadas

para cada fase de desenvolvimento da criança. Por certo, a educação sexual também é responsável em alertar a criança sobre situações que caracterizem casos de abuso ou violência sexual, ajudando sobremaneira na prevenção. Portanto, o adequado é que as conversas educativas sobre sexualidade comecem mesmo antes dos dez anos (essa idade também é ratificada pelo médico Jairo Bouer), no lar em que se vive e na escola, sendo que essa naturalidade será levada em consideração e na adolescência, outras questões como sexo seguro, virgindade, gravidez, homoafetividade etc., serão levadas e equacionadas com maior leveza e sem preconceitos pelo adolescente. Sobre Jairo Bouer, educador e pesquisador sobre educação sexual, veja entrevista lida no site <https://www.bbc.com/portuguese/geral-43052366>.

8. <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2015/pdfs/eixo7/politicas-publicas-para-populacao-LGBTI+-no-brasil-do-estado-de-coisas-ao-problema-politico-.pdf>
9. Disponível em: <http://www.seplan.pa.gov.br/pará-é-referência-nacional-em-políticas-LGBTI+>

# Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários

## **José Laurindo de Souza Netto<sup>1</sup>**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná

## **Gustavo Calixto Guilherme<sup>2</sup>**

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes

## **Adriane Garcel<sup>3</sup>**

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA

**Resumo:** O presente artigo tem como finalidade apresentar a conciliação e a mediação como formas de resolução de conflitos tributários. A problemática está em verificar a viabilidade da utilização desses instrumentos diante da ineficiência do processo administrativo e judicial, que contraria os princípios da relação jurídica entre o Fisco e o cidadão-contribuinte. A metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados. Por conclusão, tem-se que o uso dos métodos consensuais em âmbito fiscal resulta na desjudicialização, na efetivação dos preceitos constitucionais e na possibilidade da utilização de recursos públicos em outros setores da sociedade.

## **Introdução**

ESTA EXPOSIÇÃO TEM COMO TEMA CENTRAL INVESTIGAR a aplicabilidade dos métodos consensuais de resolução de conflitos na seara tributária.

A concepção tradicional de resolução das controvérsias, pautada na instauração de conflito adversarial, aliada à complexidade do fluxo administrativo e processual das lides tributárias, ocasionou graves problemas: a obstrução dos órgãos administrativos e judiciais com uma carga excessiva e onerosa de demandas, a falta de efetividade arrecadatória do Estado que inviabiliza a capacidade de investimento em políticas públicas e o distanciamento da relação entre o Fisco e o cidadão-contribuinte.

Diante de tal contexto, esta pesquisa objetiva analisar o emprego dos métodos complementares de solução de conflitos, especialmente a mediação e a conciliação, pautadas no diálogo e na utilização de técnicas não impositivas, em consonância aos princípios da relação jurídica tributária e à disseminação da cultura da paz.

A pesquisa justifica-se tendo em vista as recentes diretrizes do Conselho Nacional Justiça e as alterações legislativas que fomentam a prática dos meios autocompositivos de solução de litígios.

Para tanto, a metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados.

Primeiramente, serão abordados os preceitos constitucionais dominantes na relação jurídica tributária, abrangendo o processo administrativo e judicial.

Em um segundo momento será exposto o fluxo processual do processo administrativo e judicial tributário, desde a fase de instauração até a apreciação recursal.

Posteriormente, serão apresentadas as características das técnicas consensuais, os dados quantitativos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, serão demonstrados os dispositivos jurídicos que autorizam a utilização dos instrumentos conciliatórios em âmbito fiscal e a



experiência recente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná com a instalação dos Centros Judiciários Fazendários, que revelam a eficácia da implementação de tais institutos.

## **1. Princípios constitucionais e a relação jurídica tributária**

A constitucionalização do direito produz impactos relevantes em todos os ramos jurídicos. A constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas também um modo de interpretar todos os demais ramos do direito. Os valores, os fins públicos, as regras e princípios da lei maior passam a condicionar a validade de sentidos de todas as normas infraconstitucionais (BARROSO, 2013, p. 33).

A Constituição Federal estabelece as diretrizes para as demais normas integrantes do sistema jurídico, tornando-se a fonte dos valores dominantes na sociedade, positivados através dos princípios constitucionais (TAVARES, 2012, p. 460-1). Os princípios são as vigas mestras da constituição e concretizam-se não só no decorrer do texto constitucional, mas também através da legislação ordinária, que deverá guardar consonância e ir lhes dando gradativamente uma maior compreensão (BASTOS, 2002, p. 229).

No que tange à relação jurídica tributária e, conseqüentemente, ao direito processual tributário, diante da amplitude da temática, especialmente por abarcar o direito constitucional, o direito administrativo, o direito tributário e o direito processual civil, a matéria deve ser estudada sob um conjunto de primados que devem operar de forma convergente (MARINS, 2018, p. 89).

Entre as diversas fontes de valores da sociedade, é premente ressaltar os princípios fundamentais estabelecidos no título I da carta magna, entre eles a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento nacional e a construção de uma sociedade justa.

A dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil e representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, como vida, lazer, saúde, educação, cultura e trabalho, que devem ser propiciados pelo Estado e, para este fim,

é cobrada uma grande carga tributária do contribuinte. Esses direitos configuram-se como centro fundante da ordem jurídica e objetivam fortalecer os direitos da pessoa (AGRA, 2018, p. 156). A consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa deve constituir o objetivo supremo da ordem jurídica, impondo aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna (NOVELINO, 2010, p. 340).

A construção de uma sociedade justa e o desenvolvimento nacional estão estabelecidos no art. 3º da lei maior, constituídos como objetivos da federação. Eles formam as normas programáticas que têm por objetivo criar um estado de bem-estar social, ou seja, são os objetivos que o Estado tentará concretizar ao longo do tempo (AGRA, 2018, p. 161).

Quanto aos primados da administração pública, cabe destacar a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, a eficiência (inserida no *caput* do art. 37 da CF pela Emenda Constitucional 19/1998) e a legalidade.

O princípio da supremacia do interesse público é fundamental para a gestão administrativa de qualquer sociedade e significa que o interesse público assume maior relevância que o privado, referindo-se aqui aos anseios da população, que deve ser o objetivo maior das políticas públicas (AGRA, 2018, p. 437).

Nessa toada, em razão do princípio da indisponibilidade, são vedados quaisquer atos pelo administrador que impliquem renúncia de direitos da Administração ou que injustificadamente onerem a sociedade. Os interesses e bens públicos são indisponíveis, ou seja, não pertencem à administração, tampouco a seus agentes. A eles cabe apenas sua gestão, em prol da coletividade, que é a titular dos direitos e interesses públicos (ALEXANDRINO; PAULO, 2007, p. 130-1).

O conceito jurídico da eficiência abrange a organização da estrutura administrativa e a conduta dos agentes públicos, vinculados à promoção das finalidades da administração em favor dos administrados e a coordenação da atuação administrativa com os interesses das partes envolvidas e da coletividade (MIRAGEM, 2017, p. 47). A eficiência administrativa revela as expectativas da sociedade de que os serviços públicos sejam prestados com celeridade, segurança, pontualidade e de

modo equânime. Exige o aproveitamento otimizado dos recursos, de modo que os objetivos do Estado possam ser alcançados em termos quantitativos e qualitativos (RAMOS, 2012, p. 482).

Consagrada no art. 5º, II, da CF, entende-se a legalidade como a garantia concedida aos cidadãos de que somente por lei poderão ser obrigados a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Assim, a legalidade impõe-se nas relações processuais e nos atos do poder público de uma maneira geral, como por exemplo nos procedimentos administrativos preliminares, no processo judicial tributário (art. 150, inciso I, da CF) e em toda atividade processual tributária (SEGUNDO, 2018, p. 21). No Brasil, como em geral nos países que consagram a divisão dos poderes do Estado, o princípio da legalidade constitui o mais importante limite aos governantes na atividade de tributação (MACHADO, 2016, p. 34).

Em âmbito constitucional e processual, o art. 5º, LXXVIII, assegura a todos como garantia fundamental, tanto no âmbito administrativo quanto judicial, o direito à razoável duração do processo, bem como a meios que garantam sua tramitação de modo célere (WAMBIER; TALAMINI, 2018, p. 79).

Outro princípio de natureza processual e constitucional que merece especial relevo é o devido processo legal. O art. 5º, LIV, do texto constitucional enaltece a sua aplicação ao processo administrativo tributário, na medida em que este tem por finalidade a exigência do adimplemento do tributo, ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens seu o devido processo legal” (MELO, 2018, p. 35-6). Nas palavras de Hugo de Brito Machado Segundo:

A relação processual é uma relação jurídica, submetida a uma série de princípios, em sua maioria constitucionais, que estabelecem diretrizes a serem seguidas pelas partes e especialmente pelo julgador no exercício da função de aplicar o direito na resolução de conflitos, quer na esfera judicial, no exercício da atividade jurisdicional propriamente dita; quer na esfera administrativa, na qual a resolução de conflitos por meio de um processo contraditório se submete aos praticamente mesmos princípios do processo judicial (2018, p. 16).

Feitas as considerações iniciais, impende destacar a necessidade de observância dos preceitos constitucionais na relação jurídica tributária, abrangendo o processo administrativo e judicial tributário.

## 2. O processo administrativo e judicial tributário

As leis processuais e a atuação da administração têm de ser compreendidas como uma forma de concretização do direito ao processo justo. No estado constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutela os direitos na dimensão da constituição (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 496-7).

O simples disciplinamento de condutas através de normas jurídicas não é suficiente para pôr fim aos conflitos de interesses. Impõe-se a adoção de um mecanismo próprio para garantir a efetividade, no caso concreto, do direito previsto, porém violado. Esse mecanismo, composto de uma série de atos, é denominado processo (SEGUNDO, 2018, p. 5).

No que tange ao direito processual tributário, pode-se dizer que as normas que regulamentam os atos de fiscalização, o modo de apuração do montante do tributo, o prazo de impugnação pelo contribuinte, a interposição de recursos, entre outros, são normas de direito processual em sentido amplo, que regem o processo administrativo tributário, que se desenvolve no âmbito da administração tributária. Por outro lado, as normas que disciplinam a execução do crédito apurado pelo Fisco, a penhora de bens, a propositura de ação para anular o lançamento, entre outros, são normas de direito processual em sentido estrito, que tratam do processo judicial tributário (SEGUNDO, 2018, p. 8-9).

Em verdade, o sistema brasileiro de solução administrativa de lides tributárias é fruto de lenta evolução legislativa. Subsistem as normas processuais existentes na Lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional), no Decreto 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal Federal), na Lei 9.784/99 (LGPAF), nas leis estaduais e municipais e, mais recentemente, no Código de Processo Civil (Lei 13.105/15). Sua revigoração constitucional deu-se somente através da Constituição Federal (art. 5º, LV) que consagrou o processo administrativo como garantia fundamental,

individual do cidadão, formado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório (MARINS, 2018, p. 140).

O processo administrativo tributário decorre das divergências oriundas da relação entre o Fisco e o contribuinte. De um lado, a Fazenda Pública que almeja o recebimento de determinada quantia considerada devida, decorrente do descumprimento de uma obrigação, e de outro, o contribuinte, que entende ser a exigência indevida (MELO, 2018, p. 17).

Em âmbito federal, a demanda administrativa tributária compreende os impostos federais (imposto de renda, IPI, ITR, imposto de importação e exportação, IOF etc.) e as contribuições sociais, como o PIS, a Cofins e a contribuição social sobre o lucro, que são administradas pela Secretaria da Receita Federal (MARTINS, 2012, p. 235-6).

A lide administrativa fiscal de julgamento reparte-se em quatro etapas: (a) fase de instauração; (b) fase de preparação e instrução; (c) fase de julgamento; e (d) fase de recurso (MARINS, 2018, p. 269).

É importante frisar que a atuação no âmbito do processo administrativo não exige capacidade postulatória, ou seja, o próprio contribuinte ou o representante legal da pessoa jurídica pode elaborar sua defesa e apresentá-la, bem como não há despesas com custas ou preparo (JESUS, 2017, p. 364).

A fase de instauração inicia-se no exato momento em que o lançamento é impugnado pelo sujeito passivo. O art. 139 do Código Tributário Nacional dispõe que com a ocorrência do fato gerador surge a obrigação tributária, que é ilíquida, e que o lançamento a converte em crédito tributário (CASSONE; ROSSI, 2012, p. 2-7).

Trata-se o lançamento de ato administrativo intitulado Auto de Infração, Auto de Infração e Imposição de Multa, Notificação de Lançamento, dentre outros, decorrentes de ato jurídico expedido por agente competente da administração pública, na forma prescrita em lei,

As leis processuais e a atuação da administração têm de ser compreendidas como uma forma de concretização do direito ao processo justo

com motivação e finalidade, tendente a exigir o adimplemento de obrigação tributária (principal e/ou acessória) pelo contribuinte (MELO, 2018, p. 82-3).

Realizado o ato de lançamento, estabelece-se pretensão fiscal sobre a esfera patrimonial do contribuinte e abre-se a oportunidade da impugnação administrativa que, quando tempestivamente formalizada no prazo de trinta dias (art. 10, V, e 11, II, do Decreto 70.235/72), instaura a lide administrativa que se submete ao regime jurídico de processo, com todas as garantias de raiz constitucional (MARINS, 2018, p. 155).

O ônus da prova dos fatos em disputa não é do contribuinte. O ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito é de quem o alega, no caso a Fazenda Pública, aplicando-se a teoria geral da prova, consubstanciada no Código de Processo Civil. Ocorre que, em face de fortes indícios da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, pode dar-se a inversão do ônus da prova (MACHADO, 2016, p. 462-3).

A defesa administrativa é o instrumento pelo qual o contribuinte demonstra a sua inconformidade com o ato de lançamento tributário ou a autuação praticada. Será postulado à autoridade administrativa a revisão do ato praticado, e deverá conter: endereçamento à autoridade julgadora, qualificação, exposição da matéria de fato, razões de direito (com documentos comprobatórios das alegações e, se necessário, pedido de produção de provas) e pedido de procedência (JESUS, 2017, p. 364).

Consequência relevante da apresentação da impugnação administrativa é a suspensão dos efeitos do ato enquanto não houver solução definitiva ao que foi suscitado pelo impugnante. Trata-se de uma decorrência do processo administrativo que visa assegurar ao administrado uma solução útil e uma manifestação definitiva do poder público acerca da legalidade do ato questionado (SEGUNDO, 2018, p. 125).

Além disso, o contribuinte fará jus a certidões que espelhem a existência de processo administrativo tributário e que apresente os mesmos efeitos de uma certidão negativa (certidão positiva com efeito de negativa). A certidão negativa de débito (CND) ou positiva com efeito de negativa é necessária para que o administrado possa se habilitar em processos de licitação e concorrências públicas (JESUS, 2017, p. 365).

Quanto à fase de julgamento, na maior parte dos entes tributantes a decisão de primeiro grau é proferida por julgador monocrático. Em âmbito federal também era assim – os julgamentos de primeira instância eram realizados pelo Delegado de Julgamento. Esse órgão monocrático foi substituído pelas delegacias de julgamentos, formadas por turmas julgadoras, órgãos de natureza colegiada da Receita Federal, compostos por servidores da administração fazendária (SEGUNDO, 2018, p. 166-7). Assim, quanto aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, o processo será julgado pelas delegacias da Receita Federal de Julgamento, em trinta dias (MARTINS, 2012, p. 237).

Com o escopo de conferir qualidade e respeitar o princípio do duplo grau de jurisdição, após intimado o contribuinte do conteúdo do ato decisório final realizado pela Delegacia de Julgamento, inicia-se a etapa recursal (MARINS, 2018, p. 290).

É oportuna a ressalva de que é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamentos prévios de dinheiros ou bens como condição para a admissibilidade de recurso administrativo, entendimento pacificado através da Súmula Vinculante 21 do Supremo Tribunal Federal.

Impende destacar ainda que o ajuizamento de ação importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80).

Na maior parte dos entes tributantes, o julgamento de segundo grau é feito por órgãos colegiados compostos por representantes da Fazenda Pública e pelos representantes dos contribuintes (SEGUNDO, 2018, p. 171-2).

Em âmbito Federal, a Lei 11.941/09 extinguiu os conselhos de contribuintes e atribuiu ao CARF a função de ser o órgão recursal de julgamento administrativo, composto por três seções, especializadas por matéria, constituídas por quatro câmaras de julgamento, órgãos administrativos compostos paritariamente, formados em igual número por especialistas em assuntos tributários, divididos entre representantes da Fazenda Nacional (auditores fiscais) e representantes dos contribuintes, indicados por entidades de classe de nível nacional representativas do setor produtivo e dos trabalhadores (MARINS, 2018, p. 290-2).

Também compete ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) o julgamento de recursos especiais, através de sua Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), na hipótese de divergências entre as turmas ou câmaras do CARF, passível de interposição tanto pelo sujeito passivo como pela Fazenda Pública, destinado a uniformizar a jurisprudência do órgão (SEGUNDO, 2018, p. 174-5).

Decorrido o prazo de intimação das decisões da Delegacia de Julgamentos ou decididos os recursos pelo CARF por decisão não mais sujeita a recurso (art. 42 do Decreto 70.235/72), conclui-se o processo administrativo fiscal e constitui-se definitivamente o crédito tributário (PAULSEN, 2018, p. 474).

Apesar da existência do processo administrativo, pautado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, o sujeito passivo da obrigação tributária muitas vezes resta inconformado diante da exigência do tributo ou da imposição de certa penalidade, podendo dispor do processo judicial para o controle da legalidade dos atos da administração tributária pelo Poder Judiciário (MACHADO, 2016, p. 473).

Aplica-se o Código de Processo Civil ao processo judicial tributário, em geral e subsidiariamente, embora também haja leis e dispositivos de caráter especial a serem aplicados, como é o caso da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80) e a Lei da Medida Cautelar Fiscal (Lei 8.397/92) (PAULSEN, 2018, p. 477-8).

O procedimento comum é o procedimento padrão aplicável a todas as causas, independentemente das peculiaridades do direito material trazido ao Judiciário, exceto se o próprio Código de Processo Civil ou alguma lei prever outro procedimento (CAMBI, 2017, p. 333).

O processo de conhecimento em matéria tributária é de iniciativa do contribuinte, porque o poder de decisão no processo administrativo é sempre do Fisco, inexistindo razões para que o ente público provoque o controle judicial da legalidade de suas próprias decisões (MACHADO, 2016, p. 473).

Há uma série de ações de iniciativa do contribuinte, como por exemplo a ação anulatória de lançamento tributário, ação declaratória, ação de consignação em pagamento, ação de repetição de indébito, mandado de segurança, ação direta de inconstitucionalidade (MARTINS,



2012, p. 244-50), exceção de pré-executividade, entre outras demandas, visando a garantia de seus direitos perante o ente público.

O procedimento comum pode ser dividido em várias fases: I) postulatória, que abrange a petição inicial e sua análise, a citação do réu, a audiência de conciliação e mediação, a contestação e a reconvenção; II) ordinatória, que inclui as providências preliminares e de saneamento, o julgamento conforme o estado do processo, o saneamento e a organização do processo; III) instrutória, que abarca, se necessário, a produção de prova na audiência de instrução; IV) decisória, que ocorre após a produção de provas e as alegações finais das partes, com a sentença do juiz; V) recursal: depois da sentença, a parte sucumbente pode apelar, sem prejuízo de outros recursos cabíveis das decisões dos tribunais ou de atos proferidos durante o curso processual (CAMBI et al., 2017, p. 333).

Quanto ao Fisco, este independe do Judiciário para constituir seus créditos; entretanto, não possui a prerrogativa de efetuar, por ato próprio, a constrição ao patrimônio do devedor, devendo buscar em juízo a execução judicial dos créditos tributários, por meio de execução fiscal, bem como o acautelamento da execução por medida cautelar (PAULSEN, 2018, p. 477).

Apesar de o processo tributário judicial prescindir da esfera administrativa, denota-se uma grande complexidade no fluxo processual das demandas fiscais, que vem de encontro a diversos princípios constitucionais e administrativos, como a razoável duração do processo e a efetividade, bem como gera um elevado dispêndio de dinheiro público.

Tal panorama abre a possibilidade de buscas por outros meios de resolução de conflitos que tragam benefícios para os sujeitos envolvidos na relação tributária.

### **3. A conciliação e a mediação como métodos consensuais de resolução de conflitos**

Os meios alternativos de resolução de conflitos (MASC) despontam como uma resposta à massificação de demandas, visando a obtenção de decisões eficazes à população. Os meios alternativos, preferivelmen-

te chamado de adequados, surgem como um complemento à solução adjudicada mediante sentença (ALMEIDA; PANTOJA; 2016, p. 56-8).

Nesse contexto, com a expansão da globalização, mudou-se o significado do acesso à justiça: se antes a expressão significava pura e simplesmente o acesso de todos as pessoas ao Judiciário e a possibilidade de submeter cada vez mais litígios ao arbítrio do juiz togado, hoje o acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos meios adequados de resolução para cada tipo de litígio, de forma a proporcionar às partes a solução mais satisfatória para suas contendas (KFOURI; NETTO; GARCEL, 2020, p. 2).

O Judiciário deve prover meios e fomentar a utilização das técnicas consensuais, em caráter pré-processual ou no decorrer do andamento das demandas

quados de resolução para cada tipo de litígio, de forma a proporcionar às partes a solução mais satisfatória para suas contendas (KFOURI; NETTO; GARCEL, 2020, p. 2).

A morosidade e o custo da Justiça trazem à tona os três fundamentos das vias conciliativas: o fundamento funcional, social e político. O primeiro diz respeito à busca da racionalização da distribuição da Justiça, com a desobstrução dos tribunais e a atribuição da solução de certas controvérsias aos instrumentos autocompositivos. O segundo está relacionado à função de pacificação social das vias conciliativas: ao contrário da sentença, que se limita a ditar de forma autoritativa a regra para o caso concreto, a conciliação e a mediação possibilitam a resolução da lide sociológica, mais ampla, prevenindo situações de tensões e rupturas. Por fim, o fundamento político se resume na participação popular na administração da justiça (GRINOVER, 2016, p. 45-9).

Os métodos consensuais assumiram protagonismo no sistema jurídico com o advento da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, regulamentação de vanguarda, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos. Sistemáticamente, a Política Judiciária Nacional possui como objetivo a utilização da conciliação e da mediação para realizar uma mudança na mentalidade da comunidade, no intuito de se obter a pacificação social, escopo magno da jurisdição (LAGRASTA, 2016, p. 59-60).

A política prevista na Resolução 125 se estrutura como um tripé, tendo no topo o Conselho Nacional de Justiça, com atribuições de nível nacional; abaixo deste, os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) de cada tribunal, responsáveis pela implementação da política pública em âmbito estadual e pela fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), que são as “células” de funcionamento da política conciliatória, nas quais atuam os grandes responsáveis pelo sucesso da mesma, que são os conciliadores, mediadores e demais facilitadores e servidores capacitados para atuar nas audiências de conciliação, mediação e prestar orientação aos jurisdicionados (RICHA; LAGRASTA, 2016, p. 87).

A conciliação é um método consensual de solução de controvérsias por meio do qual busca-se resolver as divergências entre as partes com a ajuda de um terceiro, denominado conciliador. A conciliação muito se assemelha à mediação, estando a diferença na forma de condução do diálogo entre as partes. Na conciliação, o terceiro facilitador interfere na discussão entre as pessoas propondo soluções para a lide (SALES, 2007, p. 42-3).

A mediação é conceituada como um método de resolução de conflitos em que se convoca um terceiro mediador, que atua de modo confidencial, imparcial e equidistante, e cuja função é promover a melhora de comunicação entre os envolvidos, propiciando autoconhecimento para que as partes se autodeterminem a uma solução (KEPPEN, 2009, p. 83), aumentando a autonomia dos sujeitos para decidir questões do cotidiano e evitando, assim, a apreciação das controvérsias somente na esfera judicial.

O acompanhamento estatístico específico do desempenho das estruturas judiciárias vinculadas à disseminação dos métodos autocompositivos também é destaque na Resolução 125/2010, com previsão no art. 2º, III.

Com a edição da Lei de Mediação (Lei 13.140/15) e do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), consagrou-se definitivamente a promoção da solução consensual dos conflitos como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro (ALMEIDA; PANTOJA; 2016, p. 58-9).

O Código de Processo Civil dispõe sobre o estímulo à utilização dos métodos adequados em seu capítulo inaugural, no art. 3º, § 2º, inserido nas normas fundamentais do processo civil, ao estabelecer que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Nessa toada estabelece em seu art. 165 que “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

Da mesma forma, a Lei 13.140/15 reafirma a mediação no âmbito da administração pública e entre particulares como meio autocompositivo de solução de controvérsias, elencando princípios, requisitos e procedimentos a serem seguidos.

Sendo assim, o Judiciário deve prover meios e fomentar a utilização das técnicas consensuais, em caráter pré-processual ou no decorrer do andamento das demandas, diminuindo a judicialização e incentivando os cidadãos a resolverem seus conflitos de forma autônoma por meio do diálogo.

Neste pensar, o enfoque adversarial da lide, caracterizado pela hipertrofia do argumento unilateral e pela polarização de posições, é substituído por uma solução transformadora, que depende do reconhecimento das diferenças e da identificação de interesses comuns e contraditórios e que, quando bem conduzida, pode resultar em mudanças positivas e oportunidades de ganho mútuo (VASCONCELOS, 2008, p. 20).

#### **4. Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários**

Conforme informações do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais divulgadas em 7 de fevereiro de 2019, o estoque de processos administrativos fiscais que tramitam no órgão público é de 122.371 processos, que correspondem a R\$ 603,77 bilhões em crédito tributário. Após a informação de que seriam necessários 77 anos para julgar todo o estoque (dado proveniente de estudo realizado em 2015), foi adotada

uma política de reestruturação do Conselho, sendo que o CARF estima que o tempo médio para o julgamento de todo o acervo é de aproximadamente seis anos.

Na esfera judicial, o relatório Justiça em Números é elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça através do seu Departamento de Pesquisas Judiciárias, em sua atribuição legal de dar transparência e publicidade às informações relativas ao Poder Judiciário brasileiro. Em sua 15ª edição, o relatório reúne diversos dados relevantes dos noventa órgãos do Poder Judiciário elencados no art. 92 da Constituição da República, no período de 2009 a 2018, excluindo o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça, que possuem relatórios à parte.

Da análise do relatório verifica-se que o Poder Judiciário possuía em 2018 uma despesa de aproximadamente 94 bilhões, tendo quase 79 milhões de processos em tramitação, aguardando uma solução definitiva. Fazendo uma conta simples de divisão do total do custo do Judiciário com a quantidade total de processos, pode-se dizer que cada processo custa em média R\$ 1.191,00 aos cofres públicos.

Impende ressaltar que, segundo os dados do relatório, em 2018, pela primeira vez na última década, houve redução no volume de casos pendentes. Ingressaram no Judiciário 28,1 milhões de processos e foram baixados 31,9 milhões. Foram proferidas 32 milhões de sentenças e decisões terminativas, com aumento de 939 mil casos (3%) em relação a 2017.

No campo tributário, historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade da Justiça. O executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito se frustraram na via administrativa, demandando repetidas etapas e providências na localização do devedor ou de patrimônio capaz de adimplir o débito fiscal, o que demanda um longo período de tempo e uma pequena possibilidade de recuperação.

As execuções fiscais representam aproximadamente 39% do total de casos pendentes no Judiciário e 73% dos processos de execução. Dos 78,7 milhões de processos no Poder Judiciário, 42,6 milhões (54%) se referem à fase de execução, sendo que 31 milhões se referem às execuções fiscais.

Esses processos são responsáveis pela alta taxa de congestionamento<sup>4</sup> do Poder Judiciário, os quais representaram 90% em 2018, a maior taxa entre os tipos de processos constantes no relatório. Isso significa que de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano, apenas dez foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,5 pontos percentuais, passando de 71,2% para 62,7% em 2018.

Outrossim, o tempo de giro do acervo desses processos é de oito anos e oito meses, ou seja, mesmo se o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seria necessário todo esse tempo para liquidar o estoque existente.

No que se refere ao tempo de tramitação nas diversas fases do processo, cumpre ressaltar que, em fase de execução, a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em 2018 nas varas estaduais (1º grau) era de aproximadamente seis anos e quatro meses e nas varas federais (1º grau), oito anos e um mês.

Diante do atual panorama, surge uma indagação a ser respondida: os métodos consensuais de resolução de conflitos poderiam ser utilizados, em âmbito fiscal, na efetivação dos princípios da relação jurídica tributária e trazendo benefícios à sociedade?

Para a obtenção da resposta, é de suma importância verificar o entendimento predominante no direito brasileiro e a recente experiência do Centro Judiciário de Solução de Conflitos Fazendário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

#### **4.1 A possibilidade de autocomposição nos conflitos fazendários**

A perspectiva da resolução consensual de conflitos prepondera atualmente nas mais diversas legislações e dispositivos do direito brasileiro.

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 (NETTO; GUILHERME, 2018, p. 96).

Além da perspectiva cooperativa, a legislação processual prevê em seu art. 334 a realização da audiência de conciliação e mediação após o recebimento da petição inicial e anteriormente à contestação, o que revela a preocupação do legislador em incentivar a construção mútua de uma solução adequada. A audiência somente não é realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição ou quando o caso não admitir a autocomposição (art. 334, § 4º).

Os primados constitucionais e administrativos da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público seriam, a princípio, um obstáculo para a participação da Fazenda Pública nas sessões de mediação e conciliação. No entanto, a inadmissibilidade da autocomposição não pode ser confundida com a indisponibilidade do interesse público. Em muitos casos o direito litigioso é indisponível, mas é possível haver autocomposição. Em ação de alimentos, por exemplo, é possível haver o reconhecimento da procedência do pedido pelo réu e acordo quanto ao valor e a forma de pagamento, bem como em processos coletivos, em que se pode celebrar compromisso de ajustamento de conduta. No que tange ao poder público, este pode resolver o conflito por meio da autocomposição desde que haja autorização normativa para isso – cada ente federado disciplinará, por lei própria, as formas e os limites do acordo (DIDIER JR., 2015, p. 273).

O Enunciado 33 do II Fórum Nacional do Poder Público corrobora o entendimento supracitado ao dispor que “a audiência de conciliação do art. 334 somente é cabível à Fazenda Pública se houver autorização específica para os advogados públicos realizarem acordos”.

Assim, o ente público poderá utilizar-se dos métodos autocompositivos como forma de resolução de lides tributárias, desde que respeitado o princípio da legalidade. Afinal, a lógica é que o administrador não possa atuar de forma a dispor do interesse público, e, sendo assim, sua atuação fica dependendo da autorização do titular do interesse público (o povo), responsável pela elaboração das leis, por meio de seus representantes legitimamente escolhidos (CARVALHO, 2015, p. 62).

O I Fórum Nacional do Poder Público editou o Enunciado 6 quanto ao caráter confidencial da mediação envolvendo o ente público, que dispõe: “A confidencialidade na mediação com a Administração Pública observará os limites da lei de acesso à informação”.

No que se refere ao princípio da publicidade, este foi objeto de apreciação no Enunciado 16 do I Fórum Nacional do Poder Público e no Enunciado 573 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, os quais determinam que o ente fazendário deverá publicizar as hipóteses em que os órgãos da advocacia estão autorizados a transacionar. Além do que, a transação é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, prevista no art. 156, III, e art. 171, *caput*, do Código Tributário Nacional.

Nesta lógica, a recente Medida Provisória 899/2019, publicada em 17 de outubro de 2019, em tramitação no Congresso Nacional para ser convertida em lei ordinária, trata exatamente da transação tributária estabelecida no art. 171 supracitado, ao estabelecer “os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de crédito da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária”.

Ademais, a alteração no Decreto-Lei 3.365/41 pelo advento da Lei 13.867/19 reafirma a atual tendência de utilização dos instrumentos consensuais, a qual passou a possibilitar o uso da mediação para a definição dos valores de indenização nos processos envolvendo desapropriação feita pelo poder público, o que significa que as partes poderão realizar concessões a fim de que se chegue a um acordo.

Isso posto, os órgãos públicos deverão fomentar a utilização da mediação e da conciliação, disseminando a cultura da paz e acelerando a desobstrução do Judiciário e a solução definitiva da lide.

Como consequência, assistir-se-á, dessa forma, a profunda transformação do país, que substituirá a “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, disso nascendo, como produto de suma relevância, maior coesão social (WATANABE, 2016, p. 58).



## **4.2 Métodos consensuais na prática: a experiência do Centro Judiciário de Solução de Conflitos Fazendário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**

A experiência recente da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná comprova que métodos consensuais e eficientes de resolução de conflitos podem trazer vantagens ao Tesouro Nacional e ao cidadão-contribuinte.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos Fazendários foram inaugurados no segundo semestre de 2019, com o objetivo de realizar audiências de conciliação e mediação entre a Fazenda Pública e o contribuinte. Esses centros judiciários temáticos foram inaugurados inicialmente nas comarcas de Londrina e Telêmaco Borba e obtiveram resultados positivos no início de seu funcionamento, tanto antes do ajuizamento da ação (pré-processual) quanto na fase processual.

Em levantamento realizado pelo Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência em parceria com o Departamento de Informática do Tribunal do Paraná, foram realizadas no Centro Judiciário Fazendário de Telêmaco Borba 242 audiências, que resultaram em 85 conciliações e R\$ 142.436,93 arrecadados ao município, em três meses de funcionamento.

Durante a XIV Semana Nacional da Conciliação, foi realizado mutirão do Centro Judiciário Fazendário da Comarca de Londrina, abrangendo o pagamento de IPTU, por meio do qual foram feitas 542 sessões de conciliação, com 223 acordos (índice de 41%) e R\$ 2.531.174,90 arrecadados ao município, ou seja, em uma semana foram arrecadados mais de dois milhões e quinhentos mil reais aos cofres públicos de Londrina, mediante a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, os quais poderão ser utilizados e revertidos para o cidadão nas políticas públicas do ente municipal. Compete informar que em apenas três meses de funcionamento, estes centros já atenderam mais de mil paranaenses.

Considerando a conta realizada no tópico supra, a qual revela que um processo custa aproximadamente R\$ 1.191,00, além de ter sido arrecadado mais de 2,6 milhões de reais aos dois municípios citados, fo-

ram realizados 308 acordos, o que gera uma economia de mais de 300 (trezentos) mil reais aos cofres públicos com a extinção das contendas, que podem ser utilizadas nos mais diversos setores da sociedade.

A utilização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos Fazendários traz benefícios tanto para o contribuinte quanto para a Fazenda Pública: para o ente público traz a uma maior efetividade arrecadatória, redução de tempo de recebimento de receitas tributárias e o impacto social pela melhora do relacionamento com o contribuinte; já para o cidadão traduz-se na possibilidade de acesso ao parcelamento do seu débito, autonomia na negociação, regularização de sua situação com o Fisco e a alternativa conciliatória pré-processual.

Perfaz ressaltar a existência de lei para os casos conciliatórios encaminhados aos Centros Judiciários Fazendários. No município de Telêmaco Borba, foi sancionada a Lei Complementar 57/2019, instituindo o programa de recuperação fiscal – REFIS, destinado a promover a regularização de créditos tributários municipais. No município de Londrina, a Lei 12.829/19 concede prazo para o contribuinte aderir ao Programa de Regularização Fiscal – PROFIS, dando desconto para o pagamento de débitos fiscais.

Na esfera estadual foi promulgada a Lei 19.802/18 do Estado do Paraná, instituindo o tratamento diferenciado para o pagamento de dívidas tributárias relacionadas ao ICM e ao ICMS. Já na seara federal, entre outras leis existentes, a Lei 9.964/2000 instituiu o REFIS para o pagamento de tributos da União, a Lei 13.496/17 instituiu o Programa Especial de Regularização Tributária (PERT) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e recentemente a Medida Provisória 899/2019, em trâmite no Congresso Nacional, dispõe sobre a transação entre a União e o contribuinte.

A aplicação conjunta da legislação, da doutrina e da utilização da mediação e da conciliação nos tribunais permite uma melhor elucidação sobre o tema, de modo a ser possível analisar os efeitos da aplicação dos meios adequados de solução de controvérsias no campo tributário.

## Conclusão

Pelo exposto, como resposta à problemática proposta na pesquisa, é de se concluir que a aplicabilidade dos métodos consensuais de resolução de conflitos traz benefícios à relação entre o Fisco e o cidadão-contribuinte e, conseqüentemente, à sociedade.

A utilização dos instrumentos conciliatórios está em consonância com os princípios processuais, administrativos e constitucionais da relação jurídica tributária.

Os princípios processuais do devido processo legal e da razoável duração do processo são respeitados, através do diálogo e da construção de uma solução adequada, e principalmente pela conclusão rápida da demanda, que pode ocorrer até mesmo anteriormente à lide judicial.

Observa-se a efetivação dos preceitos do direito administrativo da legalidade, por meio da necessidade de lei autorizando a Fazenda Pública a transacionar, e da eficiência, pela diminuição das demandas administrativas, desjudicialização e a conseqüente economia de dinheiro público.

Por arremate, o fundamento maior da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana, e os objetivos da federação de construção de uma sociedade justa e de desenvolvimento nacional poderão ser atingidos através da maior efetividade arrecadatória do Estado, que poderá ser revertida em políticas públicas e ações em benefício ao cidadão, e pela ascensão da cultura do diálogo entre as pessoas, que proporcionará a pacificação social.

## Notas

1. José Laurindo de Souza Netto. Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade *Degli Studi di Roma "La Sapienza"*. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Gestão 2019/2020.
2. Gustavo Calixto Guilherme. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8273-3982>

3. Adriane Garcel. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Paraná e pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>
4. Taxa de congestionamento: Indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados) (p. 78 do Relatório Justiça em Números 2019).

## Referências

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- 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.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BRASIL. *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais*. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/situacao-do-atual-estoque-do-carf>. Acesso em: 19 mar. 2020.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2019*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 19 mar. 2020.
- BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset\\_publisher/1lKI/content/id/27706245](https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/id/27706245). Acesso em: 19 mar. 2020.
- CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo; MARTINS, Sandro Gilbert; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce. *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- CARVALHO, MATHEUS. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugenia Teixeira; ROSSI, Júlio Cesar. *Processo tributário: teoria e prática*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da Justiça Conciliativa*. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli, (coords). *Conciliação e Mediação ensino em construção*. 1. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.
- JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de; [prefácio Elizabeth Nazar Carrazza]. *Manual de direito e processo tributário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. *Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente*. Curitiba, JM Livraria Jurídica, 2009.
- KFOURI NETO, Miguel; NETTO, José Laurindo de Souza; GARCEL, Adriane. *O direito de acesso a tribunal, à mediação e à arbitragem*. Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Superior Tribunal de Justiça, 2020.
- LAGRASTA, Valeria Ferioli. *Objetivos da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos*. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli, (coords). *Conciliação e mediação ensino em construção*. 1a. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 37. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*. 11. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Manual de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MELO, Fábio Soares de. *Processo administrativo tributário: princípios, vícios e efeitos jurídicos*. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NETTO, José Laurindo de Souza; GUILHERME, Gustavo Calixto. *A prescrição das execuções fiscais e o modelo cooperativo processual*. Revista Judiciária do Paraná, ano XIII, n. 16. Curitiba: AMAPAR, 2018.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.
- PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. *Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (ADRS)*. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva, (coords). *Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- RAMOS, Gisela Gondin. *Princípios jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- RICHA, Morgana de Almeida; LAGRASTA, Valeria Ferioli. *Evolução da Semana Nacional da Conciliação como consolidação de um movimento nacional permanente*

- da justiça brasileira e estruturação da política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos.* In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli, (coords). *Conciliação e Mediação ensino em construção.* 1. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Processo tributário.* 10. ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2018.
- TAVARES, André Ramos. *Princípios Constitucionais.* In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do, coordenadores. *Tratado de direito constitucional,* 2. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas.* São Paulo: Método, 2008.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo.* Vol. 1. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses.* In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli, coordenadores. *Conciliação e mediação ensino em construção.* 1a. ed. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.

# Democracia e populismo

**Luiz Fernando Coelho<sup>1</sup>**

Membro fundador da Academia Paranaense de Letras Jurídicas (APLJ)

**Resumo:** A democracia tem sido tratada sob dois aspectos distintos e complementares: ideologia e instituição. Como ideologia, é um conjunto difuso de ideias e valores elaborados ao longo da história, com seu significado etimológico de governo do povo. Como instituição, ela é compreendida em função de uma tipologia engendrada pela filosofia e pela ciência política, com vistas à sua efetividade. Ambos os aspectos convergem para o populismo, um fenômeno sociopolítico que só pode ocorrer dentro da democracia, mas que, paradoxalmente, acaba por destruí-la. Populismo é a forma contemporânea da demagogia. Esta tem sido conceituada com conotação pejorativa, ao contrário do populismo, que teve sua história ligada a movimentos de libertação. Mas, na atualidade, ele perde esta valoração positiva e passa a igualar-se à demagogia. As causas dessa transformação linguístico-conceitual e suas implicações para a democracia são analisadas no estudo a seguir.



A FILOSOFIA POLÍTICA TEM TRATADO DA SOCIEDADE segundo duas visões em oposição: de um lado, a concepção positivista, que a vê como aglomerado de indivíduos convivendo em harmonia para a realização

de interesses comuns, a sociedade da ordem e do progresso; de outro, uma visão crítica, que a define como conjunto de grupos em luta pelo poder, a sociedade do conflito e dos movimentos sociais para a libertação de indivíduos e grupos. Respeitadas as ideologias que a mantém coesa, as lutas de ambos os lados almejam a instituição de uma organização social justa, igualitária e solidária, isenta de conflitos e fronteiras ideológicas.

Deve-se levar em conta que a contemporaneidade está muito longe da realização da utopia, desta e das demais engendradas pela filosofia política. Inobstante, gerou-se um consenso global acerca dos valores que devem nortear as políticas públicas, dentro das fronteiras nacionais e no âmbito das relações internacionais: a preservação dos direitos humanos, a proteção da natureza e a democracia. São valores construídos no decurso da história que hoje parecem definitivamente incorporados à consciência da humanidade. Entre todos avulta a democracia, cujo conceito envolve dois aspectos: ideologia e instituição.

Como ideologia, é um conjunto difuso de ideias e valores elaborados ao longo da história do mundo ocidental desde a antiguidade grega, com seu significado etimológico de “governo do povo”. Platão considerava três formas de governo da cidade-estado: a aristocracia, única aceitável, que é o governo dos sábios; a timocracia, governo dos guerreiros; e a democracia, governo dos produtores. Para ele, timocracia e democracia conduzem à ambição dos detentores do poder e não propiciam a felicidade geral. Em Aristóteles, o governo estadual pode ser exercido de três formas: como monarquia, governo de um; aristocracia, governo de um grupo; e democracia, governo de todos. Estas formas de governo são todas boas, desde que o poder seja exercido para o bem comum, em proveito de todos. Quando o inverso ocorre, isto é, o exercício do poder em benefício de quem o detém e em detrimento da maioria, aquelas formas se corrompem e degeneram em tirania, oligarquia e demagogia, respectivamente. Essa distinção nunca desapareceu da filosofia política.

O viés ideológico do conceito era decorrente do fundamento ético subjacente às ideias de ambos. Platão apregoava que os males que afligem o ser humano só poderiam cessar quando a aristocracia dos puros



e autênticos filósofos assumisse o poder da cidade, ou então quando os governantes, eles mesmos, se tornassem filósofos. Todo o projeto político platônico foi, assim, traçado a partir da convicção de que a cidade-estado ideal deveria ser obrigatoriamente governada por alguém dotado de rigorosa formação filosófica. Em Aristóteles, a felicidade – *eudaimonia* – como enteléquia do ser humano, subsidiava sua filosofia prática, que se dividia em duas partes: a ética, voltada para a felicidade individual, e a política, para a felicidade social, ou seja, a dos cidadãos da pólis.

A noção de democracia viu-se assim, desde as origens, ligada às ideias articuladas de eudemonismo e enteléquia, isto é, que a felicidade é o sentido da política, e que a busca da felicidade é o próprio *eidos* humano, causa final do homem. Do platonismo, restou a noção de que a democracia não existe como realidade terrena, mas tão somente como ideia, característica do estado ideal, que para Platão tinha valor ontológico. Eis então a democracia como

ideia universal, inspiradora das lutas travadas em frentes revolucionárias, nos movimentos de opinião e embates intelectuais. Mas um ente ideal que se incorpora em formas históricas de organização política, como instituição também universal, pressuposto inarredável da legitimidade da ordem jurídica na maioria dos países do globo.

Esse aspecto institucional é compreendido em função de uma tipologia arquitetada pela filosofia e pela ciência política, no objetivo de tornar efetiva a democracia. São formas de exercício do poder político, cujos referenciais semânticos são os atuais regimes considerados compatíveis com sua ideia: democracia direta, indireta, cristã, industrial, orgânica, parlamentar, participativa, popular, representativa, sindical, consociativa, despolitizada, e outros modelos, destacando-se a recorrente distinção entre democracia formal e substancial. Mas nenhum desses tipos conseguiu evitar os grandes conflitos étnicos, ideológicos e políticos que provocaram as duas guerras mundiais e quase levaram ao colapso da humanidade. E o mundo assiste horrorizado à dura realidade

Deve-se levar em conta que a contemporaneidade está muito longe da realização da utopia, desta e das demais engendradas pela filosofia política

de da fome e da miséria que a maior parte da população global vivencia, ambiente que favorece o atual cenário de guerras fratricidas.

O exemplo de ética e cultura que a civilização ocidental nos lega escamoteia o que Habermas denunciara como uma ideologia da ciência e da técnica a serviço da guerra, mas em nome da paz, do consumismo em nome do progresso e do despotismo em nome da guerra<sup>2</sup>. São contextos que produzem insegurança, discórdia e exclusão, desvalores que acabam por conduzir a sociedade a um estado de massificação alienada e a diversas formas de opressão, ainda que mantenham as aparências da democracia.

Diante de tal panorama, não se pode testemunhar a efetivação da democracia como experiência jurídica e política, mas tão somente estimá-la como um ente abstrato, aprisionado numa jaula mitológica a funcionar como catalisador de esforços, bem ou mal intencionados, que alimentam a ação política nos âmbitos nacionais e no das relações internacionais. Este é o nóculo da problemática atual do Estado, uma vez que, desde quando se constituiu a teoria da nação como sede da soberania, não se concebe sua legitimidade dissociada do ideal democrático, a soberania popular, *o governo do povo, pelo povo e para o povo*, na célebre definição de Abraham Lincoln.

Entretanto, esse ideal tem sido manipulado para favorecer pessoas, famílias e grupos que alcançaram uma ascendência sobre os outros, em todos os espaços da experiência, principalmente o econômico. Assiste-se a um utilitarismo político exacerbado, sem que sejam implementadas medidas sociopolíticas para a melhoria das condições de existência das pessoas em todo o mundo. Se admitirmos, com Rawls, que as desigualdades são justas à medida que delas se beneficie o conjunto da coletividade<sup>3</sup>, somos levados a pesquisar o *quantum* de benefício que a desigualdade econômica tem trazido às pessoas e grupos que vivem em estado de permanente pobreza. E quando constatamos que, na atualidade, as hegemonias têm sobrevivendo em detrimento das parcelas mais fragilizadas da população, enfrentamos um grande paradoxo: somente uma comunidade que viva a plenitude da experiência democrática é que possibilita o livre agir, sentir e pensar, ainda que nos limites da lei, mas esta liberdade existencial é também condição para as desigualdades.

Em sendo assim, é de inferir-se que somente a democracia possibilita o enriquecimento pessoal através do trabalho racionalmente orientado, pelo qual é possível produzir com justiça a riqueza das pessoas e dos povos. Se analisada em sua polaridade valorativa, ela resplandece como instituição cuja antítese não será sua ausência ou alguma forma de opressão, mas seu próprio ser existencial, quando não apresente as condições que possam torná-la instrumento para a consecução de outros valores, principalmente as expressões históricas da justiça.

## II

Este duplo aspecto da democracia, o institucional e o ideológico, converge para um fenômeno sociopolítico que só pode ocorrer dentro dela, mas que, paradoxalmente, acaba por destruí-la como ideologia e como instituição: este fenômeno denomina-se “populismo”, conceito cuja compreensão e alcance o torna incompatível com a democracia.

Populismo é a forma contemporânea da demagogia. Consiste na evocação direta do povo por parte de um chefe carismático, para segui-lo em um projeto político ou ideologia racional, mas independente de qualquer intermediação institucional. Graças à sua capacidade pessoal de sedução, o líder populista atrai a adesão da maioria da população, praticamente às cegas, com pouco ou nenhum questionamento e um mínimo de oposição.

Quanto à noção de demagogia, foi ela sugerida por Aristóteles, que a rotulava corrupção da democracia. Desde então, seu estudo faz parte da teoria política com uma conotação pejorativa prevalente no histórico do uso da palavra. Hobbes, por exemplo, refere-se ao demagogo como um orador poderoso dedicado a recompensar filhos, parentes, amigos e bajuladores<sup>4</sup>. Também Max Weber a ela se refere ao tratar da dominação carismática, uma das formas históricas da legitimidade política. O autor apresenta o demagogo como exemplo de uma forma de liderança fundada no carisma de um chefe político, paralelamente a outros tipos de liderança: o profeta, o príncipe guerreiro e o déspota esclarecido<sup>5</sup>.

Na sociologia weberiana podemos assinalar o tratamento da demagogia como meio de sensibilização política do público, já no contexto da atual sociedade de massa, sendo o demagogo o político por excelência da democracia massificada. Ou seja, a demagogia da antiguidade assume a feição de populismo na contemporaneidade.

Todavia, o termo é mais abrangente, sendo portador de um significado sociológico de que carecem os estudos sobre a demagogia<sup>6</sup>. Enquanto o entendimento desta, pelo tratamento que lhe tem dado a teoria política, mantém sua conotação pejorativa relacionada à forma de exercício da democracia, o populismo surge na história com um sentido axiológico positivo, ligado aos movimentos de resistência ao despotismo; ou então, como instrumento de cooptação eleitoral em apoio a um programa de governo em franca oposição ao *statu quo*. Em ambos os casos, verifica-se o apelo direto à grande comunidade humana de base territorial ou nacional, um fenômeno de comunicação entre lideranças carismáticas e o povo, que dispensa qualquer forma de intermediação institucional, inclusive partidária.

Nesse sentido, registram-se sublevações populares na França medieval, provocadas pela situação de abandono e sofrimento dos camponeses e artesãos, oprimidos sob o peso dos impostos que eram obrigados a pagar aos nobres proprietários das terras. Tem-se notícia de uma revolta na Normandia em 996, brutalmente sufocada, e de outra em 1358, a *Jacquerie*, quando lavradores franceses famintos e desesperados sublevaram-se contra a nobreza. Logo após a Revolução Francesa, ocorreu o movimento campesino da Vendeia, desencadeado em 1793 contra a República Jacobina, quando artesãos e camponeses se insurgiram contra a burguesia das cidades e a favor da Igreja Católica e da monarquia.

No último milênio de história da Europa podemos encontrar exemplos de ruptura institucional, promovida por levantes populares que emergiram espontaneamente contra os modelos instituídos de dominação. Entre os motivos de insurgência de cada época, estão algumas formas de controle social, vigentes pela tradição e na conformidade das noções políticas estabelecidas, que foram consideradas exageradamente repressivas ou mesmo ilegítimas. Foi assim que, em pleno século 14,

deu-se a revolta da comuna de Roma, que desde o deslocamento da sede papal para Avignon fora governada pelo autoritarismo da família Colonna. Mais tarde, a rebelião passou a ser liderada por Cola de Rienzo, que pretendia instaurar um governo tribúncio inspirado nas instituições clássicas romanas, no sentido de restabelecer a *Repubblica Romana*<sup>7</sup>.

Mais tarde, durante o século 16, o mesmo argumento da ruptura da repressão e da tirania inspirou um movimento de camponeses no norte da Catalunha, que se opôs ao regime de exploração servil baseado no antigo direito feudal que garantia o *ius maletradandi*, ou seja, um direito aos “maus usos” por parte dos senhores feudais. Estes, para frear a evasão de camponeses do campo para os centros urbanos, endureciam a aplicação dos “maus usos”, o que precipitou a eclosão do movimento conhecido como *Guerres de Remences*<sup>8</sup>. Foi uma rebelião de camponeses, uma sublevação popular que revelou a tensão entre uma concepção arcaica de domínio e um anseio por liberdade e expansão da ética social, que se inclinava para os novos modelos urbanos de vida mais tipicamente mediterrâneos. Embora de origens difusas, os conflitos mais violentos eclodiram em 1461, no tempo do rei João II de Aragão, quando assumiram as proporções de uma conflagração que pôs em risco a integridade da monarquia<sup>9</sup>. Em 21 de abril de 1486, o rei Fernando, o Católico, proferiu a *Sentença de Guadalupe*, abolindo a tradição de maus usos do direito feudal catalão e implantando um sistema enfiteutico de contratação de mão de obra no campo<sup>10</sup>.

Outro exemplo digno de nota foi a chamada rebelião dos *comuneros* no reino de Castela, que o historiador José Antonio Maravall denominou “*la primera revolución de carácter moderno*”, qualificação justificada pela sistemática mudança de perfil institucional que deixava de lado os modelos corporativos medievais<sup>11</sup>. A rebelião tomou corpo em face do descontentamento das comunidades do reino contra a postura autoritária do rei Carlos I de Habsburgo, alheio aos costumes do reino, e contra sua política fiscal. No entanto, o movimento acabou se ampliando ao antagonizar os abusos cometidos pela alta nobreza e oficiais da coroa na administração do reino. A sedição teve início em Toledo, em 1520, passando rapidamente para movimentos armados que se levam-

taram em Segóvia, Salamanca e Toro, reunindo contingentes militares que organizaram um órgão deliberativo para fazer frente ao rei. Não obstante, dois anos depois, em 1522, o movimento já perdera sua força e acabou por desarticular-se, ser derrotado em campos de batalha e sofrer a repressão final sob a autoridade do monarca, que se fortaleceu perante a alta nobreza e encontrou ambiente para alavancar seu modelo centralizador, característico do estilo político do Estado Habsburgo nos dois séculos seguintes.

No histórico do populismo é possível ainda aludir à “primavera dos povos”, a partir de 1848, quando eclodiram levantes populares em alguns países da Europa ocidental pelos quais se almejavam melhores condições de vida para os trabalhadores dos estabelecimentos industriais.

Essas revoluções foram duramente combatidas e derrotadas, mas alimentaram os ideais socialistas, os quais, sob a influência das ideias de Karl Marx, provocaram uma mudança ideológica que deu novo conteúdo ao conceito de democracia, relacionando-a ao governo do povo, mas identificado na classe trabalhadora.

Também a “questão social”, alusiva ao problema da pobreza crescente entre os membros da classe operária e as tentativas para solucioná-la, pode ser relacionada com o populismo como movimento generalizado de conscientização e reação dos trabalhadores que viviam a opressão do sistema de produção industrial, sem leis ou medidas oficiais que os protegessem.

Na Rússia, denominou-se populismo ao movimento de intelectuais que denunciavam a situação de flagrante injustiça social dos camponeses, num país que ainda mantinha o feudalismo e era o mais atrasado, em comparação com a Europa industrializada. O populismo dos intelectuais, ainda que provindo de uma elite afastada da vida rural, inspirou levantes de camponeses que passaram a exigir reforma agrária e democracia direta para a tomada do poder nas comunidades rurais. Foram eventos que inspiraram a Revolução Russa de 1917, que derrubou a autocracia russa, levou ao poder o Partido Bolchevique, de Vladimir Lênin, e implantou o primeiro regime socialista da história, que durou até 1991.

Neste histórico, o populismo, definido como movimento espontâneo de populações oprimidas que almejavam melhores condições de vida, ainda guarda um elevado grau de valoração positiva em meados do século 20. O mesmo pode ser dito em relação ao misto de admiração, respeito e obediência ao líder que move as massas com promessas e medidas populistas. Alguns líderes de movimentos populares da década de 1960, como Martin Luther King, Mahatma Gandhi e Nelson Mandela, podem ser tidos como formando o arquétipo do *bom populismo*.

Essas formas assinalam a separação entre dois modos de apelo popular como sustentáculo do poder político, a demagogia e o populismo, que se diferenciam pela polaridade axiológica de que ambos têm sido portadores na história: a primeira com valoração negativa, a segunda positiva.

Todavia, na medida em que o conceito de populismo perde esta conotação, passa a confundir-se com a demagogia, e, em consequência, é possível falar em populismo antigo e novo. Ambos foram movimentos sociais engendrados no seio das populações excluídas, mas o antigo era autêntico, pois eclodia espontaneamente e, mesmo tendo alguma espécie de chefia, o líder fazia parte da população. Já o novo tem sido resultado de uma forma de pregação ideológica apta a captar seguidores, sendo o chefe oriundo de um segmento populacional estranho ao grupo sublevado. E assim, o apelo populista passou a ser cada vez mais encarado de modo depreciativo.

Diversos motivos podem ser apontados. Primeiro, o desprezo de indivíduos poderosos em relação aos movimentos populares. Nos EUA, por exemplo, os governos de Richard Nixon e Gerald Ford se empenharam em retratar os movimentos sociais da década de 1960 sob um enfoque negativo, ao associá-los a baderneiros e desocupados, conectando-os com a criminalidade.

Uma segunda causa é a evidência histórica de líderes populistas cujos regimes degeneraram em tiranias, o que provocou a ideia generalizada de que o populismo é o germe embrionário de governos totalitários. Mussolini e Hitler enquadraram-se nesta situação, que foi estudada por Zaffaroni. Ao tratar do problema da escolha seletiva dos “inimigos

do estado” como medida típica de governos autoritários, bem assim da importância da propaganda nestes sistemas de governo, o autor recupera o conceito de *völkisch*, palavra que pode ser traduzida por “populista”. Segundo o autor, é uma técnica que consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez. Referindo-se ao nazismo, verificou que essa técnica esteve vinculada ao discurso que privilegia no teórico a pretensão democrática plebiscitária, antecipada por Weber e apoiada por Carl Schmitt<sup>12</sup>. Constata-se então que a técnica *völkisch* permite compreender o populismo como ferramenta utilizada em larga escala por regimes de governo totalitário, que aspiravam ao poder ou desejavam sua manutenção e reforço legitimante/plebiscitário.

O terceiro motivo foi a apropriação da técnica por lideranças políticas muito pouco identificadas com as reais necessidades das populações oprimidas, por estarem comprometidas com segmentos da classe dominante, mas que necessitavam de apoio popular para vencer eleições. Cidadãos que fazem da política uma profissão e estão mais inclinados a ganhar dinheiro para si, seus familiares, amigos, correligionários e bajuladores, do que lutar por nobres ideais.

Na América Latina, tivemos a política de Juan Perón na Argentina e Getúlio Vargas no Brasil, de índole populista, referidos como “peronismo”<sup>13</sup> e “getulismo”<sup>14</sup>. São líderes que provavelmente tenham iniciado sua ascensão política imbuídos de boas intenções, mas que degeneraram em face da necessidade de articular-se com segmentos economicamente mais fortes. Foram experiências fortemente pautadas por interesses político-partidários e abusos de poder que terminaram em autoritarismo. Perón valeu-se da popularidade de sua esposa, Eva Perón, cognominada a “mãe dos descamisados”, e Vargas era apontado como o “pai dos pobres”.

Mas avulta uma quarta causa, própria da época atual, marcada pelo extraordinário desenvolvimento da comunicação instantânea global, com o crescente domínio da informática na vida das pessoas. É a facilidade com que aqueles que dispõem de recursos financeiros para arcar com os altos custos da propaganda se valem dos instrumentos midiáticos e das redes sociais para cativar seguidores, notadamente em época



de eleições para escolha dos representantes do povo nos altos escalões de poder do Estado. Ocorre então um fenômeno paralelo: a desperada corrida atrás dos possuidores de grandes fortunas, especialmente empresas poderosas e profissionais da política, primeiro para conseguir dinheiro, ainda que de forma ilícita, e depois para financiar sua propaganda pessoal e partidária. Daí que as vitórias políticas são baseadas na corrupção mais desenfreada, pois tudo se compra, inclusive a consciência dos cidadãos.

Como ocorreu esta mudança histórico-linguística? Como foi possível o desvanecimento da noção positiva do populismo, que o diferenciava da demagogia? A resposta pode ser encontrada na crítica política da atualidade, que leva a examinar os fatores que induzem o povo a uma adesão maciça ao chamamento do líder. Um desses fatores é a massificação, que faz com que ambos os conceitos se identifiquem, populismo e demagogia, enquanto fenômenos dignos de reflexão crítica.

Habermas já havia denunciado a homogeneização dos comportamentos individuais como um aspecto indesejável da modernidade, que procurou afastar de seu conceito de igualdade, compreendendo-a como um vetor axiológico que a orienta no sentido da autonomia política dos sujeitos de direito. Esta observação entrevê um paradoxo, quando se constata que, apesar da extrema sofisticação de seus fatores, ou talvez até mesmo em função deles, está-se construindo uma sociedade cada vez mais estandardizada pela informação, cujos indivíduos são destituídos de qualquer ambição direcionada para valores transcendentais. É um processo de uniformização cultural que produz a massificação, valor negativo que ignora a alteridade e opõe-se à cooperação e à solidariedade.

Massificar é a anulação da personalidade dos indivíduos, que passam a realizar suas tarefas sociais mecanicamente, como abelhas e formigas, tendo sua conduta moldada desde o exterior, sem a adesão da consciência. Tal processo corresponde ao que Marx, referindo-se ao

Massificar é a anulação da personalidade dos indivíduos, que passam a realizar suas tarefas sociais mecanicamente, como abelhas e formigas

trabalhador, definira como alienação, a inconsciência do real alcance do trabalho por ele realizado. Mas esse conceito abrange todo tipo de alienação, inclusive a artística e intelectual, bem como as formas mais refinadas produzidas pela manipulação ideológica. Entre estas, a manutenção da sociedade num estado de ignorância que impede seus indivíduos de perceberem o que realmente acontece em seu próprio meio, em sua família, em sua pátria e na humanidade.

A massificação e a ignorância coletiva tornam o cidadão presa fácil da manipulação ideológica que falseia a soberania popular, quando o utilitarismo leva a coletividade a voltar-se para o imediatismo da posse de bens materiais e do uso dos instrumentos de um hedonismo materialista que só o dinheiro consegue proporcionar.

O fenômeno da massificação coloca em evidência o paradoxo da democracia que, inobstante ser sustentada pela maioria, é fruto da construção da vontade coletiva desta através da demagogia e do populismo.

Do exposto, pode-se concluir que a demagogia populista encontrou seu locus próprio na atualidade em face da proliferação de cargos, profissões e funções definidos como políticos, especialmente os partidos, e principalmente em face da quantidade de eleitores, contados aos milhões. Se a demagogia antiga surge com a degeneração da democracia direta, sua expressão atual surge com a massificação da sociedade e a falência do modelo representativo.

Conclui-se também que a permanência da demagogia populista, a despeito do progresso das instituições, reforça o aspecto paradoxal da democracia, visto que o instituto traz dentro de si sua própria corrupção: se a demagogia ocorre em todas as formas de governo, ela só é percebida como tal num contexto político democrático.

Inobstante tais percalços, ou mesmo em função deles, a democracia tem de ser repensada como o ambiente da liberdade. A análise da experiência democrática demonstra que os cidadãos de todo o mundo civilizado, ainda que se sintam oprimidos pelo cerceamento de sua autonomia individual e incremento do peso da heteronomia social, desejam exercer seu livre arbítrio em um contexto reconhecido como sustentado pela vontade da maioria.

Se viver com democracia é ruim, muito pior é viver sem ela.

## Notas

1. Luiz Fernando Coelho. Membro fundador da Academia Paranaense de Letras Jurídicas (APLJ). Primeiro presidente e membro emérito da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito (ABRAFI), seção brasileira da Associação Internacional de Filosofia Jurídica e Social (IVR). Professor de Lógica, Hermenêutica e Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (aposentado), ex-professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e, atualmente, integrante do corpo docente do Centro de Ensino Superior CESUL, em Francisco Beltrão (PR), onde é coordenador da revista jurídica “Direito em Revista”. É membro do Conselho Editorial da Revista Bonijuris. O artigo a seguir é a versão em português da palestra “*Democracy and Populism*”, proferida em 18/07/2017 no Congresso Mundial da Associação Internacional de Filosofia Social e Jurídica (IVR), realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
2. HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência enquanto “ideologia”. In: *Textos Escolhidos*. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril Cultural.
3. RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1971.
4. HOBBS, Thomas. *Do cidadão*, p. 160, apud SALATINI, Rafael. *Demagogia antiga e moderna*. Posfácio à ed. brasileira de BOBBIO, Norberto. *Contra os novos despotismos*. Trad. Erica Salatini. São Paulo: Ed. UNESP, 2016.
5. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*, Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa São Paulo: UNB, 2004. p. 526.
6. A palavra “populismo” designa também uma corrente literária fundada na França, em 1929, que pretendia realçar o mundo do “homem da rua”. V. POLIS – Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado, vb. “populismo”.
7. “[...] *Il rappela aussi le gouvernement pacifique et noble que était autrefois celui des Romains, la fidèle sujétion perdue des villes avoisinantes. [...] Puis il décide de s'occuper du bon gouvernement de Rome, et de cela il fit le serment à chacun en toutes lettres*”. “*Il demanda au peuple de lui faire la grâce que lui et le vicaire du pape fussent appelés les tribuns du peuple et les libérateurs*.” ANONYMOUS ROMAIN, *Chronique: Rome, le temps, le monde et la révolte de Cola di Rienzo*, trad. Jacqueline Malherb-Galy, Toulouse: Anachassis éditions, 2015, p. 188 e 192.
8. “*Remences*” é o plural de “remença”, que designa um modo particular de servidão no direito feudal catalão, documentado desde o século XI; distinguível de outros modos de servidão feudal e com um *status* particular para a condição jurídica do camponês ligado ao domínio da terra: “*Als s. X i XI, en les transmissions del domini de les terres, hom ja hi comprenia el domini existent sobre les persones que hi eren establertes (remença)*”. V. *Gran Enciclopèdia Catalana*, verb. “pagès de remença”. Disponível em: <http://www.enciclopedia.cat/EC-GEC-0198505.xml>.

9. Paul FREEDMAN, *The Origins of Peasant Servitude in Medieval Catalonia*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 186-188.
10. Tomàs de MONTAGUT, “La Sentència Arbitral de Guadalupe de 1486”, *L’Avenç*, 93 (1983), p. 374-380.
11. José Antonio MARAVALL, *Las comunidades castellanas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 15-21.
12. ZAFFARONI, Eugenio R. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 57-58.
13. *Peronismo* é a denominação dada genericamente ao Movimento Nacional Justicialista, criado e liderado a partir do pensamento de Juan Domingo Perón, militar e estadista argentino, eleito presidente daquele país em 1946, 1951 e 1973.
14. *Getulismo* é o culto à personalidade de Getúlio Dornelles Vargas, político brasileiro que governou o país entre 1930 a 1945, e de 1951 a 1954. Esse também é o nome dado à forma de governo autoritária vigente durante o regime que se denominou Estado Novo (1937-1945).

## Referências

- ANONYMOUS ROMAIN, *Chronique: Rome, le temps, le monde et la révolte de Cola di Rienzo*, trad. Jacqueline Malherb-Galy, Toulouse: Anachassis éditions, 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Contra os novos despotismos*. Trad. Erica Salatini. São Paulo: Ed. UNESP, 2016.
- FREEDMAN, Paul. *The Origins of Peasant Servitude in Medieval Catalonia*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência enquanto “ideologia”. In: *Textos Escolhidos*. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Abril Cultural.
- MARAVALL, José Antonio. *Las comunidades castellanas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, 1971.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*, Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa São Paulo: UNB, 2004.
- POLIS – Enciclopédia VERBO da Sociedade e do Estado. Lisboa/São Paulo, 2000. vb. “populismo”.
- Gran Enciclopèdia Catalana, verb. “pagès de remença”. Disponível em: <http://www.enciclopedia.cat/EC-GEC-0198505.xml>.
- Tomàs de MONTAGUT, “La Sentència Arbitral de Guadalupe de 1486”, *L’Avenç*, 93 (1983).
- ZAFFARONI, Eugenio R. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

# A democracia constitucional em período de tempestade<sup>1</sup>

**Clèmerson Merlin Clève<sup>2</sup>**

Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

**Resumo:** O objetivo deste artigo é analisar, diante do contexto político de desgaste do regime e da lei fundamental vivido no Brasil e no mundo, de que forma o constitucionalismo democrático reclama as tarefas que se considera primordiais e urgentes: salvar e robustecer a democracia. Para tanto, aponta-se como a atuação de contrapoderes tem servido para acudir das investidas abusivas, especialmente por parte do Executivo. Parte-se, então, para o fortalecimento da democracia, oportunidade em que são apresentadas propostas de soluções às crises do presidencialismo e da legitimidade de representação política. Conclui-se que salvar e robustecer a democracia são pontos de partida para obter a possível e desejável combinação de eleições verdadeiras e representação autêntica.

## Introdução

O TEMA A SER DEBATIDO É RELEVANTÍSSIMO nesta altura da história brasileira, tão premente como na época em que, saídos da ditadura militar, discutíamos a elaboração de uma nova Constituição. O título da intervenção poderia, em situações normais, sugerir um objeto sem delimitação definida, genérico, despido de maior urgência. Ocorre exa-

tamente o contrário neste período de tempestade que estamos a experimentar.

Falar, hoje, de democracia constitucional deixa de ser um assunto de especialistas, de professores, de doutrinadores, de advogados, de políticos e de juízes. Trata-se, agora, de um tema de todos, supondo uma discussão que atravessa a sociedade e preocupa a cidadania deste país continental.

A propósito, duas situações preocupam:

Fala-se em democracia liberal, democracia pluralista, democracia inclusiva, democracia social, democracia deliberativa. O que importa para nós, nesta altura, é a democracia constitucional

(i) a lei fundamental está sendo testada diante da tensão ocorrente na arena política, dos sucessivos ensaios autoritários do Executivo, das violações às cláusulas constitucionais da separação dos poderes e dos direitos fundamentais de grupos vulneráveis, com o desmantelamento das agências responsáveis pela sua satisfação.

(ii) a democracia também está sendo testada, razão pela qual cumpre trabalhar pela sua resiliência em um tempo de viragem dos humores políticos e do crescimento de experiências iliberais em muitos países (Polônia, Hungria, Turquia) ou do crescimento das escolhas eleitorais populistas em lugares inimagináveis como os Estados Unidos.

listas em lugares inimagináveis como os Estados Unidos.

Há ampla literatura demonstrando que o processo de esgarçamento, sufocamento e amesquinamento das democracias não se opera mais por meio de golpes clássicos, com o uso da força, mas pela erosão contínua dos seus pilares de sustentação<sup>3</sup>.

Por outro lado, emerge, no mundo político, uma situação de estranhamento entre representados e representantes, sobretudo nos parlamentos, o que contribui para que algumas sociedades não reconheçam nos mandatários eleitos personagens autênticos que expressam a voz do povo. É perigosa a ideia de que todo político é um estranho, um ser distante, alguém que cuida apenas dos seus próprios interesses.

Por fim, há a questão do falseamento da vontade popular, como vimos na eleição de Trump e no advento do Brexit, por meio de recolhimento e manejo de dados pessoais pelas grandes companhias de tecnologia do mundo, usados para o convencimento dos indecisos. Como combater os disparos em massa, muitas vezes carregadas de informações falseadas ou contaminadas pelo ódio e rancor, que interferem na formação da vontade popular, quebrando o princípio da igualdade de chances e deturpando o sentido do processo eleitoral?

É importante, então, nesta quadra da vida nacional, adotar medidas para (i) salvar e outras para (ii) robustecer a democracia constitucional.

## **I. Conceitos de democracia e multiplicidade de soluções imaginadas**

São inúmeras as propostas conceituais da democracia, algumas mais exigentes, outras menos. Elas são, em geral, tributárias do liberalismo, na linha dos pensamentos de Popper<sup>4</sup> e Schumpeter<sup>5</sup>, que a tratam como um meio para um fim. As mais exigentes associam a democracia à ideia de igualdade, não simplesmente de chances, mas já de posições, com uma arena rigorosa de deliberação em busca do consenso ou, em uma linha republicana clássica, com o debate honesto entre cidadãos virtuosos. Em outra trilha, Hannah Arendt<sup>6</sup>, dialogando com a experiência clássica dos gregos e com a lição aristotélica, toma a democracia como um fim em si mesmo. O espaço público é o lugar próprio do cidadão, que não pode ficar prisioneiro de seus interesses egoístas, tornando-se rei, devendo, antes, contribuir para a felicidade pública, apresentando-se na *ágora* como um simples cidadão que deve, no debate público, argumentar para convencer.

Fala-se em democracia liberal, democracia pluralista, democracia inclusiva, democracia social, democracia deliberativa. O que importa para nós, nesta altura, é a democracia constitucional<sup>7</sup>, o modelo adotado pelo constituinte brasileiro – herdeiro dos pensamentos republicano e, sobretudo, liberal – e, nesta latitude, reduzir o conceito à sua essência

última para abraçar as ideias de periodicidade dos mandatos, alternância dos governos por meio de processos pacíficos e igualdade de chances na disputa política. Com isso em mira, cabe falar, com modéstia, do que pode ser acordado por gente com diferentes olhares, doutrinas ou ideologias, de algo que pode ser colocado na mesa e convergir para compor uma agenda comum de trabalho. As soluções encaminhadas adiante, portanto, são triviais, oportunas, limitadas e apenas suficientes para atravessar a tempestade e ensaiar o primeiro passo no sentido de robustecer a democracia.

## II. Salvar a democracia

A Constituição vige por mais de 30 anos, com as instituições mostrando resiliência. Nenhuma carta brasileira, autoritária ou democrática, depois da República Velha, vigorou por tanto tempo. Esse é um bom sinal. Sob a égide da atual Constituição o país testemunhou dois impeachments que culminaram com o afastamento de dois presidentes da república e, apesar do trauma experimentado, sobretudo na segunda oportunidade, o regime resistiu.

Experimenta-se, agora, um governo de direita que amesquinha os direitos fundamentais, que se omite diante do direito fundamental à vida em plena época de pandemia, implicando um sem-fim de mortes evitáveis, que agride os grupos vulneráveis, é cúmplice de disparos em massa de *fake news*, consente com as mensagens autoritárias e a disseminação dos discursos de ódio pelos seus grupos de apoio, reivindicando o fechamento do Supremo Tribunal Federal e ainda do Congresso Nacional. Um governo que propõe uma reinterpretação oportunista do art. 142<sup>8</sup> da Constituição Federal, autorizadora de uma fantasiosa intervenção militar nos negócios do Estado, elabora dossiês contra adversários<sup>9</sup>, trata os opositores como inimigos que merecem aniquilamento e, mais, segundo noticiou a revista *Piauí*<sup>10</sup>, pretendeu, efetivamente, uma ou outra vez, promover um golpe para implantar regime de exceção, e que, além disso tudo, promove publicamente a defesa de torturadores e do regime militar.



Este é o momento, portanto, de provocar a sociedade civil, os movimentos sociais, a imprensa, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) para a resistência. Da mesma forma, os governadores de boa vontade. Ora, na federação as coletividades federadas também integram o desenho da divisão do poder, divisão espacial, no caso, de modo a atuar tanto como simples esfera de exercício de competência territorial quanto como dimensão política de controle ou vigilância de outras manifestações do poder.

A oposição, a minoria no Congresso Nacional, também atua em defesa da democracia e da Constituição, fazendo uso da palavra, ampliando o alcance da voz por meio da imprensa ou das redes sociais, aproximando a ação política dos movimentos sociais, articulando entre os pares o bloqueio de medidas do Executivo que sejam inconstitucionais ou regressivas, inclusive com a aprovação de expedientes como a anulação de decretos regulamentares e a derrubada de vetos apostos pelo presidente. Os partidos minoritários oferecem resistência, quer seja requisitando informações, postulando a instauração de comissões parlamentares de inquérito (CPI), quer seja aforando, perante a suprema corte, medidas de controle abstrato de normas ou da omissão inconstitucional de providências reivindicadas pela lei maior.

Também o Supremo Tribunal Federal tem atuado como verdadeiro contrapoder, fulminando medidas violadoras de direitos fundamentais, agressoras do princípio da moralidade ou vulneradoras do discurso normativo plasmado na Constituição. A decisão que reconheceu a competência concorrente das coletividades federadas para a implementação de medidas contra a pandemia<sup>11</sup>, a despeito da vontade centralizadora da União, o que implicaria o perigoso fortalecimento da autoridade presidencial, colocando em risco a saúde coletiva e o interesse público, foi uma delas. Mas há muitas mais.

É oportuno lembrar da instauração de dois inquéritos, um deles bastante polêmico. O inquérito que investiga atividades antidemocráticas praticadas por grupos de apoio com a cumplicidade do presidente da república<sup>12</sup>, e o instaurado pelo próprio STF<sup>13</sup>, com base em interpretação especiosa e contestada do seu regimento interno, sendo relator em ambos os casos o ministro Alexandre de Moraes, para inves-

tigar as *fake news* e as ameaças contra a corte, aos ministros e às suas famílias. A verdade é que as duas investigações, com as providências cautelares deferidas, foram suficientes para a diminuição do quadro de tensão no qual vivíamos, culminando, inclusive, com a decretação de medidas de busca e apreensão contra pessoas exercendo funções no Palácio do Planalto.

A Justiça Eleitoral também tem um papel a cumprir. Primeiro, gerindo com eficiência o processo eleitoral e, depois, atuando con-

Experimenta-se,  
agora, um governo  
de direita que  
amesquinha os  
direitos fundamentais,  
que se omite  
diante do direito  
fundamental à vida  
em plena época de  
pandemia

tenciosamente de modo adequado, proporcional, respeitando os direitos fundamentais, admitindo certa dose de modéstia, despidendo-se do paternalismo injustificável ou do moralismo castrador da dinâmica necessária do mercado das ideias no período legal das campanhas pela conquista de eleitores.

No processo eleitoral, para garantir a igualdade de chances nesta sociedade técnica e de massas, importa, por outro lado, controlar o manejo malicioso dos meios tecnológicos fraudadores do processo de escolha e deliberação. Entre garantir a liberdade no mercado de ideias e censurar os abusos inaceitáveis, no exercício dessa sensível tarefa, caminha a Justiça Eleitoral no fio da navalha. Aplicar judiciosamente a lei, na hipótese, não constitui tarefa para amadores. O direito eleitoral, portanto, se sofisticava.

É preciso verificar, neste quadro, se outras instituições ou autoridades foram de alguma maneira, perdidas por causa dos mecanismos de cooptação ou de captura. Refiro-me, particularmente, à Procuradoria-Geral da República e à direção da Polícia Federal, instituições de estado que não deveriam ficar à disposição dos desejos momentâneos dos governos de passagem. Diga-se, todavia, que as chefias não são as instituições e isto é suficiente para a preservação de uma réstia de esperança.

Mediante a atuação dos contrapoderes, o objetivo comum, reitera-se, é salvar a democracia, fazer a longa caminhada até 2022, impedir quaisquer medidas tendentes ao seu enfraquecimento, como aquelas

que possam facilitar a reeleição por meio de imposição de condições violadoras da igualdade de chances no processo eleitoral, cooptar ou capturar as instituições para a obtenção de vantagem eleitoral, alterar a lei fundamental para permitir mais de uma reeleição, convocar constituinte ou processo de revisão constitucional em um período trágico de regresso da história e de fortalecimento de doutrinas iliberais. Em síntese, reproduzir aqui o que já foi tentado na Colômbia (mais de uma reeleição) e rejeitado pela corte constitucional<sup>14</sup>, ou o que foi feito com sucesso no Equador, na Venezuela e na Turquia.

O desafio é, repetimos, salvar a democracia. O dever de todo cidadão, e particularmente dos operadores do direito e agentes públicos, nos tempos que correm, é o de, em circunstância de risco, manter a vigilância e agir politicamente para a preservação daquilo que já conquistamos, por mais imperfeitas que sejam as nossas instituições.

### **III. Robustecer a democracia**

A segunda tarefa é fortalecer a nossa democracia. O robustecimento desse regime político pede a implementação de algumas medidas que, bem negociadas, podem entrar na agenda pública. São, nesse particular, propostas úteis e, ao mesmo tempo, modestas. Não falamos, aqui, de justiça política, do ideal, mas apenas do possível no horizonte temporal em que residimos. Está-se a falar, nesta oportunidade, da busca de solução para as (i) crises recorrentes do presidencialismo brasileiro e, por outro lado, (ii) para o déficit de legitimidade da representação política.

#### **a) Tratando das crises recorrentes**

O primeiro desafio é o de atenuar o hiperpresidencialismo<sup>15</sup>. O presidencialismo brasileiro é bastante diferente do seu congêneres norteamericano. Se é verdade que lá, também, está cada vez mais forte, em virtude da reinterpretção de cláusulas constitucionais e dos poderes incorporados em tempo de guerra ou de combate ao terrorismo,

mesmo assim o presidencialismo norte-americano não se compara ao brasileiro. Os secretários, autoridades auxiliares do presidente, a quem nós chamamos ministros, tem os seus nomes aprovados pelo Senado, não há leis de iniciativa exclusiva do presidente e, em relação ao orçamento, cabe ao Congresso decidir a respeito. Atualmente, temos um hiperpresidente com poderes para fazer o bem e o mal – mais o mal do que o bem –, mas que, diante da fragmentação do sistema partidário, paga um alto custo para governar, carecendo negociar caso a caso com os partidos ou com os parlamentares para aprovar, no Legislativo, os projetos que encaminha, algo muito distinto do que ocorre na república do hemisfério norte, onde as cadeiras senatoriais e da Câmara dos Representantes são divididas entre dois partidos. Fala-se, portanto, em presidencialismo de coalizão<sup>16</sup>, que não constitui mal nenhum em si, não fora a sua versão negativa, o presidencialismo de cooptação, ou o modelo primitivo denominado presidencialismo de colisão.

Ao mesmo tempo, fracassada a coalizão que permite governar, emergem crises políticas periódicas, cujos remédios cobram um altíssimo custo para a nação. Ou o país vai à ruína, ou o presidente renuncia, ou ocorre um golpe, ou se busca o impeachment, um caminho demorado, complexo e por demais oneroso. Na circunstância, não há possibilidade do manejo dos mecanismos de solução mais singela próprios do parlamentarismo, como a convocação antecipada de eleições, a aprovação de moção de censura ou a formação de um novo governo.

É neste quadro, por exemplo, que várias autoridades e doutrinadores, brasileiros e estrangeiros, propõem a adoção do parlamentarismo entre nós. O último a tratar do assunto foi o constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman<sup>17</sup>, que defende para o Brasil, com os olhos voltados para 2023, a convocação de nova constituinte com vistas a resultar na adoção do parlamentarismo. Isto, segundo o jurista estadunidense, poderia impedir a eleição de presidentes radicais tanto de esquerda quanto de direita. Em adequado contraste, vários artigos foram publicados por juristas brasileiros demonstrando o risco, neste momento, de convocar uma constituinte e afirmando que o melhor é cumprir, efetivar a Constituição, mesmo com os defeitos que ela ostenta em um ou outro capítulo<sup>18</sup>.

Os ministros Barroso<sup>19</sup> e Gilmar Mendes<sup>20</sup> advogam a adoção, certamente no momento propício, do semipresidencialismo, mais na linha do praticado em Portugal do que na França, em que, ao contrário do português, o presidente, fator de desgaste e crises, é quem preside o conselho de ministros, e não o primeiro-ministro. Em ambos os casos há uma divisão de tarefas entre o chefe de estado e o chefe do governo. A eleição direta para a chefia do Estado e as tarefas a cumprir apartam a experiência semipresidencial da parlamentarista. No caso português, o presidente eleito diretamente pelo voto popular forma o governo e, depois, sobre o exercício de funções protocolares, acompanha o trabalho governamental, sem dele diretamente participar, zelando, ademais, pelo cumprimento da constituição. Cuida de questões permanentes e não sofre com as questões conjunturais, momentâneas, temporárias, preservando a sua autoridade nos períodos de crises emergentes para assegurar a continuidade do Estado, do regime e o cumprimento da normatividade constitucional.

Nesse quesito, particularmente, somos simpáticos à adoção do semipresidencialismo, inclusive porque ele é compatível com a luta do povo brasileiro pela eleição direta para presidente e com o resultado do plebiscito em que o povo brasileiro escolheu, certamente em função da possibilidade da eleição direta, o presidencialismo. Mas a adoção do semipresidencialismo não é suficiente para resolver a questão da governabilidade. É por isso que Jorge Reis Novais<sup>21</sup>, um dos grandes constitucionalistas portugueses, diz que o semipresidencialismo – sobre o qual escreveu uma alentada obra em dois volumes – isoladamente não solucionaria o problema nacional que decorre primeiramente da disfunção do quadro partidário. A questão antecedente, portanto, é a revisão do regime dos partidos políticos. A fragmentação, a falta de representatividade, a inautenticidade, a frágil lealdade entre membros e mandatários, tudo isso compromete a credibilidade das agremiações políticas. Seria, certamente, o caso de ter menos partidos, mas partidos mais sólidos, representativos, verdadeiros canais de expressão da voz dos mais amplos setores da população.

Entra, aqui, a chamada cláusula de barreira. O Supremo Tribunal Federal, e isso é reconhecido, entre tantos, pelos ministros Nelson Jobim

e Gilmar Mendes, incorreu em grave erro ao declarar por unanimidade (ADIs 1351 e 1354 aforadas pelo PCdoB e pelo PSC)<sup>22</sup> a inconstitucionalidade da cláusula de barreira instituída pela Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/95), trazendo, como efeito colateral, a proliferação das agremiações partidárias. Estímulo em análoga direção veio com a possibilidade de haver coligações para a disputa de eleições proporcionais, o que, felizmente, foi depois proibido pela EC 97/17<sup>23</sup>. Por fim, do julgamento que tratou da fidelidade partidária, implicando perda do mandato para

Os partidos precisam ser autênticos, verdadeiros, portas abertas para a participação da cidadania, e não meros instrumentos de acomodação dos interesses das oligarquias que os comandam

o infiel, exceto para a criação de partido novo, também resultou no aumento descomunal de novos partidos. As decisões trazem consequências que precisam ser verificadas no âmbito do estudo da prognose. Se é verdade que os tribunais devem decidir por princípios e não por valores<sup>24</sup>, levando em conta os dispositivos normativos, e não as consequências da decisão, não é menos certo que, na aplicação dos princípios, as consequências, embora não determinantes, também merecem ser estimadas. Não se trata de pragmatismo, mas sim de mero mapeamento do universo em que incidirá a

adjudicação. Felizmente, a situação parece ter sido resolvida, em parte, com a aprovação, pela EC 97/17, da exigência de satisfação de certas condições<sup>25</sup> para o acesso aos recursos do fundo partidário e ao tempo gratuito para propaganda de rádio e televisão, o que significa de certo modo o renascimento, entre nós, da cláusula de desempenho.

Os partidos precisam ser autênticos, verdadeiros, portas abertas para a participação da cidadania, e não meros instrumentos de acomodação dos interesses das oligarquias que os comandam. É preciso, também, haver um mínimo de lealdade e de fidelidade aos ideais partidários, sem contar o fato de que os partidos devem ser claramente distinguidos uns dos outros. Temos, sim, alguns com essas características. Falo do PSOL, do PCdoB, do Novo. Os demais, no geral, são constelações de interesses associados, meros instrumentos de acesso ao poder

ou ao dinheiro do fundo partidário. Como ocorre em outros países, o robustecimento do processo democrático e a solução das recorrentes crises do presidencialismo brasileiro dependem da funcionalidade, do fortalecimento e da estabilidade do sistema partidário.

## **b) Tratando do déficit de legitimidade**

Apresentamos quatro propostas de solução para o problema da deficiência de legitimidade da representação, que podem alcançar a adesão necessária para ingresso na arena pública de debate.

### **Primeira**

É necessário adequar a proporcionalidade na representação dos estados na Câmara dos Deputados. Sim, é difícil. Os estados resistirão. Mas é preciso reconhecer que temos, hoje, uma definição artificial e injusta, concebida durante o regime militar. Temos, diante da previsão constitucional de um mínimo de oito e um máximo de 70 representantes por estado, um problema de sub-representação de populações inteiras e de super-representação de outras. Isso claramente afeta a democracia. As agendas das sociedades mais simples super-representadas se superpõem àquelas das coletividades mais complexas, urbanas, causando estranhamento, distanciamento e déficit de representação quando considerado o país por inteiro. Ora, os estados já são representados de modo igual no Senado. Robert Dahl<sup>26</sup>, em um célebre livro, reportando-se à representação igual dos estados no Senado, punha em dúvida o caráter democrático da constituição estadunidense. O que ele não perguntaria aqui, entre nós, quando a Câmara dos Deputados apresenta uma composição inadequada para a autêntica e fiel representação da população brasileira?

### **Segunda**

Ao mesmo tempo, é importante trocar, para a composição da Câmara dos Deputados, o sistema proporcional pelo distrital misto, em que seriam eleitos pelo sistema majoritário os candidatos que concorressem às vagas dos distritos eleitorais, enquanto as demais seriam

preenchidas pelo sistema proporcional com – é o que sugerimos – lista fechada. O sistema distrital puro é, na verdade, mais simples, mais compreensível para o povo brasileiro, que, acostumado com as eleições para o Executivo nas três esferas da federação e para o Senado, entende mais facilmente quem é o ganhador e como o jogo é jogado. Ele permite, além disso, uma vinculação mais sólida entre o mandatário eleito e os representados, facilitando inclusive a adoção do recall. Claro que a lei de Maurice Duverger<sup>27</sup> deve ser considerada. O sistema distrital tende para o bipartidarismo, o que pode significar o aniquilamento dos pequenos partidos, inclusive os autênticos e ideológicos, o que constituiria uma lástima. Mas nenhum sistema está livre de efeitos colaterais. Todos apresentam vantagens e desvantagens que precisam ser sopesadas. Diante disso, defende-se levar para a arena pública o debate acerca da adoção, no Brasil, como na Alemanha, do sistema distrital misto, fator que constituiria um considerável avanço.

### Terceira

O Brasil reclama, por outro lado, a ampliação das técnicas de democracia direta, sobretudo no âmbito local, como ocorre em outros países. Lembro aqui de Portugal, com as freguesias e as reuniões de vizinhos, e dos Estados Unidos, com as consultas que acompanham as eleições. Falo, também, de recall, de iniciativa legislativa e de postulações revocatórias. Enfatizo o âmbito local, eventualmente o regional, porque, segundo a advertência de Dominique Rousseau<sup>28</sup>, há inconvenientes nos plebiscitos e referendos nacionais. Se no âmbito local devem constituir uma prática frequente, corriqueira, no plano nacional merecem ser manejados com significativa cautela e de modo espaçado para sinalizar a gravidade das deliberações e evitar o populismo, a formação de maiorias eventuais e instáveis, a captura dos instrumentos pelos demagogos, o irracionalismo e a conseqüente discussão emocional sobre temas complexos e sensíveis que podem trazer conseqüências negativas para a nação e para os próprios eleitores, como é o caso do *Brexit* ou da aprovação de novas constituições ou reformas constitucionais propostas por governos iliberais no auge de sua popularidade<sup>29</sup>.



### Quarta

Temos, por fim, outro problema urgente e sério que compromete o processo democrático, a ideia de representação e a igualdade. Refiro-me à presença insignificante dos grupos minoritários entre os mandatários eleitos. Falo mesmo daqueles que, paradoxalmente, formam a maioria da população, como os negros e as mulheres. Penso que a solução adequada não é a reserva de vagas nas casas legislativas, mas sim a adoção de medidas de estímulo e de suporte para diminuir essa discrepância abissal. O Congresso Nacional e o Tribunal Superior Eleitoral, esse último ao dar efetividade às medidas legislativas aprovadas pelo primeiro, estão caminhando na direção correta quando criam incentivos para a presença das mulheres na disputa partidária, com determinação de percentual mínimo de candidaturas femininas<sup>30</sup>, dotando-as de condições efetivas de disputa decorrentes do acesso aos recursos do partido e espaço no rádio e na televisão para a campanha. Não se tratam, afinal, as candidaturas femininas, de meras formalidades. E o mesmo, doravante, deve ser defendido em relação aos negros que, apesar de serem a maioria da população brasileira, continuam sem presença adequada nos cargos do Poder Executivo ou Legislativo<sup>31</sup>. Os nossos parlamentos, nos âmbitos federal, regional e local, não retratam, por isso, a geografia humana do Brasil, de modo que os negros e as mulheres não se sentem efetivamente representados nas várias instâncias de decisão política.

### Conclusão

Em síntese, foram apresentados os pontos mais urgentes, as propostas essenciais que ora são sintetizadas para possibilitar a união dos diferentes pensamentos voltados à constituição de uma vontade nacional. Creio que estas medidas: (i) salvar e (ii) robustecer a democracia, constituem um bom começo para, formando um consenso e constando da agenda pública de debates, proporcionar maior aproximação entre representados e representantes, diminuindo o déficit de legitimidade dos decisores e o distanciamento dos eleitores que culminam em desinteresse, inércia e abstenção. Importa atravessar a selvageria e o populis-

mo grosseiro<sup>32</sup>, superar o jogo duro (*play hard*), repelir as consequências do ódio discursivo, retomar o que a civilização ensinou ao jogo político (*fair play*)<sup>33</sup> e recobrar a fé e a esperança em um mundo melhor, em um Brasil de todos, uma verdadeira associação política formada por cidadãos e cidadãos livres e iguais. Disse Gilberto Amado em um livro clássico<sup>34</sup>, referindo-se a dois momentos da história brasileira, que antes tínhamos eleições fraudadas e representação verdadeira e, depois, passamos a contar com eleições verdadeiras e representação fraudada. Ora, precisamos das duas coisas ao mesmo tempo: eleições verdadeiras e representação autêntica. Trabalhemos para isso.

## Notas

1. Exposição realizada no VII Congresso Brasileiro de Direito Eleitoral, organizado pelos Instituto Paranaense de Direito Eleitoral (Iprade) e Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral (Ibrade), no painel “Constituição e Democracia”, integrado pelo autor, pelo ministro Nelson Jobim e pela professora Ana Paula de Barcellos.
2. Clèmerson Merlin Clève. Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil)
3. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. Broadway Books: United States, 2018. STANLEY, Jason. *How fascism works: The politics of us and them*. Random House Trade Paperbacks: United States, 2020. ALBRIGHT, Madeleine. *Fascism: A warning*. William Collins: London, 2018. BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018. LANDAU, David, Abusive Constitutionalism, 47 *U.C. DAVIS L. REV.* 189 (2013). Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/articles/555>. Acesso em: 15 set. 2020. Também: Decisão do ministro Luís Roberto Barroso, na MC- ADPF 622, julgado em 19.12.2019.
4. POPPER, Karl R. *The open society and its enemies*. Princeton University Press: New Jersey, 2020.
5. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. Routledge: London; New York, 2013.
6. ARENDT, Hannah. *On Revolution*. Penguin Books: New York, 2006.
7. GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. University of Chicago Press, 2018. FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*. Trotta: Madrid, 2011.

8. Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.
9. MC-ADPF 722. Relatora min. Cármen Lúcia, julgada em 20.08.2020.
10. GUGLIANO, Monica. Vou intervir! *Piauí*, n. 167, ago./2020, p. 22-25.
11. MC-ADPF 6341. Relator min. Marco Aurélio, julgada em 15.04.2020.
12. Inquérito nº 4828 – DF. Relator min. Alexandre de Moraes. Brasília, 20 de abril de 2020.
13. Inquérito nº 4781 – DF. Relator min. Alexandre de Moraes. Brasília, 14 de março de 2019.
14. Sentencia C-141/10. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.br/relatoria/2010/c-141-10.htm>. Acesso em: 16 set. 2020.
15. Reflexões, sobretudo da experiência latino-americana sobre o tema, podem ser consultadas em: NINO, Carlos Santiago. El presidencialismo y la justificación, estabilidad y eficiencia de la democracia. *Propuesta y control*, p. 39-56, 1990. GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la constitución (1980-2010). *Gaceta Constitucional*, v. 48, p. 289-306, 2011.
16. ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
17. Exposição realizada no “Painel 80 – Jurisdição Constitucional em Tempos de Crise”, para o evento “O Direito em Tempos de Covid-19”, organizado pelo IDP, mediado pelos ministros do STF Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, no dia 26 de junho de 2020. O autor publicou em português: O Brasil precisa de uma nova Constituição, *Correio Braziliense*, 13 jul. 2020. Disponível em: [https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/13/internas\\_opiniao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml](https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2020/07/13/internas_opiniao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml). Acesso em: 16 set. 2020. Também na versão inglesa: Brazil’s Constitutional Dilemma in Comparative Perspective: Do Chile and Spain Cast Light on the Bolsonaro Crisis, July 16, 2020, *I-CONnect*, Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2020/07/brazil-s-constitutional-dilemma-in-comparative-perspective:-do-chile-and-spain-cast-light-on-the-bolsonaro-crisis?>. Acesso em: 16 set. 2020.
18. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; MEYER, Emilio Peluso Neder; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves *et al.* Why Replacing the Brazilian Constitution Is Not a Good Idea: A Response to Professor Bruce Ackerman, *Int’l J. Const. L. Blog*, Jul. 28, 2020. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2020/07/why-replacing-the-brazilian-constitution-is-not-a-good-idea-a-response-to-professor-bruce-ackerman/>. Acesso em: 22 set. 2020. CORBO, Wallace; MADEIRA PONTES, João Gabriel: No Need for a New Constitution in Brazil: A Reply to Professor Bruce Ackerman, *VerfBlog*, 31 jul.

2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/no-need-for-a-new-constitution-in-brazil/>. Acesso em: 22 set. 2020. GALVÃO, Jorge Octávio; ROBALINHO, Ana Beatriz. Por que Bruce Ackerman quer uma nova Constituição para o Brasil? *Consultor Jurídico*, 22 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-22/observatorio-constitucional-ackerman-constituicao-brasil>. Acesso em: 22 set. 2020.
19. BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n. 3, jul./set. 2006, p. 287-262.
  20. PEC 79, enviada pelo min. Gilmar Mendes, em 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/12/pec-gilmar-semipresidencialismo-vale-esta.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.
  21. NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo: o sistema semipresidencial português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. I.
  22. ADI 1351 e ADI 1354, julgamento conjunto em 07.12.2006, de relatoria do min. Marco Aurélio.
  23. Art. 17 [...] §1º – É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.
  24. DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 292.
  25. Art. 17 [...] §3º – Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente: I - obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou – tiverem elegido pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação.
  26. DAHL, Robert. *A Constituição norte-americana é democrática?* Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV, 2015.
  27. MAURICE, Duverger. *Les partis politiques*. Paris: Colin, 1951.
  28. ROUSSEAU, Dominique. *Radicaliser la démocratie: Propositions pour une refondation*. Seuil: France, 2015; do mesmo autor: *La démocratie continue*, Paris: LGDJ, 1995.
  29. ALBRIGHT, Madeleine. *Fascism: A warning*. William Collins: London, 2018.
  30. Lei 9504/97 Art. 10 [...] §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 12.034/2009). O STF, ADI 5617, julgada em 15.03.2018, relator min. Edson Fachin, equiparou o patamar legal mínimo de candidaturas femininas, também, ao de recursos do Fundo Partidário destinado a estas. O entendimento foi estendido à Resolução 23.607/19 do TSE, relatoria do min. Barroso.
31. Na MC- ADPF 738, relator min. Ricardo Lewandowski, julgada em 9 de setembro de 2020, reconheceu-se a imediata aplicação dos efeitos do julgamento realizado pelo TSE, CTA 0600306-47, relator min. Luís Roberto Barroso, em 25 de agosto de 2020.
  32. FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Trotta: Madrid, 2011.
  33. VILHENA, Oscar Vieira. *A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional*. Companhia das Letras: São Paulo, 2018.
  34. AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*, Brasília: Senado Federal, 1999, p. 29.

## Referências

- ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- ACKERMANN, Bruce. O Brasil precisa de uma nova Constituição. *Correio Braziliense*, 13 set. 2020. Opinião. Disponível em: [https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/opiniaao/2020/07/13/internas\\_opiniaao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml](https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/opiniaao/2020/07/13/internas_opiniaao,871622/o-brasil-precisa-de-nova-constituicao.shtml). Acesso em: 16 set. 2020.
- ACKERMANN, Bruce. Brazil's Constitutional Dilemma in Comparative Perspective: Do Chile and Spain Cast Light on the Bolsonaro Crisis, July 16, 2020, *I-CONnect*, Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2020/07/brazil-s-constitutional-dilemma-in-comparative-perspective--do-chile-and-spain-cast-light-on-the-bolsonaro-crisis?>. Acesso em: 16 set. 2020.
- ALBRIGHT, Madeleine. *Fascism: A warning*. William Collins: London, 2018.
- AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999.
- ARENDDT, Hannah. *On Revolution*. Penguin Books: New York, 2006.
- BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Constitucionalismo abusivo: fundamentos teóricos e análise da sua utilização no Brasil contemporâneo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 79-97, jul./dez. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n. 3, p. 287-262, jul./set. 2006.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa, MEYER Emilio Peluso Neder, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade *et. al.* Why Replacing the Brazilian Constitution Is Not a Good Idea: A Response to Professor Bruce Ackerman, *Int'l J. Const. L. Blog*,

- Jul. 28, 2020. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2020/07/why-replacing-the-brazilian-constitution-is-not-a-good-idea-a-response-to-professor-bruce-ackerman/>. Acesso em: 22 set. 2020.
- CORBO, Wallace; MADEIRA PONTES, João Gabriel: No Need for a New Constitution in Brazil: A Reply to Professor Bruce Ackerman. *VerfBlog*, 2020/7/31. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/no-need-for-a-new-constitution-in-brazil/>. Acesso em: 22 set. 2020.
- DAHL, Robert. *A Constituição Norte-americana é democrática?* Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Trotta: Madrid, 2011.
- GALVÃO, Jorge Octávio; ROBALINHO, Ana Beatriz. Por que Bruce Ackerman quer uma nova Constituição para o Brasil? *Consultor Jurídico*, 22 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-22/observatorio-constitucional-ackerman-constituicao-brasil>. Acesso em: 22 set. 2020.
- GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la constitución (1980-2010). *Gaceta Constitucional*, v. 48, p. 289-306, 2011.
- GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. University of Chicago Press, 2018.
- GUGLIANO, Monica. Vou intervir! *PIAUÍ*, n. 167, ago./2020.
- LANDAU, David, Abusive Constitutionalism, 47 *U.C. DAVIS L. REV.* 189 (2013), Disponível em: <https://ir.law.fsu.edu/articles/555>. Acesso em: 15 set. 2020.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*. Broadway Books: United States, 2018.
- MAURICE, Duverger. *Les partis politiques*. Paris: Colin, 1951.
- NINO, Carlos Santiago. El presidencialismo y la justificación, estabilidad y eficiencia de la democracia. *Propuesta y control*, p. 39-56, 1990.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Semipresidencialismo: o sistema semipresidencial português*, Coimbra: Almedina, 2010. v. I.
- POPPER, Karl R. *The open society and its enemies*. Princeton University Press: New Jersey, 2020.
- ROUSSEAU, Dominique. *Radicaliser la démocratie: Propositions pour une refondation*. Seuil: France, 2015.
- ROUSSEAU, Dominique. *La démocratie continue*, Paris: LGDJ, 1995.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. Routledge: London; New York, 2013.
- STANLEY, Jason. *How fascism works: The politics of us and them*. Random House Trade Paperbacks: United States, 2020.
- VILHENA, Oscar Vieira. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. Companhia das Letras: São Paulo, 2018.

# Decisão judicial e valoração da prova oral: alguns aportes teóricos oriundos da psicologia do testemunho

**Tiago Gagliano Pinto Alberto<sup>1</sup>**

Juiz de Direito

*I did my best, it wasn't much  
I couldn't feel, so I tried to touch  
I've told the truth, I didn't come to fool you  
("Hallelujah" – Leonard Cohen)*

**Resumo:** A valoração da prova oral não tem sido objeto de análise no ambiente da dogmática jurídica. Ao contrário, as análises jurídicas em geral e judiciais em específico não têm sido voltadas a qualquer tipo de abordagem técnica ou científica acerca de critérios de racionalidade para compreensão do testemunho. Diante desse cenário, aportes teóricos hauridos de outros ramos do conhecimento científico devem ser utilizados, a fim de suprir a lacuna existente no ambiente jurídico. A psicologia do testemunho, que já pesquisa o tema há mais de três décadas, apresenta sugestões temáticas e metodológicas muito consolidadas no ambiente da ciência, além de comprovados sob o ponto de vista empírico. Este artigo identifica algumas situações de insuficiência jurídica (e judicial) de exame da prova oral e apresenta diversos aportes teóricos oriundos principalmente da psicologia do testemunho.

## Introdução

ATUALMENTE, METODOLOGIAS INERENTES À VALORAÇÃO da prova oral se encontram curiosamente pouco – ou quase nada – desenvolvidas na tomada de decisão judicial. Mesmo em aspecto teórico, a dogmática jurídica pertinente aos ramos processuais, civil e penal não destina à temática a importância que efetivamente ostenta para fins decisórios.

A teoria da decisão judicial, se isoladamente considerada, tampouco resolve a problemática da valoração da prova oral. Isso porque, em que pese o contexto argumentativo da justificação auxiliar na busca pela estabilidade do direito a partir da prolação de decisões judiciais que esquadrihem argumentos lançados no provimento decisório, o contexto da descoberta permanece algo enigmático, inclusive para o tomador de decisões, que ou simplesmente o desconhece, ou não se encontra seguro quanto às abordagens derivadas de outros ramos do conhecimento afora o direito.

Em assim sendo, a proposta deste artigo gira em torno da correlação entre a psicologia do testemunho e a tomada de decisão, por intermédio da compreensão argumentativa do contexto da descoberta.

### I. Psicologia do testemunho e valoração da prova oral

O reconhecimento de que a psicologia do testemunho produz conhecimentos que reverberam de maneira decisiva na análise da prova oral se faz imperativo, de sorte a alertar o juiz para a existência de diversos fatores que influenciam na tomada de decisão e que podem estar simplesmente ocultos nesse ambiente. E, para além de eventual manejo subjetivo da prova por meio de questionáveis padrões intuitivos, ou raciocínios falaciosos, este ramo do estudo da psicologia logra demonstrar a existência de dados objetivamente consistentes em relação às questões mais sensíveis ao desenvolvimento da prova oral em específico e daquelas dependentes da memória em geral.

A memória, por exemplo, figura como um dos exemplos mais candentes, já que a sua compreensão, ademais de não ser estudada, trabalhada e tampouco testada no ambiente judicante, atua como eixo cen-



tral de estudo e pesquisas que, no campo da psicologia do testemunho, já se desenvolvem há pelo menos duas ou três décadas com resultados animadores e profícuos para fins de diagnóstico de funcionamento e efetivação de seu manejo.

A despeito disso, entretanto, tanto a memória como em geral os aportes teóricos e práticos oriundos da psicologia não vêm sendo utilizados e sequer conhecidos pelos agentes inseridos no aparelho judicial, o que ocasiona multifacetárias formas de resolução de casos cujo ponto nodal de debate figura no entremeio do direito e da psicologia. Vejamos dois exemplos, a fim de contextualizar.

Em primeiro ponto, o caso da palavra da vítima no âmbito do processo penal. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ostenta entendimento consolidado no sentido de que entre a tese sustentada por meio da palavra da vítima e as alegações fáticas do acusado, aquela deve prevalecer em crimes cometidos às escondidas<sup>2</sup>. O estudo dos arestos que tratam do tema não demonstra, contudo, qualquer metodologia, ou justificativa, afora a natureza do crime e a qualidade da vítima enquanto tal para justificar essa atuação. No entanto, amplos aportes decorrentes da psicologia do testemunho poderiam ser levados em consideração para análise do tema, como, por exemplo, i) o controle de conteúdo da versão da vítima por meio de metodologia da lembrança, de acordo com paradigmas construtivistas, a teoria do monitoramento da fonte, ou a teoria do traço difuso; ii) o controle de forma da versão da vítima, evitando-se que o material-alvo verbal seja contaminado por feedbacks positivos ou negativos, estímulos não-verbais, sugestões de falsas informações, entre outros fatores.

Outro ponto de paralelismo entre a visão do Poder Judiciário e a psicologia do testemunho consiste no verbete sumular 455 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”. Ao que parece, o enunciado sumular caminha em trilha completamente oposta aos ajustes científicos comprovados por estudos de laboratórios, bem como em casos práticos levados a cabo na compreensão psicológica do testemunho, segundo os quais a prova oral, por

ser ampla e drasticamente afetada pela decorrência do tempo, deve ser colhida o mais rápido possível.

É justamente o oposto ao que menciona o Superior Tribunal de Justiça, isto é: o decurso do tempo justifica, por si só, a colheita antecipada da prova oral. Embora o destacado entendimento já venha passando por releituras<sup>3</sup>, ainda parece prevalente no ambiente da valoração judicial da antecipação da prova oral.

Ao que se poder depreender, faltam critérios mínimos metodológicos para conferir à prova oral e àquelas dependentes da memória o caráter científico que é reclamado há muito pela área temática de estudo atinente a este recorte da atuação humana.

A prova oral, em especial, vem sendo tratada de maneiras subjetivas que variam desde o *intuicionismo infantil* e sem respaldo até mesmo das teorias filosóficas intuicionistas<sup>4</sup>, ao *completo delírio* da compreensão individual de verdade, exemplificado pelo não enfrentamento ocular entre testemunha (vítima ou acusado) e juiz, ou pela circunstância de que a pessoa inquirida desvia o olhar, balbucia, não consegue completar frases, assusta-se etc. e, com isso, ou objetiva enganar o julgador, ou omite a verdade.

O recente Relatório n. 59 do IPEA – Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses, com coordenação-geral da professora doutora Lilian Milnitsky Stein, empreendeu amplo diagnóstico, em diversas regiões do Brasil e com ampla gama de atores integrantes de instituições variadas (polícia, Ministério Público e Poder Judiciário), da i) ausência de cientificidade atribuída à prova oral, e ii) da carência de método para a sua colheita, armazenamento e utilização.

A situação é dramática ao ponto de que os atores processuais, em fase judicial ou não, sequer têm noção da classe de perguntas aptas (ou não) lançadas aos inquiridos (abertas, fechadas, qualificadoras, confirmatórias etc.) e, bem assim, quais metodologias podem ser utilizadas para facilitar a lembrança de determinado evento, a exemplo da recuperação focada, entrevista livre, mudança de perspectiva etc.

Ao final, conclui o relatório que “nem sequer as diretrizes pouco específicas contidas em nosso arcabouço normativo vigente são obser-

vadas nas práticas identificadas em nossa pesquisa” e, em relação às práticas para a coleta de testemunho e reconhecimento, destaca que “sequer os dispositivos da norma que se referem às práticas do reconhecimento e testemunho são, muitas vezes, seguidos”.

O relatório pontua que o desconhecimento relativo aos subsídios científicos aplicados a este campo “acaba por levar a uma espécie de automatização das práticas adotadas, que acaba dificultando um olhar crítico e que possibilite uma reflexão sobre possibilidade de aprimoramento” e, ao final, vaticina:

Neste sentido, são necessárias também alterações na estrutura curricular dos Cursos de Direito para incorporação de disciplina específica a contemplar o conteúdo da Psicologia do Testemunho, para além dos conhecimentos generalistas trabalhados hoje na graduação. A área do testemunho interessa não apenas aos estudiosos do processo penal, como também do civil e trabalhista, sendo as provas dependentes da memória também fundamentais nesses campos.<sup>5</sup>

A conclusão não poderia ser mais acertada! Provocados – e de certa maneira indignados – pela ausência de atribuição de grau de cientificidade às provas dependentes da memória, em especial a oral, passamos a abordar algumas sugestões e metodologias desenvolvidas pela psicologia do testemunho.

## **II. Alguns aportes da psicologia do testemunho**

O estudo das provas dependentes da memória é vasto, englobando tanto o reconhecimento de pessoas, como a prova oral e, nesta seara, o estudo da memória, das técnicas de percepção de verdade e falsidade, ademais das perguntas neutras e muitas outras áreas, que se espraiam desde o ponto de vista clínico ao forense.

No específico campo da prova oral e, ainda mais verticalizado, do estudo da memória, é imprescindível destacar a celeuma existente quanto à sua configuração. Hodiernamente, revela-se proscrita, em razoável consenso, a ideia de que a memória se consubstanciaria em filme ou fo-

tografia apta a plasmar com total nitidez e perfeição determinado momento ou sequência de eventos; e que tais poderiam ser recordados em oportunidade futura quando se fizesse necessário para quaisquer fins<sup>6</sup>. Esta ideia já foi defenestrada por diversas razões. Em princípio, porque a memória pode ser alterada, introduzindo-se, de maneira consciente ou não, elementos de falsas memórias. É conhecido, neste ponto, o relato de Jean Piaget no livro “A formação do símbolo na criança”:

Se fosse verdadeira, uma das minhas primeiras lembranças seria de quando tinha dois anos. Ainda hoje vejo com clareza a seguinte cena, em que acreditei até os quinze anos. Estava sentado no meu carrinho, empurrado pela babá, pelos Campos Elíseos, quando um homem tentou me raptar. Enquanto a babá se colocava valentemente entre o ladrão e eu, o cinto que me prendia me segurou. Ela levou alguns arranhões em seu rosto, que ainda recorro vagamente. Então, uma multidão se acercou e um policial com uma capa curta e um bastão branco veio correndo. Ainda vejo a cena completa e inclusive a localizo próxima a uma parada de metrô. Aos quinze, meus pais receberam uma carta da minha antiga babá, em que lhes contava que se unira ao Exército da Salvação. Queria confessar os seus erros passados e, sobretudo, devolver o relógio que lhe haviam apresentado em recompensa ao que fez naquela situação. Ela havia inventado tudo e os arranhões eram de mentira.<sup>7</sup>

Entretanto, Elizabeth Loftus já demonstrou, acompanhada por sólidos e robustos estudos, que o processo de memorização passa ao menos pela interação de três fases distintas: a) o registro; b) o armazenamento; e c) a lembrança; e que em cada um deles pode haver equívocos, tanto em relação ao evento, como no que toca à pessoa<sup>8</sup>.

E, por fim, tampouco poderia ser a memória considerada mera fotografia ou filme do passado, porque não se lograria, a partir deste ideário, compreendê-la como de maneira diversa em sua construção ou reconstrução a depender da vertente teórica que se adote. Neste campo, figuram os seguintes posicionamentos teóricos, especificamente no campo das falsas memórias: o paradigma construtivista, que compre-

ende a memória como um sistema unitário; a teoria do monitoramento da fonte, que considera de maneira mais enfática o julgamento da fonte de informação como *standard* apto a definir a credibilidade da memória; e, ainda, a teoria do traço difuso, que assenta a existência de dos sistemas independentes de armazenamento e recuperação da memória<sup>9</sup>.

Fosse a memória um fato bruto, no sentido filosófico do termo, ou ainda um processo apreendido pelo cérebro e desvelado em momento propício quando invocado, não se teria a possibilidade de compreensão diversificada e de seu caráter falseável, conforme o traço teórico desenhado. Elizabeth Loftus adverte, a respeito: “Depois de passar pelo filtro da memória, a verdade e a realidade não são fatos objetivos, mas realidades subjetivas e interpretativas.”<sup>10</sup>

Sob a perspectiva trifásica da memória, há fatores que influenciam em cada etapa específica. No registro do evento, por exemplo, são os seguintes: a) tempo de exposição; b) frequência de exposição; c) detalhe saliente; d) tipo do fato; e) violência do evento. E, ainda no registro, os possíveis equívocos relativos às testemunhas (acusados e vítimas) são assim mencionados: a) estresse; b) expectativas (culturais, estereótipos etc.); c) expectativas oriundas do passado; d) pré-juízos pessoais; e) preconceitos temporais (*temporary biases*)<sup>11</sup>.

Na fase de armazenamento, os seguintes fatores devem ser levados em consideração: a) a perda gradual da memória em relação ao evento; b) releitura pós-evento (alteração atemporal); c) fatores centrais e periféricos da lembrança; d) reminiscência do evento (fatores lembrados posteriormente)<sup>12</sup>.

Finalmente, cada vez que recordamos um evento o reconstruímos e, por isso, é possível sofrer influência: a) da passagem do tempo; b) de estresse<sup>13</sup>; c) transferência inconsciente; d) efeito da influência do entrevistador; e) aspectos corporais (cor de rostos, por exemplo); f) perguntas sugestivas; g) duração do evento<sup>14</sup>.

Como a memória pode ser influenciada por diversos fatores que, ao fim e ao cabo, podem vir a produzir resultados de falsa realidade, pareceu interessante à psicologia do testemunho pesquisar acerca de critérios de falsidade e realidade das versões apresentadas. Há diversos critérios para isso, todos estabelecidos desde um ponto de vista teórico

e prático consolidados por experimentos e debates acerca de achados. Eis alguns e os seus respectivos fatores, critérios e achados:

– Autores: Arntzen, 1970; Undeutsch, 1967, 1988<sup>15</sup>.

Nome: Statment Reality Análisis, SRA – Análise da Realidade das Declarações.

Critérios derivados da declaração.

– Critérios gerais e fundamentais

Ancoragem, fixação espaço-temporal (concretização da ação no espaço e no tempo);

concretização (clareza, vivacidade); riqueza de detalhes (muitos detalhes na narração);

originalidade das narrativas (contra estereótipos ou clichês); consistência interna (coerência lógica e psicológica); menção de detalhes específicos de um tipo específico de agressão sexual.

– Manifestações especiais dos critérios acima

Referência aos detalhes que excedem a capacidade da testemunha (que vão além da capacidade de imaginação ou de compreensão); referência às experiências subjetivas: sentimentos, emoções, pensamentos, medos, etc.; menção a complicações imprevistas ou inesperadas; correções espontâneas, especificações e complementos durante a declaração; autorreprovação (declaração contra seu interesse).

– Critérios negativos ou de controle

Falta de consistência interna (contradições); falta de consistência com as leis da natureza ou científicas; falta de consistência externa (discrepância com outros fatos incontestáveis).

– Critérios derivados das sequências de declarações

Falta de persistência (estabilidade no tempo e contextos); declaração inconsistente com a anterior.

– Autores: Steller y Köhnken, 1994<sup>16</sup>.

Nome: Análise de Conteúdo baseado em critérios (Criteria Based Content Análisis, CBCA).

– Características gerais

Estrutura lógica (coerência e consistência interna); elaboração não estruturada (apresentação desorganizada); quantidade de detalhes (abundância de detalhes ou fatos diferentes).

- Conteúdos específicos

Meandros contextuais (localização da narração no espaço e tempo); descrição das interações (cadeia de ações entre a testemunha e outras pessoas); reprodução de conversa (réplica de conversa); complicações inesperadas durante o incidente (por exemplo, interrupção inesperada).

- Peculiaridades do conteúdo

Detalhes incomuns (detalhes com baixa probabilidade de ocorrência); detalhes supérfluos (detalhes irrelevantes que não contribuem significativamente para os fatos); incompreensão dos detalhes relatados com precisão (explicação dos detalhes que a criança não entende, mas realmente fazem sentido); associações externas relacionadas (inclusão de informações externas aos fatos em si, mas relacionadas a eles, como em um ataque sexual; lembrar de conversas anteriores sobre esse assunto); relatos de estado mental subjetivo (referências aos sentimentos, emoções ou cognições próprias); atribuição do estado mental do agressor (referências ao estado mental do agressor e atribuição de motivos).

Os procedimentos inerentes ao estudo das falsas memórias, lamentavelmente, não logram ser cientificamente controlados no âmbito judicial

- Conteúdo relacionado à motivação

Correções espontâneas (correções espontâneas ou melhorias da declaração); admissão de falta de memória (reconhecimento de falhas de memória); fazer perguntas sobre o testemunho em si; autodesaprovação (atitude crítica sobre o próprio comportamento); perdão ao autor do delito (a declaração da vítima favorece o acusado, ou evita novas acusações).

- Elementos específicos de agressão

Detalhes característicos do crime (descrições que contradizem as crenças habituais sobre o crime).

- Autor: Steller, 1989; Steller y Boychuck, 1992<sup>17</sup>.

Nome: Análise da Validade das Declarações/Depoimentos.

- Características psicológicas

Adequação da linguagem e conhecimento; adequação de carinho; suscetibilidade a sugestão.

- Características da entrevista

Perguntas coercitivas, sugestivas ou direcionadas; adequação geral da entrevista.

– Motivação

Motivos do evento; contexto do inquérito, ou declaração/depoimento original; pressões para apresentar declaração/depoimento falso.

– Questões de pesquisa

Coerência com as leis da natureza; coerência com outras declarações/depoimentos; consistência com outras provas.

Como sistema de avaliação global da declaração, propõem-se o melhor ajuste para as seguintes categorias “credível”, “provavelmente credível”, “indeterminado”, “provavelmente incredível” ou “incredível”.

Há outras técnicas, entre as quais: i) *Source-monitoring framework*<sup>18</sup> ii) *Remember/know judgments*<sup>19</sup>: *remember judgments*, que são para memórias vívidas e eventos conscientemente lembrados; *know judgments*, que ocorrem quando não há detalhe específico associado; iii) *Memory Characteristics Questionnaire (MCQ)*<sup>20</sup>, mas, neste artigo, em função da análise panorâmica dos temas pesquisados, opta-se por apenas fazer referência e deixar para aprofundamento em outra oportunidade, mais adequada.

Os procedimentos inerentes ao estudo das falsas memórias, lamentavelmente, não logram ser cientificamente controlados no âmbito judicial. Ao contrário, a abordagem naturalística (ou ecológica) se revela usual, na medida em que a colheita de prova não se dá em ambiente controlado, inviabilizando análises em separado de valências. Por este motivo, o estudo do método de abordagem da testemunha (acusado ou vítima) e a sua interação com os operadores do direito, que fazem às vezes de entrevistador, revela-se de acentuada importância.

A metodologia, neste ponto, inexistente na legislação processual civil ou penal, reclama alguma sistematização, podendo, quiçá, a entrevista cognitiva fornecer algum aporte técnico para colheita de depoimentos e obtenção de declarações em juízo. Neste ponto, as seguintes técnicas ressoam importantes e lamentavelmente pouco conhecidas, estudadas ou praticadas no cotidiano judicial brasileiro:

1) *Relato livre*: adotado na legislação espanhola (art. 436 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola), prevê que o juiz deixará que



a testemunha narre sem interrupções “os fatos sobre o qual depuser, e somente lhe exigirá explicações complementares que sejam destinadas a esclarecer conceitos obscuros ou contraditórios”<sup>21</sup>.

2) *Recriação de contexto*<sup>22</sup>: elementos emocionais/sequenciais/perceptivos.

3) *Recuperação focada*: juiz ajuda a testemunha a focar em algum elemento.

4) *Mudança de perspectiva*<sup>23</sup>: recordação do evento a partir de diferentes perspectivas.

5) *Ordem reversa*<sup>24</sup>: recordação do evento a partir do final, ou do que for mais marcante.

Como no ambiente brasileiro não há recomendação explícita, legal, doutrinária, administrativa ou até mesmo jurisprudencial para utilização de algum método de inquirição, não é disparatado crer que se assomem casos em que metodologias inadequadas, nada recomendáveis e afrontosas aos direitos fundamentais acabem sendo levadas em consideração. Uma delas é a denominada Técnica Reid<sup>25</sup>, que tem como objetivo primário a obtenção de confissão, ao custo do desprezo e menoscabo aos direitos fundamentais e humanos dos envolvidos. Eis como a Técnica Reid sugere que se empreenda a inquirição:

1) *Confronto*: mencionar que as provas estão contra o acusado.

2) *Desenvolvimento do tema*: apresentar uma história sobre o motivo pelo qual o interrogando cometeu o crime.

3) *Interromper negativas*: minar a autoconfiança do interrogando.

4) *Ultrapassar negativas lógicas*.

5) *Chamar a atenção do interrogando*.

6) *Perda de resolução*: confundir o interrogando.

7) *Alternativas*: criar/apresentar alternativas contrastantes para os motivos do crime.

8) *Confissão – conversa*: aumento do nível de estresse.

9) *Confissão – propriamente dita*.

Considerando obviamente que cercear direitos ou afastar a juridicidade dos depoimentos/declarações não se apresenta como alternativa viável, nomeadamente em virtude de que estamos inseridos no contexto de um estado democrático de direito, há de se investigar outras me-

metodologias aptas à fidedigna reconstrução dos fatos narrados por meio das provas dependentes de memória.

Nos Estados Unidos, exemplificativamente, o U.S. Department of Justice criou um manual a respeito da colheita de provas, ao menos em sede policial, sugerindo em relação à prova oral os seguintes passos:

1. Establish rapport with the witness.
2. Inquire about the witness' condition.
3. Use open-ended questions (e.g., "What can you tell me about the car?"); augment with closed-ended questions (e.g., "What color was the car?"). Avoid leading questions (e.g., "Was the car red?").
4. Clarify the information received with the witness.
5. Document information obtained from the witness, including the witness' identity, in a written report.
6. Encourage the witness to contact investigators with any further information.
7. Encourage the witness to avoid contact with the media or exposure to media accounts concerning the incident.
8. Instruct the witness to avoid discussing details of the incident with other potential witnesses<sup>26</sup>.

No Brasil, entretanto, não vivenciamos a mesma realidade e, lamentavelmente, tampouco contamos com algum aporte teórico, normativo, administrativo ou jurisprudencial que leve em consideração os fatores oriundos da psicologia do testemunho e que, por intermédio destes ensinamentos, logremos obter metodologias aptas à colheita da prova. Ademais das técnicas de entrevista cognitiva, também há outras possibilidades em pauta nesta seara específica do estudo das provas dependentes da memória. Exemplificativamente, temos: i) a metodologia narrativa (Wells, 1993); ii) a metodologia interrogativa (Köhnken, 1999); e iii) ambas (Alonso-Oecuty, 1993).

Outra questão diz respeito à compreensão dos conceitos básicos dos eventos que podem retratar elementos falsos no âmbito da memória. Bernstein & Putnam, em conjunto com Wright & Loftus, em 1986, construíram a útil distinção entre:

- a) evento percebido;
- b) evento imaginado;

- c) evento não testemunhado;
- d) fatos instantâneos e continuados (repetidos)<sup>27</sup>.

Há, ainda, sugestões relativas às perguntas e ao modo como podem ser veiculadas, a fim de que não promovam feedbacks positivos ou negativos, algo que pode ser realizado até mesmo com a linguagem não verbal e se apresenta muito mais intenso quando veiculado oralmente. A título de exemplo, relato as sugestões apresentadas por M. Digos e E. Loftus: usar artigos indeterminados: ao invés de “a pistola”; usar “uma pistola”; ao perguntar pelas características, usar nomes genéricos, ao invés de adjetivos (Errado: Quão pequeno era o ladrão; Certo: Qual a altura do ladrão?); evitar perguntas sugestivas, perguntas fechadas (ao invés de “O seu cabelo era preto”, usar “De que cor era o seu cabelo?); não utilizar modificadores, nem advérbios definidos (por exemplo: lento, rápido, frequentemente, rapidamente); cuidado ao utilizar “descritores de ação” (por exemplo: o veículo se estrçalhou – Loftus e Palmer, 1974); objetivar as declarações subjetivas (nunca a esquecerei, porque era muito bonita – Fisher e Geiselman, 1972).

Ao que se pode perceber, para encerramento deste tópico, as contribuições da psicologia do testemunho são múltiplas, plurais e eficazes para a obtenção de relato mais fidedigno acerca do evento ocorrido. Cabe, portanto, aos operadores do direito se interessarem pela pesquisa, compreenderem as nuances técnicas e teóricas e, ao fim, aplicarem os aportes consolidados no ambiente da colheita da prova oral em juízo.

## Conclusão

Ao final deste estudo, pode-se concluir que:

(i) existe a possibilidade de a psicologia do testemunho fornecer meios, modos e critérios para auxiliar, sob o ponto de vista teórico, na tomada de decisão;

(ii) é possível, com o apoio de técnicas da psicologia do testemunho, a sugestão de interface metodológica teórica entre a psicologia e o direito, em ordem a auxiliar os magistrados na análise, percepção e valoração da prova oral e de reconhecimento;

(iii) é necessário o estudo e conhecimento das técnicas e metodologias, de sorte a que a prestação jurisdicional possa ser realizada de forma mais adequada e justa.

## Notas

1. Tiago Gagliano Pinto Alberto. Pós-doutor em Psicologia cognitiva pela PUCRS. Pós-Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR e pela Universidad de León/ES. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professor de pós-graduação e graduação na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Juiz de Direito. Email: tiagogagliano@hotmail.com
2. Pesquisa disponível em: Jurisprudência em Teses destaca relevância da palavra da vítima de estupro. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/>. Acesso em 10 mai. de 2020.
3. Recurso em *Habeas Corpus* n. 64.086-DF (2015/0234797-0), R.P.Acórdão Min. Rogério Schietti Cruz. Íntegra disponível em [http://www.stj.jus.br/static\\_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC64086.pdf](http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC64086.pdf). Acesso em 10 mar. de 2020.
4. Entre outros: BERGSON, Henri. *El pensamiento y lo moviente*. Traducción de Pablo Ires. Buenos Aires: Cactus, 2013. BERGSON, Henri. *Ensayos sobre los datos Inmediatos de la conciencia*. Traducción de Juan Miguel Palacios. Salamanca: ediciones Sígueme, 2006.
5. Íntegra do relatório disponível em [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD\\_59\\_Lilian\\_web-1.pdf](http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf). Acesso em 10 mai. de 2020.
6. LOFTUS, Elizabeth. *Eyewitness Testimony*. Cambridge: Harvard University Press, 1979, p. 20-21.
7. PIAGET, Jean. *A formação do símbolo na criança. Imitação, jogo e sonho*. Tradução de Álvaro Cabral e Christiano Monteiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1971, p. 23.
8. LOFTUS, Elizabeth, *op. cit.*, p. 20-109.
9. STEIN, Lilian Milnitsky. NEUFELD, Carmen Beatriz. BRUST, Priscila Goergen. *Compreendendo o fenômeno das falsas memórias*. In: STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias. Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 25.
10. LOFTUS, Elizabeth, *op. cit.*, p. 34.
11. *Idem*, p. 20-51.
12. *Ibidem*, p. 52-87.
13. Importante destacar, neste aspecto, a conhecida Lei de Yerkes-Dodson, ou modelo do “U” invertido, para delimitar o ponto ótimo de performance referente ao estresse.
14. LOFTUS, Elizabeth, *op. cit.*, p. 88-109.

15. ARCE, Ramón. Análisis de contenido de las declaraciones de testigos: evaluación de la validez científica y judicial de la hipótesis y la prueba forense. In: *Acción Psicológica*, diciembre 2017, vol. 14, nº 2, 171-190.
16. Akehurst, L., Köhnken, G. & Höfer, E. (2001). Content credibility of accounts derived from live and video presentations. In: *Legal and Criminological Psychology*, 6, 65-83.
17. Steller, M. Y., & Köhnken, G. (1989). Statement analysis: credibility assessment of children's testimonies in sexual abuse cases. In: D.C. Raskin (Ed.), *Psychological methods in criminal investigation and evidence* (p. 217-245). New York: Springer.
18. JOHNSON, Marcia K. HASHTROUDI, Shahin. LINDSAY, Stephen Source Monitoring. In: *Psychological Bulletin*. 1993, Vol. 114, nº 1, 3-28.
19. GARDNER, R. A. (1992): *True and false accusations of child sexual abuse*. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics. TULVING, E. (1985). Memory and consciousness. In: *Canadian Psychology/Psychologie Canadienne*, 26(1), 1-12.
20. NOLDE, S. F., JOHNSON, M. K., & RAYE, C. L. (1998). The role of prefrontal cortex during tests of episodic memory. In: *Trends in cognitive sciences*, 2, 399-406.
21. Íntegra do documento disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>. Acesso em 10 mar. de 2020.
22. TULVING, E. How many memory systems are there? In: *American Psychologist*, 40, 385-398. TULVING, E. Multiple memory systems and consciousness. In: *Human Neurobiology*, 6, 67-80.
23. BOWER, G. (1967). A multicomponent theory of the memory trace. In: K. Spence & J. T. Spence (Eds), *The psychology of learning and motivation*. New York: Academic Press.
24. MEMON, A., WARK, L., BULL, R. & KOEHNKEN, G. (1997). Isolating the effects of the cognitive interview techniques. In: *British Journal of Psychology*, 88(2), 179-197.
25. REID, John. *The Reid Technique of Interviewing and Interrogation*. Íntegra disponível em <https://www.reid.com/>. Acesso em 10 mai. de 2020.
26. Íntegra do manual disponível em <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/178240.pdf>. Acesso em 09 mar. de 2020.
27. BERNSTEIN, E. M. PUTNAM, F. W. (1986). Development, reliability and validity of a dissociation scale. In: *Journal of Nervous and Mental Disease*, 174, 727-735. BERNSTEIN, D. P., STEIN, J. A., NEWCOMB, M. D., WALKER, E., POQQE, D., AHLUVALIA, T. ZULE, D. (2003). Development and validation of a brief screening version of the childhood trauma questionnaire. In: *Child Abuse & Neglect*, 27, 169-190. BERKOWSKI, M., & MACDONALD, D. A. (2014).

## Referências

- ALSTON, William. *How to Think About Reliability*. In: *Philosophical Topics* 23 (1995), p. 10-29.
- AKEHURST, L., KÖHNKEN, G. & HÖFER, E. (2001). Content credibility of accounts derived from live and video presentations. In: *Legal and Criminological Psychology*, 6, 65-83.
- ARCE, Ramón. Análisis de contenido de las declaraciones de testigos: evaluación de la validez científica y judicial de la hipótesis y la prueba forense. In: *Acción psicológica*, diciembre 2017, vol. 14, n. 2, 171-190.
- ARCE, R. y Fariña, F. (2006). Psicología del testimonio y evaluación cognitiva de la veracidad de testimonios y declaraciones. En J. C. Sierra, E. M. Jiménez y G. Buela-Casal (Coords.). *Psicología forense: Manual de técnicas y aplicaciones* (p. 563-601). Madrid: Biblioteca Nueva. ISBN: 84-9742-431-X.
- BERGSON, Henri. *El pensamiento y lo moviente*. Traducción de Pablo Ires. Buenos Aires: Cactus, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Ensayos sobre los datos Inmediatos de la conciencia*. Traducción de Juan Miguel Palacios. Salamanca: ediciones Sígueme, 2006.
- BERNSTEIN, E. M. PUTNAM, F. W. (1986). Development, reliability and validity of a dissociation scale. In: *Journal of Nervous and Mental Disease*, 174, 727-735.
- BERNSTEIN, D. P., STEIN, J. A., Newcomb, M. D., Walker, E., Poqque, D., Ahluvalia, T., Zule, D. (2003). Development and validation of a brief screening version of the childhood trauma questionnaire. In: *Child Abuse & Neglect*, 27, 169-190.
- Berkowski, M., & MacDonald, D. A. (2014).
- BORGES, Jorge Luis. *Nove ensaios Dantescos & A memória de Shakespeare*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- BOWER, G. (1967). A multicomponent theory of the memory trace. In: K. Spence & J. T. Spence (Eds), *The psychology of learning and motivation*. New York: Academic Press.
- CARSON, David. MILNE, Rebecca, PAKES, Francis, SHALEV, Karen. SHAWYER, Andrea. *Applying Psychology to Criminal Justice*. West Sussex: John Wiley & Sons, 2007.
- \_\_\_\_\_. BULL, Ray. *Handbook of Psychology in Legal Contexts*. West Sussex: John Wiley & Sons, 2003.
- CECCONELLO, William Weber; DE AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão a partir da psicologia do testemunho. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, p. 1057-1073, 2018.
- FERNANDES, Lara Teles. Standards probatórios e epistemologia jurídica: *uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal*. Dissertação de mestrado. Íntegra disponível em <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/40792>. Acesso em 27 mar. de 2020.

- GOLDMAN, Alvin I. *Reliabilism: What is Justified Belief?* In: Louis P. Pojman (comp.). *The Theory of Knowledge*. Belmont, California: Wadsworth, 1993.
- GLADWELL, Malcolm. *Blink. A decisão num piscar de olhos*. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.
- JOHNSON, Marcia K. HASHTROUDI, Shahin. LINDSAY, Stephen Source Monitoring. In: *Psychological Bulletin*. 1993, Vol. 114, n.º. 1, 3-28.
- KAHNEMAN, Daniel. *Pensar rápido, pensar despacio*. Traducción de Joaquín Chamorro Mielke. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Debate, 2016.
- KITCHER, Philip. *The Naturalist's Return*. In: *Philosophical Review* 101, 1992, p. 53-114.
- LIMA, Silvana Nicodemos de Andrade. *Entre a prova e a proteção; entre a escuta e a inquirição: a psicologia no debate sobre o projeto Depoimento sem dano (DSD)*. Dissertação de mestrado. Íntegra disponível em <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/8762>. Acesso em 20 mar. de 2020.
- LOFTUS, Elizabeth. Category dominance, instance dominance, and categorization time. In: *Journal of Experimental Psychology*. January 1973.
- \_\_\_\_\_. LOFTUS, Geoffrey R. Changes in memory structure and retrieval over the course of instruction. In: *Journal of Educational Psychology*. 1974, Vol. 68, n. 3, 316-318.
- \_\_\_\_\_. DAMME, Ilse Van. LEVINE, Linda J. KAPLAN, Robin L. Emotion and False Memory. In: *Emotion Review*. Vol. 8, n. 1 (January 2016) 8-13.
- \_\_\_\_\_. LANEY, Cara. *Eyewitness Testimony and Memory Biases*. Íntegra disponível em <https://www.researchgate.net/publication/327108738>. Acesso em 10 mar. de 2020.
- \_\_\_\_\_. LANEY, Cara. Íntegra disponível em <https://www.researchgate.net/publication/229512216>. Acesso em 10 mar. de 2020.
- \_\_\_\_\_. DEFFENBACHER, Kenneth A. Do jurors share a common Understanding concerning Eyewitness Behavior. In: *Law and Human Behavior*, vol. 6, n. 01, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Eyewitness Testimony*. Cambridge: Harvard University Press, 1979.
- \_\_\_\_\_. KETCHAM, Katherine. *Juicio a la memoria. Testigos presenciales y falsos culpables*. Traducción de Concha Cardeñoso Sáenz de Miera y Francisco López Martín. Barcelons: Alba, 2010.
- MACHERY, Edouard. *As desoladoras implicações da psicologia moral*. In: STRUCHINER, Noel et al. *Ética e realidade atual. Implicações da abordagem experimental*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, 2011, p. 37-60.
- MATHER, Mara. HENKEL, Linda A. JOHNSON, Márcia K. Evaluating characteristics of false memories: Remember/know judgments and memory characteristics questionnaire compared. In: *Memory & Cognition*, 1997, 25 (6), 826-837.
- MEMON, Amina. VRIJI, Aldert. BULL, Ray. *Psychology and Law: Truthfulness, Accuracy and Credibility*. West Sussex. John Wiley & Sons, 2003.
- \_\_\_\_\_. Wark, L., Bull, R. & Koehnken, G. (1997). Isolating the effects of the cognitive interview techniques. In: *British Journal of Psychology*, 88(2), 179-197.
- NOLDE, S. F., JOHNSON, M. K., & RAYE, C. L. (1998). The role of prefrontal cortex during tests of episodic memory. In: *Trends in Cognitive Sciences*, 2, 399-406.



- PIAGET, Jean. *A formação do símbolo na criança. Imitação, jogo e sonho*. Tradução de Álvaro Cabral e Christiano Monteiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.
- QUINE, W. V. *Epistemology Naturalized*. In: QUINE, W.V. *Ontological Relativity and Other Essays*. New York: Columbia University Press, 1969, p. 68-90.
- \_\_\_\_\_. *The Pursuit of Truth*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1990, p. 19-21.
- REID, John. *The Reid Technique of Interviewing and Interrogation*. Íntegra disponível em <https://www.reid.com/>. Acesso em 27 mar. de 2020.
- SOSA, Ernest; A *Virtue Epistemology*. In: SOSA, Ernest; BONJOUR, Laurence. *Epistemic Justification: Internalism vs. Externalism, Foundations vs. Virtues*. Malden, Massachussets: Blackwell, 2003.
- STELLER, M. Y., & Köhnken, G. (1989). Statement analysis: credibility assessment of children's testimonies in sexual abuse cases. In: D.C. RASKIN (Ed.), *psychological methods in criminal investigation and evidence* (p. 217-245). New York: Springer.
- STEIN, Lilian Milnitsky. NEUFELD, Carmen Beatriz. A compreensão da memória segundo diferentes perspectivas teóricas. In: *Rev. Estudos de Psicologia*. PUC-Campinas, v. 18, n. 2, p. 50-63, maio/agosto 2001.
- \_\_\_\_\_. NEUFELD, Carmen Beatriz. As bases da psicologia cognitiva. Íntegra disponível em <https://www.researchgate.net/publication/299437058>. Acesso em 15 mar. de 2020.
- \_\_\_\_\_. BRUST, Priscila Goergen, NEUFELD, Carmen. Adaptação de um método de investigação do impacto da emoção na memória. In: *Psico-USF*. v. 13, n. 1, p. 21-29, jan./jun. 2008.
- \_\_\_\_\_. SANTOS, Renato Favarin dos. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. In: *Psicol. USP*. v.19 n. 3 São Paulo set. 2008.
- \_\_\_\_\_. ÁVILA, Gustavo Noronha de. CECCONELLO, William Weber. A irrepetibilidade da prova penal dependente da memória. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 08, n. 2, 2018, p. 1057-1073.
- \_\_\_\_\_. PERGHER, Giovanni Kuckartz. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. In: *Psicol. USP* v.14 n.1 São Paulo 2003.
- \_\_\_\_\_. *Falsas memórias. Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- \_\_\_\_\_. NEUFELD, Carmen Beatriz. Falsas memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram? In: *Arq. Ciênci. Saúde Unipar*, 5 (2): mai./ago., 2001.
- TULVING, E. (1985). Memory and consciousness. In: *Canadian Psychology/Psychologie Canadienne*, 26(1), 1-12.
- \_\_\_\_\_. How many memory systems are there? In: *American Psychologist*, 40, 385-398.
- \_\_\_\_\_. Multiple memory systems and conscioysness. In: *Human Neurobiology*, 6, 67-80.
- WELLS, Gary L. Scientific Study of Witness memory: Implications for Public and Legal Policy. In: *Psychology, Public policy, and Law*. 1995, Vol 1, n° 04, 726-731.



# A construção do direito ao reconhecimento da equidade de gênero nos espaços jurídicos de poder

**Ivan Dias da Motta<sup>1</sup>**

Pós-doutor em Direito

**Maria de Lourdes Araújo<sup>2</sup>**

Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá

**Resumo:** Ao consolidar o processo de redemocratização no Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou como direito e garantia fundamental a equidade de gênero. Contudo, mesmo passados mais de vinte anos de vigência normativa, nos espaços jurídicos de poder, sobretudo no âmbito da Magistratura e do Ministério Público, tal preceito não se tornou uma realidade plena. Este artigo aborda as possíveis causas e os desafios que a construção da equidade de gênero vem enfrentando justamente neste espaço privilegiado de aplicação do direito, bem como as rotas viáveis de construção de políticas públicas que contemplem este direito de reconhecimento.

## 1. A equidade de gênero enquanto garantia da ordem constitucional de um estado democrático de direito

NUNCA É DEMAIS LEMBRAR QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 consolidou um processo de longas e intensas batalhas pela redemocratização no Brasil. E tais batalhas foram travadas por grandes homens e mulheres, sobretudo durante a elaboração da atual carta constitucional

da qual participou bravamente a modesta bancada feminina, pejorativamente intitulada “lobby do batom” (16 deputadas e nenhuma senadora), composta, entre outras, por figuras emblemáticas como Benedita da Silva, Irma Passoni e Rita Camata<sup>3</sup>. Ao longo dos meses de discussões e debates, fortalecidos por propostas como a “Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes”, redigida durante o Encontro Nacional dos Direitos das Mulheres, realizado em 26 de agosto de 1986, logrou-se êxito na aprovação do atual texto principiológico e normativo que solenemente proclama, entre os direitos e garantias fundamentais, no seu art. 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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Contudo, tal enunciação, por si só, mesmo que de estatura constitucional, passadas mais de duas décadas de sua promulgação, apesar de avanços significativos, não se transformou em efetivo equilíbrio dos gêneros masculinos e femininos em diversas campos, como por exemplo no mercado de trabalho e na apropriação dos cargos e funções públicas eletivas. Além disso, fatores históricos e culturais ainda obstam que a mulher exerça a plenitude da sua dignidade enquanto ser humano dotado de direitos e garantias nas diferenças e justamente por estas diferenças.

A proposta deste artigo é contribuir com a discussão acerca do papel da mulher nos espaços jurídicos de poder, sobretudo na magistratura e no ministério público, enquanto locais privilegiados de operacionalização e efetivação da garantia dos direitos de cidadania, aqui com destaque a equidade de gênero. Avalia-se o quanto estamos aptos a implementar esta garantia constitucional no âmbito interno, para então expandir seus reflexos à sociedade como um todo, ordinariamente intitulada jurisdicionada. O escopo é contribuir nas discussões de po-

líticas públicas institucionais que efetivamente considerem a equidade de gênero, enquanto mandamento constitucional, na gestão de um dos maiores poderes da república, que tem por objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de gênero.

## **2. A equidade de gênero nos espaços jurídicos de trabalho e de poder**

O magistrado brasileiro é homem, branco, casado, católico e pai de poucos filhos<sup>4</sup>. É o que aponta o relatório publicado pelo Conselho Nacional de Justiça como resultado de pesquisa acerca do perfil socio-demográfico dos magistrados, realizada em 2018, com a participação de 62% dos membros da carreira<sup>5</sup>. Entre estes, as mulheres correspondem a 44%<sup>6</sup> dos juízes substitutos, 39% dos juízes titulares, 23% dos desembargadores e apenas 16% dos ministros. O Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário<sup>7</sup>, também realizado pelo CNJ e publicado em 2019, aponta que apenas 38,8% da justiça brasileira é feminina. Ainda, indica que desde 2009 houve um ínfimo crescimento de 1,2%. Embora as pesquisas indiquem pequena variação numérica, a depender do critério de avaliação empreendido, vê-se que os percentuais se aproximam, sugerindo fidedignidade.

De plano, chama atenção a estatística indicativa de que, quanto mais elevada a instância judicial, menor é a participação da mulher. Comentando esse desequilíbrio de gênero, a diretora do Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, Maria Tereza Sadek destaca:

É possível que haja uma dose de preconceito já que para entrar, mulheres e homens competem por meio de provas. No entanto, algumas progressões dependem de indicações. Mas não creio que seja só isso. As mulheres ainda têm muitas atribuições domésticas e isso gera impacto profissional. De qualquer forma, é um dado que precisa ser estudado, já que não fomos a fundo em relação aos motivos dessa diferença e ela pode ser observada também em outras carreiras.

Como bem observa a diretora, em princípio, tal discrepância não se justificaria, considerando que, em tese, todos são igualmente submetidos ao mesmo concurso público de provas e títulos, que conta com quatro, cinco, ou até seis etapas<sup>8</sup>, embora o censo nacional da educação superior realizado pelo Ministério da Educação aponte uma escalada progressiva no número de mulheres que adentram e concluem o curso superior ao longo da história.

Chama atenção a estatística indicativa de que, quanto mais elevada a instância judicial, menor é a participação da mulher

Segundo dados de 2017<sup>9</sup>, quando o último censo nacional da educação foi realizado, as mulheres corresponderam a 55,2% dos ingressos, 57,0% das matrículas e 61,1% dos concluintes dos cursos universitários no Brasil. Especificamente no curso de direito, que acede à carreira da magistratura, em 2017, entre 879.234 acadêmicos, 486.422 (55,32%) eram mulheres, enquanto 392.812 (44,67%) eram homens.

Essa preponderância feminina já era observada no censo educacional de 2012, identificando que as mulheres correspondiam a 54,6% dos ingressos, 55,5% das matrículas e 59,6% dos concluintes.

A autenticidade desse dado é também reiterada pelo IBGE, quando afirma que vem elevando continuamente o nível de escolaridade das mulheres nas três últimas décadas. Para a faixa etária dos 18 aos 24 anos, o percentual de mulheres na escola é superior ao dos homens em 2,5%. Ainda segundo o instituto de pesquisas oficiais, as mulheres atingem, em média, um nível de instrução superior ao dos homens, tendo em vista que, na faixa etária entre 25 e 44 anos, o percentual de homens que completou a graduação foi de 15,6%, enquanto as mulheres atingiram 21,5%, apontando 37,9% a mais que os homens<sup>10</sup>. No curso de direito, também já se notava a prevalência de mulheres, que correspondiam a 53% dos acadêmicos<sup>11</sup>.

Comentando a questão do acesso da mulher ao mundo da educação e seus reflexos na condição do homem e da sociedade como um todo, Beck assevera:

Da perspectiva dos homens, foi uma estratégia extraordinariamente míope e ingênua abrir os olhos das mulheres através da educação e acreditar que depois disso elas não veriam o que está por trás das transparentes justificações masculinas de ordem sexual estamental na família, no trabalho e na política e que as aceitariam para sempre.<sup>12</sup>

Reflexo muito mais de conquistas pessoais que propriamente de uma categoria ou grupo social, em 1954 o Brasil teve sua primeira juíza de direito – Thereza Grisólia Tang (TJSC). O fato histórico da primeira ministra de um tribunal superior no Brasil se deu em 1990, com a indicação de Cnéa Cimini Moreira para o Tribunal Superior do Trabalho<sup>13</sup>. A presidência da mais alta corte constitucional brasileira somente em 2006 foi ocupada pela primeira vez por uma mulher – Ellen Northfleet Gracie, que conduziu o tribunal até 2008. Posteriormente, de 2016 a 2018, novamente a mais alta corte do país foi presidida por uma mulher – Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>14</sup>. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o maior do mundo em número de processos, agregando 26% do total de processos em andamento em toda a justiça brasileira<sup>15</sup>, embora criado desde 1922, somente a partir de 1982 foi possível o ingresso das mulheres, quando as provas no concurso de ingresso deixaram de ser identificadas desde as fases iniciais do certame<sup>16</sup>. E desde então, conforme levantamento realizado pelo próprio TJSP<sup>17</sup>, o número de mulheres aprovadas em concurso público, em regra, vem aumentando. De 4,3% no primeiro (1980), chegou ao extraordinário patamar de 56,19% em 2006, e em 2018 alcançou 43,21%.

No âmbito associativo da magistratura, em 70 anos de existência da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em 2019, pela primeira vez, uma mulher foi eleita para ocupar o cargo de presidente. A então presidenta da Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro, Renata Gil, foi eleita com 79,32% dos votos<sup>18</sup>, para conduzir a entidade pelo período de três anos. É tão evidente o desequilíbrio de gênero na contemporaneidade que tal evento é digno de ser solenizado em pleno século 21!

Com muita propriedade, o ex-desembargador do TJSP José Renato Nalini destaca os diversos entraves que a magistratura impôs às mulheres, quando escreve:

A justiça impediu que a mulher se tornasse juíza enquanto foi possível. Ao se vir obrigada pelos tempos a aceitar mulheres em seus quadros, assistiu ao rápido crescimento do número de juízas. Fenômeno previsível para quem não desconhece a performance da aluna do bacharelado.<sup>19</sup>

O número de mulheres nas carreiras jurídicas como um todo não reflete o mesmo contingente acadêmico, tendo em vista que, entre advogados e estagiários inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, atualmente constam 569.590 advogadas em vista de 584.731 advogados e 14.644 estagiárias femininas para 12.295 masculinos<sup>20</sup>. Bem interessante os dados, a apontar uma sutil elevação do número de mulheres entre os estagiários, que retrocede e cai em relação aos homens quando considerados os advogados. Ou seja, num nível relativamente mais subjugado as mulheres prevalecem, e num nível de maior autonomia o masculino prepondera. Tal qual na análise do perfil feminino nas instâncias primárias e diretivas do Poder Judiciário, cuida-se do fenômeno intitulado de “masculinização do comando e feminização da subalteridade”, no qual “mesmo frente aos espaços conquistados pelas mulheres na sociedade, o poder de mando permanece fiel à lógica da cultura patriarcal”<sup>21</sup>, que se reflete em vários espaços de decisão, sobretudo “no Judiciário, poder que espelha esta cultura, a participação das mulheres e homens também acontece de forma desigual”<sup>22, 23</sup>.

Da análise desses números destaca-se que “a questão não é, portanto, falta de competência ou merecimento; se assim o fosse o número de mulheres que ingressam na carreira seria também muito menos que o de homens”<sup>24</sup>, já que o concurso público de provas e títulos, em tese, se encarrega do nivelamento de todos os candidatos inscritos, independentemente do gênero. Porém, é bom que se advirta acerca de uma certa discricionariedade nas etapas de sindicância de vida pregressa, na prova oral e até nas chamadas entrevistas reservadas<sup>25, 26</sup>, apesar das di-

versas tentativas de também estabelecer critérios objetivos nestas fases. Ao destacar a desvantagem com que a mulher enfrenta especialmente nesta etapa do concurso público para ingresso na carreira da magistratura, se submetendo aos mais adversos questionamentos não repetidos nas entrevistas com os candidatos masculinos, com a propriedade de quem se dedica à doutrina clássica acerca da ética da magistratura, o ex-desembargador José Renato Nalini<sup>27</sup> considera que

as mulheres, em razão do preconceito, enfrentaram e ainda enfrentam barreira muito maior quando pretendem acesso ao Judiciário. As entrevistas reservadas a que se submetem, não raro envolvem questões sobre costumes e moral, nem sempre formuladas a candidatos homens. Já se evidenciou, pouco tempo faz, o registro de restrições decorrentes do estado civil e da própria conformação biológica da mulher. [...] As mulheres precisam trajar-se ainda mais discretamente. O uso de golas altas, mangas compridas e saias abaixo dos joelhos. O perfil monástico não é censurado.

Como parte das ações que integram a Agenda 2030, composta pelos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas<sup>28</sup>, do qual o Brasil é signatário, a temática é pauta recente no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, que editou a Portaria 44/2020<sup>29</sup> instituindo um grupo de trabalho para avaliar mecanismos de maior participação de mulheres nos processos seletivos de ingresso à magistratura. O início dos trabalhos se deu pela proposição de uma pesquisa para identificar a participação de mulheres nas comissões e bancas dos concursos, além de verificar se os editais de seleção dos últimos dez anos contemplam conteúdos de direitos humanos e equidade de gênero.

Também é citada como fatora a dificultar o acesso da mulher às instâncias mais elevadas do Poder Judiciário a forma de indicação para tais funções, majoritariamente por critério político, embora a Constituição Federal faça referência preponderante ao notório conhecimento jurídico e reputação ilibada, bem como a ainda prevalência da responsabilidade pelos cuidados da família, da casa e dos filhos à mulher, numa perene servidão doméstica que lhe impinge o ônus de não se postar em

condição de efetiva igualdade em relação ao homem nas disputas por tais espaços de poder.

Assim sendo, faz todo sentido o resultado da pesquisa levada a termo por cientistas que avaliaram a questão de gênero na magistratura, concluindo que, “embora do ponto de vista legal seja assegurado igual acesso das mulheres às profissões jurídicas, na prática a igualdade de acesso e progressão por mérito é compartilhada somente entre os homens”<sup>30</sup>. Conclusão semelhante já era identificada em 2005, quando se analisavam os resultados do primeiro censo do Poder Judiciário, indicando que já havia discrepância entre o número de mulheres nos níveis iniciais da carreira e na cúpula:

É claro que no concurso público, notadamente nas fases que antecedem o exame oral, é mais difícil obstaculizar o acesso das mulheres ao Poder Judiciário, o que já não ocorre no provimento dos cargos de segunda instância e nos Tribunais Superiores. No topo da pirâmide são elaboradas listas tríplexes pela própria cúpula dos Tribunais que a remetem para escolha final do Governador ou do Presidente da República, conforme o caso. [...] onde existe o critério político nas indicações, o número de mulheres é muito pequeno.<sup>31</sup>

Tanto na magistratura quanto no Ministério Público, sobretudo estadual, há ainda para as mulheres a dificuldade de conciliação da vida privada, familiar, maternidade e trabalho, com as entrâncias que estruturam o sistema, demandando, máxime nas iniciais e no período de substituição, constantes mudanças de cidades e deslocamentos intermitentes. Vale a máxima de que

enquanto que para os homens as decisões da vida privada pouco ou quase nada interferem na vida pública, para as mulheres existe necessariamente uma escolha a ser feita, pois vida pública e vida privada estão intrinsecamente ligadas para as mulheres em nossa sociedade.<sup>32</sup>



Por mais significativo e relevante que seja o grau de autonomia e emancipação que a mulher vem alcançando, sobretudo nas últimas décadas, aliado ao crescente comprometimento do homem com a incumbência da educação e acompanhamento da prole, o cuidado da família e seus entes ainda é tido como uma tarefa majoritariamente feminina. E não raras vezes a conciliação dessas rotinas maternas e domésticas, como em todas as outras carreiras<sup>33</sup>, impõe à mulher jurista uma fatigante decisão.

No âmbito do Ministério Público Federal estima-se que apenas 30% da carreira é ocupada por mulheres. Isso apesar das permanentes discussões e propostas de ação para a construção da equidade de gênero, tais como aquelas aprovadas na I Conferência Nacional de Procuradoras de República<sup>34</sup>, dentre as quais merecem destaque: instituição de cotas para ingresso na carreira, promoção de eventos periódicos de divulgação e debate do papel e atuação da mulher no Sistema de Justiça, representatividade feminina nos cargos de gestão e liderança da carreira com critérios de alternância, garantia de equidade na condição de discentes da ESMPU, Corregedoria, Câmaras de Coordenação e Revisão e Núcleos de Apoio Operacional, com alternância de chefias entre homens e mulheres; promoção de programas de estímulo à liderança feminina e treinamentos visando equidade de gênero, realização de oficinas com profissionais especializados para orientar e preparar procuradoras e servidoras sobre como se comportar e reagir em situações de *manterrupting*, *mansplaining*, *gaslightning* e *bropropriating*<sup>35</sup>, inclusive com aulas sobre o tema no Curso de Ingresso e Vitaliciamento na ESMPU, posicionamento institucional firme e punitivo nos casos de assédio sexual e moral, desenvolvimento de cursos de capacitação na temática de gênero, criação de grupos de discussão de gênero, incluindo os homens no debate, regulamentação do teletrabalho como instrumento de equidade de gênero e outras propostas.

E não raras vezes a conciliação dessas rotinas maternas e domésticas, como em todas as outras carreiras, impõe à mulher jurista uma fatigante decisão

É relevante observar que estamos a tratar de agentes estatais com atuação jurídica direta na provocação e na distribuição da tutela jurisdicional em defesa dos mais caros interesses e direitos individuais e coletivos de natureza essencialmente indisponíveis<sup>36</sup>. Portanto, a iniciativa de democratização dos espaços internos de atuação desses órgãos representa um importante passo na busca de ações de construção do reconhecimento da equidade de gênero.

Contudo, ao considerar apenas os números relativos ao ingresso nas universidades<sup>37</sup> e nos cursos de direito disponíveis no país, há quem defenda que seja possível se falar que,

em termos de igualdade de gênero, a situação geral do sistema judiciário ainda é bastante distinta entre homens e mulheres, tanto no cenário da magistratura em exercício quanto em relação aos ingressantes na carreira, ainda que este último aspecto sugira, por meio de prospecção temporal, em breve, uma equiparação, o que parece ser ratificado à luz da atual presença feminina nas faculdades de direito.<sup>38</sup>

Entrementes, esta também não é a conclusão a que chegou uma importante pesquisa acerca do perfil da magistratura brasileira<sup>39</sup> desenvolvida ao longo de 2018 pelos sociólogos Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho e Marcelo Baumann Burgos, da PUC-Rio, a pedido da Associação Brasileira dos Magistrados. Em 1996 pesquisa semelhante foi feita e, agora com os resultados de 2018, os números foram confrontados, apontando que acerca da feminização da magistratura no Brasil houve uma descontinuidade, sobretudo a partir de 2010:

De fato, o período de maior entrada das mulheres na magistratura se dá entre 1990 e 1999 e entre 2000 e 2009, confirmando a tendência sugerida pela primeira pesquisa. Nesses dois intervalos de tempo, as mulheres chegaram a representar, respectivamente, 38% e 41% do total de juizes ingressantes no 1º grau da carreira. Nos últimos anos, porém, entre 2010 e 2018, o percentual de ingresso de mulheres caiu para cerca de 34%, evolução também percebida pela

recente pesquisa do CNJ (2018). Portanto, no que se refere à tendência à feminização, o movimento ascensional em flecha que havia sido detectado há vinte anos, vem perdendo sua força desde 2010.

Veja que a tendência de queda ou perda de força deste movimento ascensional está refletida no Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário publicado em 2019 pelo CNJ e antes referido.

Inobstante, há ainda que considerar um evidente gargalo após o ingresso na atividade, mais precisamente por ocasião das promoções que acedem às instâncias mais elevadas da carreira<sup>40</sup>. Não se trata do mero acesso a cargos diretivos nas cúpulas dos tribunais, posto que o desafio no exercício da função é descomunal, especialmente quando se tem uma cultura social e jurídica ainda inflexível, que outorga à profissão atributos que são tidos como exclusividade masculina, tais como rigidez, rigor e austeridade, pois,

apesar do processo de feminização, a magistratura está inserida, enquanto profissão, em um “sistema de gênero”, ou seja, um sistema socialmente construído, que coloca mulheres e homens em lugares bem determinados nas instituições e na sociedade. Nota-se a predominância de um paradigma masculino no exercício profissional que impõe às magistradas posturas profissionais mais rígidas e a necessidade constante – ainda hoje – de afirmação de sua competência para ocupação do cargo.<sup>41</sup>

Condutas e manifestos velados de evidentes mecanismos de *manterrupting*, *bropropriating*, *mansplaining*, *gaslighting* e *assédio de toda ordem ainda são praxes com as quais as mulheres que ocupam os espaços de poder no meio jurídico convivem*. Além disso, as poucas mulheres que adentram esta zona, ante a existência de um perverso estereótipo de gênero em condições de liderança, não raras vezes são ridicularizadas<sup>42</sup>, destacadas apenas em referência pública à moda ou adereços que usa e não por seus atributos morais e intelectuais relevantes ao desempenho da função, além de tachadas de “sapata”<sup>43</sup>, “mulher macho”, como se para se portar em condições de paridade com o homem tivesse que se

despir de suas características originariamente femininas, ou se sua opção sexual fosse primordial ao exercício do cargo político.

O espaço dedicado à função precípua de fazer valer os preceitos e mandamentos constitucionais, sobretudo a primazia da equidade de oportunidades e acesso, encontra-se desprovido das garantias mais basilares no que pertine à mulher que milita no cenário jurídico brasileiro.

### 3. Por um futuro de equidade – igualdade na diferença

A condição feminina nos espaços jurídicos encontra emolduração na teoria da luta por reconhecimento, na concepção proposta pelo sociólogo e filósofo alemão Axel Honneth. Para tal pensador, enquanto ser político relacional, o humano busca o reconhecimento de suas ações e condutas no reflexo que provoca no outro. Aquele mesmo “outro” que Simone de Beauvoir<sup>44</sup> indica ser a mulher em relação ao homem, já que o mundo e todas as coisas fora são tipificadas a partir do olhar masculino, até mesmo a própria mulher.

Conviver – viver com o outro – repercute na forma como nos vemos refletidos nestas relações recíprocas. A partir de tal ideia e dos escritos de Hegel (jovem), pensadores contemporâneos como Charles Taylor, Nancy Fraser e Axel Honneth vêm apontando no cenário da filosofia política com a construção teórica intitulada teoria do reconhecimento. Argumentam que a construção da identidade ostenta um caráter dialógico que sofre os inflexos do ambiente cultural em que estamos inseridos, desde o primeiro grupo de convívio paterno/materno até o contexto social ampliado, pressupondo que cada pessoa, enquanto digno de valoração, tem o direito ao reconhecimento da sua própria identidade<sup>45</sup>.

Sob inspiração hegeliana, na obra *Luta por Reconhecimento – a gramática moral dos conflitos sociais*<sup>46</sup>, Honneth compreende a necessidade do reconhecimento dos indivíduos, grupos e movimentos sociais como uma espécie de reação ao reconhecimento negado pelo tecido social, razão pela qual suas concepções podem ser refletidas em entes corporificados nas minorias de gênero, cultura ou classe. Este filósofo

e sociólogo alemão, reconhecido como um nome da terceira geração da teoria crítica da Escola de Frankfurt, na sua dimensão política e intelectual, encara a emancipação a partir da vigente organização social, concebendo o reconhecimento como uma forma de atribuir identidade ao ser humano, à qual é imputada o significado de autonomia e liberdade individual. Avalia ele a socialidade do reconhecimento mútuo que, permanentemente, se reconstrói pela normatividade dos conflitos sociais.

Honneth argumenta que a teoria crítica da sociedade deve se preocupar em interpretar os fatos sociais a partir de uma única categoria: o reconhecimento. Para tanto, procura na história social traços de uma tipologia dividida em três etapas, para as quais encontra uma correspondência negativa nas relações de reconhecimento. Todas as formas de desrespeito induzem patologias psíquicas e físicas, porém apenas as iniquidades que levam a consequências patológicas devem ser consideradas efetivamente desrespeito.

Sendo o ator social afeiçoado a uma aceitação recíproca na interação com os outros, a reação às injustiças provocadas pela ausência do reconhecimento nas relações sociais quando há negação representa o combustível das lutas pelo reconhecimento na conquista de condições efetivas e sadias de participação na sociedade. Por outro lado, a negação do reconhecimento pelas injustiças também pode conduzir ao entorpecimento, à estagnação do indivíduo ou grupo social. A prosperidade da luta depende da capacidade de articulação política dos grupos ou movimentos sociais e da capacidade de influir politicamente na formação da vontade social.

A partir desta análise, observa o autor que este reconhecimento perpassa por três esferas distintas de interação do ser: o âmbito da construção de sua identidade pessoal nas relações primárias (amor, amizade), nas relações jurídicas (direitos) e na comunidade de valores (solidariedade).

A condição  
feminina nos  
espaços jurídicos  
encontra  
emolduração  
na teoria  
da luta por  
reconhecimento

Entre avanços e retrocessos nesta linha pendular de desenvolvimento histórico e social, a condição da mulher, tanto no mercado de trabalho como um todo quanto no ambiente jurídico, encontra consonância com o conteúdo material proposto pela teoria do reconhecimento numa terceira dimensão de solidariedade e eticidade. Na concepção honnethiana, o reconhecimento nesta esfera conduz ao relacionamento que “associado à solidariedade incorpora o princípio da diferença igualitária, que, resultante da pressão que vem dos sujeitos individualizados, pode se desenvolver mais plenamente”<sup>47</sup>.

A prosperidade da luta depende da capacidade de articulação política dos grupos ou movimentos sociais e da capacidade de influir politicamente na formação da vontade social

Ao considerar a relevância do trabalho, enquanto direito social, para o desenvolvimento da personalidade humana e como alicerce das condições materiais para uma vida digna, é compreensível a opção proposta por Honneth pela qual, nesta esfera, a violação ou desrespeito ao reconhecimento corresponde à negação da estima social, à degradação da honra e da dignidade do indivíduo, no caso, do gênero feminino.

Este sincero desconforto e a preocupação com a realidade de desequiparação da mulher nos espaços jurídicos, justamente onde se travam as últimas batalhas pelo reconhecimento de direitos, quando todos os demais mecanismos de equalização, contenção e ajustamento não se apresentarem aptos e qualificáveis aos fins a que se destinam, justificam a articulação política de todos estes grupos e movimentos para influir politicamente na formação da vontade de gestão deste tão expressivo poder.

O combustível para esta luta social pela construção da equidade de gênero encontra no direito um contundente partidário, sobretudo pela sua influência na construção de políticas públicas que enfrentem com robustez e clareza este opositor nem sempre identificado e identificável.

Profundamente salutar é o despertar das entidades de administração judiciária atuais com iniciativas como a discussão acerca da participação da mulher nos concursos públicos para ingresso na carreira,

instituído por intermédio da Portaria CNJ 04/2020, que objetiva trazer a temática aos olhos da sociedade. Também sobreleva a pertinência das propostas decorrentes da I Conferência Nacional de Procuradoras de República, máxime quando visam alcançar a gênese da carreira, inserindo conteúdos relacionados a direitos humanos das mulheres já nos cursos básicos de formação e ingresso.

A construção de uma sociedade efetivamente livre e justa pressupõe o direito ao reconhecimento da igualdade na diferença, conceito que melhor se coaduna com a ideia de equidade entre homens e mulheres que têm por função precípua a operabilidade do direito. Há uma revolução a ser concluída!

## Notas

1. Ivan Dias da Motta. Pós-doutor em Direito. Docente Permanente do Programa Mestrado em Ciências Jurídicas e do Curso de Direito do Unicesumar – Centro Universitário de Maringá. Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Professor orientador. <http://lattes.cnpq.br/1508111127815799/https://orcid.org/0000-0002-7515-6187/ivan.iddm@gmail.com>.
2. Maria de Lourdes Araújo. Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR e Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, titular da vara cível da Comarca de Colorado. Então orientanda. <http://lattes.cnpq.br/9947503785992331/https://orcid.org/0000-0001-6630-2405/equipelourdes@hotmail.com> (artigo originariamente publicado em *Economic Analysis of Law* Revoew).
3. BRASIL. *Bancada feminina*. Disponível em: [http://www.2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/copy\\_of\\_index.html](http://www.2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/copy_of_index.html). Acesso em 21 jan. 2019.
4. BRASIL. CNJ-Conselho Nacional de Justiça. Notícias. Juiz brasileiro é homem, branco, casado, católico e pai. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87624-juiz-brasileiro-e-homem-branco-casado-catolico-e-pai>. Acesso em set. 2018.
5. 11.348 (62,5%) de um total de 18.168 magistrados – englobando todas as instâncias e ramos da justiça – responderam ao questionamento elaborado pelo CNJ. Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018. BRASIL. CNJ-Conselho Nacional de Justiça. Notícias. Juiz brasileiro é homem, branco, casado, católico e pai. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87624-juiz-brasileiro-e-homem-branco-casado-catolico-e-pai>. Acesso em set. 2018.

6. No censo realizado em 2014 as mulheres correspondiam a 40% dos magistrados brasileiros.
7. BRASIL. *CNJ-Conselho Nacional de Justiça*. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>. Acesso em mar. 2020.
8. Dentre estas, de acordo com a Resolução 75 do CNJ, de 12/05/2009, que tratou de unificar as regras para os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário Nacional, compreende as seguintes fases: primeira etapa: uma prova objetiva seletiva, de caráter eliminatório e classificatório; segunda etapa: duas provas escritas também de caráter eliminatório e classificatório; terceira etapa, de caráter eliminatório, compreendendo: sindicância de vida pregressa e investigação social, exame de sanidade física e mental e exame psicotécnico; quarta etapa: uma prova oral, de caráter eliminatório e classificatório; quinta etapa: avaliação de títulos, de caráter classificatório. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2763>. Acesso em set. 2018.
9. BRASIL. *INEP-MEC*. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. Censo da educação superior 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/setembro-2018-pdf/97041-apresentac-a-o-censo-superior-u-ltimo/file>. Acesso em jun. 2018.
10. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas de gênero. Indicadores sociais das mulheres no Brasil. Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica n. 38. Informações atualizadas em 08 de junho de 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em mar. 2019.
11. BRASIL. *Ministério da Educação*. Censo da Educação Superior 2012. Ministério da Educação. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=14153-coletiva-censo-Superior-2012&category\\_slug=setembro-2013-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=14153-coletiva-censo-Superior-2012&category_slug=setembro-2013-pdf&Itemid=30192). Acesso em jul. 2019.
12. BECK, Ulric. *Sociedade de risco*: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 159.
13. FILHO, Roberto Fragale; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA Ana Paula de Oliveira. Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro. e-cadernos CES – Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 24, 2015, p. 57-77. Disponível em: <https://journal.s.openedition.org/eces/1968>. Acesso em jul. 2019.
14. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Composição. Histórico das composições. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp?id\\_presidente=35](http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp?id_presidente=35). Acesso em jul. 2019.



15. BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Quem somos. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/QuemSomos>. Acesso em jul. 2019.
16. NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008, p. 77.
17. BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Concursos de Ingresso na Magistratura a partir de 1980 (quando as primeiras mulheres foram aprovadas). Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=108459>. Acesso em jul. 2019.
18. BRASIL. *Associação dos Magistrados do Brasil*. Renata Gil vence eleição e será a primeira mulher a assumir a AMB na sua história. Disponível em: [https://www.amb.com.br/renata-gil-vence-eleicao-e-sera-primeira-mulher-assumir-amb-na-sua-historia/?doing\\_wp\\_cron=1585102656.1088190078735351562500](https://www.amb.com.br/renata-gil-vence-eleicao-e-sera-primeira-mulher-assumir-amb-na-sua-historia/?doing_wp_cron=1585102656.1088190078735351562500). Acesso em fev. 2020.
19. NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008, p. 77.
20. OAB Nacional. Institucional/Quadro de advogados. Quantitativo por gênero. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em ago. 2019.
21. MELO, Mônica de.; NASTARI, Marcelo; MASSULA, Letícia. A participação da mulher na magistratura brasileira: considerações a respeito de dados parciais de 1999 a 2004. *Revista Jurídica Virtual* – Brasília, vol. 6, n. 70, mar. 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/.../539/1105>. Acesso em jul. 2019.
22. MELO, Mônica de.; NASTARI, Marcelo; MASSULA, Letícia. A participação da mulher na magistratura brasileira: considerações a respeito de dados parciais de 1999 a 2004. *Revista Jurídica Virtual* – Brasília, vol. 6, n. 70, mar. 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/.../539/1105>. Acesso em jul. 2019.
23. Enquanto a participação feminina na magistratura como um todo chega a 38,8%, dentre os servidores, o índice alcança 56,6%. BRASIL. *CNJ-Conselho Nacional de Justiça*. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>. Acesso em mar. 2020.
24. MELO, Mônica de.; NASTARI, Marcelo; MASSULA, Letícia. A participação da mulher na magistratura brasileira: considerações a respeito de dados parciais de 1999 a 2004. *Revista Jurídica Virtual* – Brasília, vol. 6, n. 70, mar. 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/.../539/1105>. Acesso em jul. 2019.
25. Acerca das entrevistas reservadas nos concursos para ingresso na magistratura, desde 2012 o CNJ vem refutando tais práticas. Na 154ª sessão plenária do CNJ, no julgamento de quatro procedimentos de controle administrativo que atacavam a previsão de entrevistas reservadas, sem gravação nem testemunhas,

- no 183º concurso do TJSP, o Ministro Ayres Britto, então presidente daquele colegiado destacou: “Quanto mais objetivos os critérios, menor é a subjetividade da banca examinadora. É uma forma de salvar os examinadores de si mesmo, mas quando o Tribunal coloca no concurso critérios subjetivos, ele se distancia dos princípios constitucionais”. *BRASIL. CNJ-Conselho Nacional de Justiça. Agência CNJ de notícias. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ayres-britto-destaca-importancia-da-imparcialidade-na-realizacao-de-concursos/>. Acesso em jul. 2019.*
26. Dentre as perguntas noticiadas pelos candidatos que foram realizadas pelos desembargadores, encontravam-se as seguintes: – *Mas a senhora está grávida. Não acha que já começaria a carreira como um estorvo para o Poder Judiciário? Sua esposa trabalha? Qual a profissão dela? Tem certeza de que se adaptaria?* *CONJUR. Entrevistas secretas de concurso para juiz são ilegais. Revista Consultor Jurídico, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-18/cnj-julga-ilegais-entrevistas-secretas-concurso-juiz-tj-sp>. Acesso em jul. 2019.*
27. NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008, p. 78.
28. Por meio da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, a ONU estabeleceu 17 objetivos para transformar o mundo, cujo compromisso de engajamento foi assumido pelos chefes de Estado e de Governo, reunidos em Nova York nos dias 25 a 27 de setembro de 2015. O objetivo número cinco se propõe a alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, contemplando como ousadas metas: – Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte; – Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos; – Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas; – Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais; garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública; – Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão; – Realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo

- com as leis nacionais; – Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres; – Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis. ONU. Nações Unidas Brasil. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Agenda 2030. Desenvolvimento sustentável. Disponível: em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 23 jan. 2019.
29. BRASIL. CNJ-*Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3215>. Acesso em mar. 2020.
  30. FILHO, Roberto Fragale; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA Ana Paula de Oliveira. *Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro*. e-cadernos CES – Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 24, 2015, p. 57-77. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/1968>. Acesso em jul. 2019.
  31. MELO, Mônica de.; NASTARI, Marcelo; MASSULA, Letícia. A participação da mulher na magistratura brasileira: considerações a respeito de dados parciais de 1999 a 2004. *Revista Jurídica Virtual* – Brasília, vol. 6, n. 70, mar. 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/.../539/1105>. Acesso em jul. 2019.
  32. MELO, Mônica de.; NASTARI, Marcelo; MASSULA, Letícia. A participação da mulher na magistratura brasileira: considerações a respeito de dados parciais de 1999 a 2004. *Revista Jurídica Virtual* – Brasília, vol. 6, n. 70, mar. 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/.../539/1105>. Acesso em jul. 2019.
  33. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – em 2016, as mulheres se dedicaram ao cuidado de outras pessoas e/ou afazeres domésticos 73% a mais de horas do que os homens (18,1 horas contra 10,5 horas). Conciliando o trabalho doméstico não remunerado com o labor remunerado, as mulheres são as que mais exercem atividades remuneradas em tempo parcial e, conseqüentemente, tem reduzido o rendimento médio do trabalho, que equivale a  $\frac{3}{4}$  do que os homens recebem. Entre os trabalhadores que possuem ensino superior completo, a diferença salarial é ainda maior, quando as mulheres recebem 63,4% da remuneração masculina. BRASIL. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas de gênero. Indicadores sociais das mulheres no Brasil. Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica n. 38. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em mar. 2019.
  34. MPF. Ministério Público Federal. *Caderno Técnico Percepção Feminina*. I Conferência Nacional das Procuradoras da República. Brasília-DF, 2018.

- Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/transparencia/perspectiva-de-genero-e-etnico-racial/28062018\\_Caderno\\_Tecnico\\_Percepcao\\_Feminina.pdf](https://escola.mpu.mp.br/transparencia/perspectiva-de-genero-e-etnico-racial/28062018_Caderno_Tecnico_Percepcao_Feminina.pdf). Acesso em ago. 2019.
35. “*Maninterrupting*: quando uma mulher não consegue concluir sua frase porque é constantemente interrompida pelos homens ao redor. *bropropriating*: Quando, em uma reunião, um homem se apropria da ideia de uma mulher e leva o crédito por ela. *mansplaining*: É quando um homem dedica seu tempo para explicar algo óbvio a você, como se não fosse capaz de compreender, afinal você é uma mulher. *gaslighting*: violência emocional por meio de manipulação psicológica, que leva a mulher e todos ao seu redor acharem que ela enlouqueceu ou que é incapaz.”. LIGUORI, Maíra. *O machismo também mora nos detalhes*. Geledés. Instituto da Mulher Negra. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-machismo-tambem-mora-nos-detalhes/>. Acesso em set. 2019.
36. A representante do Escritório da ONU Mulheres no Brasil, Nadine Gasman, em discurso na abertura do encontro Percepção Feminina, na I Conferência Nacional das Procuradoras da República – Desafios e horizontes na carreira do MPF, destaca que “Estamos obstinados em transformar o mundo, numa caminhada até 2030 para atingir os Objetivos de desenvolvimento Sustentável, para construir um planeta 50/50. Isso quer dizer um planeta igualitário, um planeta equitativo onde mulheres e homens tenham os mesmos direitos, oportunidades e responsabilidades. É um caminho que tem que ser construído em todos os âmbitos e o da Justiça é especialmente importante. Sabemos que temos 30% de mulheres no Ministério Público Federal”. Ministério Público Federal. *Caderno Técnico Percepção Feminina*. I Conferência Nacional das Procuradoras da República. Brasília-DF, 2018. Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/transparencia/perspectiva-de-genero-e-etnico-racial/28062018\\_Caderno\\_Tecnico\\_Percepcao\\_Feminina.pdf](https://escola.mpu.mp.br/transparencia/perspectiva-de-genero-e-etnico-racial/28062018_Caderno_Tecnico_Percepcao_Feminina.pdf). Acesso em ago. 2019.
37. Em referência a um processo histórico congênere Ulrich Beck destaca que “o evento mais notável no desenvolvimento recente da Alemanha é justamente a revolucionária equiparação das oportunidades educacionais” destacando que “não parece exagerado falar de uma feminização da educação (...) mas essa revolução educacional não se seguiu numa revolução no mercado de trabalho e no sistema empregatício” (...) posto que as portas que foram abertas na educação, voltam a ser fechadas no mercado empregatício e do trabalho.” BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 153.
38. FILHO, Roberto Fragale; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA Ana Paula de Oliveira. *Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro*. e-cadernos CES – Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 24, 2015, p. 57-77. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/1968>. Acesso em jul. 2019.

39. VIANA, Luiz Werneck.; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem somos: A magistratura que queremos*. AMB- Associação de Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, nov. 2018. Disponível em: [https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa\\_Quem\\_Somos\\_AMB\\_v-digital.pdf](https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB_v-digital.pdf). Acesso em ago. 2019.
40. Condição idêntica na magistratura alemã é acentuado por Ulrich Beck, quando destaca que: “No âmbito do judiciário (...) a presença de mulheres é aqui muito maior (em 1977, cerca de 11% de juízas, 10% de procuradoras e 7% de advogadas). Mas nos tribunais federais que é onde as decisões fundamentais de nossa jurisdição são tomadas, onde os rumos do nosso sistema judiciário são tratados par os próximos decêndios, as mulheres (quase) não têm lugar.” BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 153.
41. FILHO, Roberto Fragale; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA Ana Paula de Oliveira. *Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro*. e-cadernos CES – Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 24, 2015, p. 57-77. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/1968>. Acesso em jul. 2019.
42. este sentido: Nem de ‘golpe’, nem de ‘namorado’: Dilma precisa ser respeitada como mulher. Disponível em: [https://www.huffpostbrasil.com/stephanie-ribeiro/nem-de-golpe-nem-de-namorado-dilma-precisa-ser-respeitada\\_a\\_21689079](https://www.huffpostbrasil.com/stephanie-ribeiro/nem-de-golpe-nem-de-namorado-dilma-precisa-ser-respeitada_a_21689079); Bolsonaro questiona opção sexual de Dilma no plenário. <https://www.valor.com.br/politica/1109398/bolsonaro-questiona-opcao-sexual-de-dilma-no-plenario>; BIROLI, Fátima. Revista Crítica de Ciências Sociais. Mulheres e política nas notícias: estereótipos de gênero e competência política. 90/2010, p. 45-69. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1765#tocto2n1>. Acesso em jun. 2019.
43. Neste sentido: PANKE, Luciana. *Como as mulheres políticas na América Latina retratam as mulheres em suas campanhas eleitorais*. In GOSTINSKI, A.; MARTIM, F. (Orgs.). Estudos feministas por um direito menos machista. 1.ed. Santa Catarina: Empório do direito, 2016. cap.10, p. 147.
44. BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. Vol. II, A experiência vivida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 11.
45. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016, p. 245.
46. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.
47. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 87.

## Referências

- BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. Vol. II, A experiência vivida. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- BRASIL. *Associação dos Magistrados do Brasil*. Renata Gil vence eleição e será a primeira mulher a assumir a AMB na sua história. Disponível em: [https://www.amb.com.br/renata-gil-vence-eleicao-e-sera-primeira-mulher-assumir-amb-na-sua-historia/?doing\\_wp\\_cron=1585102656.1088190078735351562500](https://www.amb.com.br/renata-gil-vence-eleicao-e-sera-primeira-mulher-assumir-amb-na-sua-historia/?doing_wp_cron=1585102656.1088190078735351562500). Acesso em fev. 2020.
- BRASIL. *Bancada feminina*. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/copy\\_of\\_index.html](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/copy_of_index.html). Acesso em 21 jan. 2019.
- BRASIL. *CNJ-Conselho Nacional de Justiça*. Agência CNJ de notícias. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ayres-britto-destaca-importancia-da-imparcialidade-na-realizacao-de-concursos/>. Acesso em jul. 2019.
- BRASIL. *CNJ-Conselho Nacional de Justiça*. Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>. Acesso em mar. 2020.
- BRASIL. *CNJ-Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3215>. Acesso em mar. 2020.
- BRASIL. *CNJ-Conselho Nacional de Justiça*. Notícias. Juiz brasileiro é homem, branco, casado, católico e pai. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87624-juiz-brasileiro-e-homem-branco-casado-catolico-e-pai>. Acesso em set. 2018.
- BRASIL. *INEP-MEC*. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. Censo da educação superior 2017. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/setembro-2018-pdf/97041-apresentac-a-o-censo-superior-ultimo/file>. Acesso em jun. 2018.
- BRASIL. *Ministério da Educação*. Censo da Educação Superior 2012. Ministério da Educação. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=14153-coletiva-censo-Superior-2012&category\\_slug=setembro-2013-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=14153-coletiva-censo-Superior-2012&category_slug=setembro-2013-pdf&Itemid=30192). Acesso em jul. 2019.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Composição. Histórico das composições. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp?id\\_presidente=35](http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp?id_presidente=35). Acesso em jul. 2019.
- BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Quem somos. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/QuemSomos>. Acesso em jul. 2019.
- BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Concursos de Ingresso na Magistratura a partir de 1980 (quando as primeiras mulheres foram aprovadas). Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=108459>. Acesso em jul. 2019.

- BECK, Ulric. *Sociedade de risco*: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 159.
- CONJUR. *Entrevistas secretas de concurso para juiz são ilegais*. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-18/cnj-julga-ilegais-entrevistas-secretas-concurso-juiz-tj-sp>. Acesso em jul. 2019.
- FILHO, Roberto Fragale; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA Ana Paula de Oliveira. *Magistratura e gênero*: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro. e-cadernos CES – Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 24, 2015, p. 154. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/1968>. Acesso em jul. 2019.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas de gênero. Indicadores sociais das mulheres no Brasil. Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica n. 38. Informações atualizadas em 08 de junho de 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf). Acesso em mar. 2019.
- LIGUORI, Maíra. *O machismo também mora nos detalhes*. Geledés. Instituto da Mulher Negra. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/o-machismo-tambem-mora-nos-detalhes/>. Acesso em set. 2019.
- MELO, Mônica de.; NASTARI, Marcelo; MASSULA, Letícia. A participação da mulher na magistratura brasileira: considerações a respeito de dados parciais de 1999 a 2004. *Revista Jurídica Virtual* – Brasília, vol. 6, n. 70, mar. 2005. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/.../539/1105>. Acesso em jul. 2019.
- Ministério Público Federal. *Caderno Técnico Percepção Feminina*. I Conferência Nacional das Procuradoras da República. Brasília-DF, 2018. Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/transparencia/perspectiva-de-genero-e-etnico-racial/28062018\\_Caderno\\_Tecnico\\_Percepcao\\_Feminina.pdf](https://escola.mpu.mp.br/transparencia/perspectiva-de-genero-e-etnico-racial/28062018_Caderno_Tecnico_Percepcao_Feminina.pdf). Acesso em ago. 2019.
- MPF. Ministério Público Federal. *Caderno Técnico Percepção Feminina*. I Conferência Nacional das Procuradoras da República. Brasília-DF, 2018. Disponível em: [https://escola.mpu.mp.br/transparencia/perspectiva-de-genero-e-etnico-racial/28062018\\_Caderno\\_Tecnico\\_Percepcao\\_Feminina.pdf](https://escola.mpu.mp.br/transparencia/perspectiva-de-genero-e-etnico-racial/28062018_Caderno_Tecnico_Percepcao_Feminina.pdf). Acesso em ago. 2019.
- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. São Paulo: Millennium, 2008, p. 77.
- OAB Nacional. Institucional/Quadro de advogados. *Quantitativo por gênero*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em ago. 2019.
- ONU. Nações Unidas Brasil. *Transformando Nosso Mundo*: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Agenda 2030. Desenvolvimento sustentável.

- Disponível: em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 23 jan. 2019.
- PANKE, Luciana. *Como as mulheres políticas na América Latina retratam as mulheres em suas campanhas eleitorais*. In GOSTINSKI, A.; MARTIM, F. (Orgs.). *Estudos feministas por um direito menos machista*. 1. ed. Santa Catarina: Empório do direito, 2016. cap. 10, p. 147.
- VIANA, Luiz Werneck.; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem somos: A magistratura que queremos*. AMB-Associação de Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, nov. 2018. Disponível em: [https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa\\_Quem\\_Somos\\_AMB\\_\\_v-digital.pdf](https://www.amb.com.br/pesquisa/2019/docs/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf). Acesso em ago. 2019.



# A Súmula 326 do STJ e os seus necessários temperamentos à luz do CPC/15

**Fernando Andreoni Vasconcellos<sup>1</sup>**

Juiz de Direito em Curitiba do Tribunal de Justiça do Paraná

**Resumo:** A Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça prevê que na ação de indenização por dano moral a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca. Com o advento do novo Código de Processo Civil, surgiu em nosso direito positivo a previsão segundo a qual nas demandas indenizatórias, inclusive as que envolvam dano moral, o valor da causa deverá ser o valor pretendido (art. 292, V). No presente trabalho será discutida a perda de suporte legislativo para a aplicação irrestrita da Súmula 326, a qual, por mais que ainda possa permanecer em nosso ordenamento jurídico, merece temperamentos. A consolidação de entendimentos jurisprudenciais fixando parâmetros pecuniários gera previsibilidade, de maneira que, não seguindo o autor os critérios delimitados pela jurisprudência estável, e se seu pedido for apenas parcialmente acolhido, deverá arcar com ônus sucumbenciais decorrentes da sucumbência recíproca.

## 1. Considerações iniciais

OWEN FISS AFIRMA QUE O CRESCIMENTO NO VOLUME de casos no Poder Judiciário federal norte-americano não decorre “da excessiva generalidade da legislação, nem da excessiva inovação judicial, mas advém do crescente tamanho e complexidade da sociedade norte-americana”<sup>2</sup>.

Para Ricardo Pereira Júnior, a “crescente complexidade econômica e social e a multiplicação de contatos humanos acabam por gerar conflitos que exigem solução estatal. Esse quadro cria uma espiral de demandas”, o que, segundo ele, por mais que não seja um fenômeno exclusivamente brasileiro, tem peculiaridades no Brasil que incrementam as dificuldades do Judiciário<sup>3</sup>.

Diante desse panorama, e do aperfeiçoamento do acesso à justiça, houve um notável crescimento das demandas que buscam a responsabilização por danos morais desde a promulgação da Constituição de 1988, sobretudo pela força normativa do art. 5º, V e X, do texto constitucional. Nada obstante, por mais que o direito à compensação moral tenha ganhado musculatura, a questão relativa à quantificação do dano moral sempre foi (e permanece sendo) um tema espinhoso, em virtude do reconhecimento da singularidade (e complexidade) de cada caso concreto.

A dificuldade de mensuração levou a jurisprudência a desenvolver entendimentos sobre a viabilidade de pedidos *genéricos e indeterminados* a título de dano moral e, no que interessa ao presente artigo, sobre a possibilidade de que a eventual parcial procedência de tal pretensão não levasse a condenação em sucumbência. Foi nesse cenário que surgiu a Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça.

## 2. Os fundamentos da Súmula 326 do STJ e o novo CPC

Conforme a Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça, “na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”. Da análise dos motivos determinantes de alguns dos precedentes que embasaram a edição da aludida súmula<sup>4</sup>, é possível deduzir os argumentos que levaram à sua criação. A título de ilustração, pode-se citar os seguintes trechos de decisões:

“Nos casos de indenização por danos morais, fixado o valor indenizatório menor do que o indicado na inicial, não se pode, para fins de arbitramento de sucumbência, incidir no paradoxo de impor-se à vítima o pagamento de honorários advocatícios superiores ao

deferido a título indenizatório” (AgRg no Ag 459509/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 19/12/2003).

“Em princípio, a sentença que defere menos do que foi pedido a título de indenização por dano moral acarreta a sucumbência recíproca, exigindo a aplicação do artigo 21 do Código de Processo Civil. Solução que se afasta, porque, observado esse critério na espécie, a vítima do dano moral pagaria mais à guisa de honorários advocatícios do que receberia por conta do ressarcimento” (EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AgRg nos EDcl nos EREsp 197411/ES, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 17/09/2001).

“Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliado à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial (REsp n. 265.350/RJ, 2a. Seção, por maioria, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 27/08/2001).[...] A sucumbência recíproca não tem lugar aqui, eis que o entendimento hoje pacificado na 2a. Seção (Cf. REsp n. 265.350/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, unânime, DJU de 27/08/2001), é o de que a pretensão inicial, pela natural dificuldade de ser aferida a lesão moral, é de ser considerada meramente estimativa pelo autor, de modo que na eventualidade de ser fixado um *quantum* inferior, isso não o transforma em parcialmente vencido” (REsp 432177/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 28/10/2003).

“Não verifico a alegada ofensa ao art. 21 do CPC. Vale frisar que o montante requerido na petição inicial (fl. 8) a título de indenização por dano moral é meramente estimativo, sem observância de quaisquer parâmetros quantitativos para aferir a quantia decorrente dos danos causados. Desse modo, a redução do valor inicialmente pleiteado não constitui circunstância hábil para atrair a aplicação do referido dispositivo (CPC, art. 21), que compreende a reciprocidade dos ônus sucumbenciais” (REsp 713682/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 11/04/2005).

Conforme se infere, uma das principais razões para a construção desse raciocínio reside no fato de que, em eventual condenação em valor inferior ao postulado, o demandante poderia ser condenado em honorários advocatícios em valor superior ao seu benefício.

A premissa segundo a qual o valor do dano moral pretendido é meramente estimativo, sem parâmetros definidos, também é lembrada como circunstância apta a embasar o teor da aludida súmula. Assim, seriam lícitos pedidos indeterminados para que o juízo fixe (arbitre) o valor da condenação por danos morais, inexistindo condenação em honorários sucumbenciais caso não sejam acolhidos os valores *sugeridos* ou *estimados*. A síntese desse raciocínio pode ser exposta pela seguinte afirmação: “Não há falar em sucumbência recíproca quando o valor da condenação a título de danos morais for menor do que o valor pedido na inicial, que ostenta caráter meramente estimativo” (STJ, AgRg no REsp 1403118/AC, DJe 31/03/2014).

Contudo, a edição do novo Código de Processo Civil fez surgir um conflito entre o entendimento jurisprudencial segundo o qual o valor do pedido de danos morais pode ser indeterminado ou estimado, com a previsão do art. 292, V, pelo qual “o valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: [...] na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido”. Vê-se, pois, que o pedido de “fixação pelo prudente arbítrio do juízo”, sem a indicação do valor efetivamente pretendido, não encontra mais amparo legal.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, não cancelou a Súmula 326, assim como aparentemente mantém hígido o entendimento jurisprudencial no sentido consagrado no CPC anterior, sem a ressalva da nova previsão legal: “A indenização por danos morais e materiais fixada em montante inferior ao pedido não configura sucumbência recíproca, pois o valor deduzido na petição inicial é meramente estimativo” (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 1546407/SP, DJe 26/05/2020).

Afinal, seria possível conciliar a norma (interpretação) inferida pelo Superior Tribunal de Justiça com a nova disposição legal? Como lembra Carlos Alchourrón, “*la única manera de superar los conflictos normativos es revisar el sistema de normas que los genera*”<sup>5</sup>.

### 3. O “efeito disciplinador” da jurisprudência e o enfrentamento dos problemas que originaram a súmula

Diante da ausência de um sistema de tabelamento de valores de danos morais, a Súmula 326 foi criada para proteger a boa-fé do autor da demanda, para que não fique na contingência de sofrer uma condenação em verbas sucumbenciais pelo não acolhimento do valor por ele postulado. De se observar, ainda, que a súmula também encontra(va) fundamento na oscilação da jurisprudência, em virtude da dificuldade de se efetuar a parametrização das decisões judiciais a respeito do tema. Trata-se, então, de uma forma de resguardar o direito do autor em face das incertezas existentes na jurisprudência (e na legislação), permitindo a formulação de pedido genérico.

Por outro lado, quando o Código de Processo Civil de 2015 exige a definição do valor pretendido a título de danos morais, há a *vontade legislativa* de proteção da boa-fé do demandado, que deve saber exatamente o valor (e os riscos) da demanda contra ele ajuizada, além de encontrar amparo nos princípios da não surpresa e do contraditório.

Destarte, com a crescente valorização do papel dos precedentes, com a consolidação de entendimentos jurisprudenciais acerca dos valores de condenações por danos morais, pode-se dizer que o ambiente de incertezas para o autor tem ficado mais restrito. Essa constatação não escapou do próprio Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2012 (antes, portanto, do novo CPC), quando do julgamento do Recurso Especial 1.313.643-SP, relator o ministro Sidnei Beneti. Consta do voto do relator: “À medida em que o tempo passa e a jurisprudência vai traçando critérios para superar as dificuldades iniciais na fixação dos valores, volta a prestigiar-se a necessidade de que o contraditório se exerça inclusive quanto às dimensões da indenização por dano moral, voltando-se, forçosamente, o foco no sentido da garantia processual do contraditório.”

Em se tratando da condenação por danos morais, quando o Código de Processo Civil impõe aos tribunais a uniformização de sua jurisprudência, de forma estável, íntegra e coerente, obviamente não se refere somente aos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) sobre a procedência ou improcedência de determinada pretensão, mas também à

quantificação do valor dos danos. Não se trata de criar uma forma de engessamento de valores, ou mesmo tabelamento jurisprudencial, mas sim de submeter o regramento da quantificação dos danos morais à ideia de que casos similares devem possuir o mesmo tratamento jurídico (“*treat like cases alike*”). Pela amplitude semântica do art. 926 do CPC, devem prezar pela *estabilidade e coerência* os “precedentes qualificados”<sup>6</sup>, assim como os chamados “precedentes persuasivos” (não vinculantes), estes dotados, como reconhecido pelo STJ, de eficácia mínima capaz de vincular horizontalmente<sup>7</sup>.

Como ensina Neil MacCormick, “se uma certa decisão pode ser adequadamente dada para um certo caso, então, materialmente, essa mesma decisão tem que ser a correta em qualquer caso materialmente similar”<sup>8</sup>. Por força da segurança jurídica e previsibilidade, o jurisdicionado não deve ter ciência somente se determinada conduta tem o condão de gerar a responsabilização por danos morais, mas também deve saber os parâmetros (pecuniários) jurisprudenciais aplicáveis à espécie.

É bem verdade que, pelo seu componente altamente fático, a jurisprudência formada em torno da responsabilização por danos morais dificilmente formará um precedente vinculante. Eventualmente seria possível, por exemplo, a definição de teses jurídicas vinculantes em torno da existência ou não de dano moral presumido em determinada conduta. Todavia, como regra, constitui matéria a ser delimitada no âmbito de *precedentes persuasivos*, sobretudo na questão da quantificação dos danos, aspecto que, por sua essência, não comporta uma configuração cerrada.

Cumprir mencionar ainda, seguindo a observação de Michele Taruffo, que quase nunca se sabe ao certo se se conhece a totalidade da jurisprudência (pretensão que, em realidade, é impossível), ou mesmo da jurisprudência relevante de determinado tema, o que também é dificultado pela existência de contradições e incoerências, culminando-se na tarefa de “saber se existe ou não jurisprudência *compatível*, se há uma jurisprudência *dominante*, se a jurisprudência é *incerta* ou se existe mesmo uma situação de caos jurisprudencial”<sup>9</sup>.

Oferecidos esses esclarecimentos, convém trazer um exemplo para ilustrar o argumento. Analisando-se recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, é possível verificar que, em relação à conde-

nação por danos morais pela inscrição indevida em órgãos de proteção do crédito, fixou-se, majorou-se ou manteve-se condenações em valores como:

Número do Processo	Data de Julgamento	Valor da Condenação
726-74.2015.8.16.0115	21.07.2020	R\$ 10.000,00
8358-72.2016.8.16.0033	30.03.2020	R\$ 12.000,00
785-84.2013.8.16.0001	30.03.2020	R\$ 15.000,00
43790-25.2014.8.16.0001	30.03.2020	R\$ 10.000,00
2954-86.2016.8.16.0050	10.03.2020	R\$ 10.000,00
6670-06.2018.8.16.0001	17.02.2020	R\$ 12.000,00
154-08.2018.8.16.0150	17.02.2020	R\$ 12.000,00
68131-37.2018.8.16.0014	17.02.2020	R\$ 15.000,00
2464-95.2018.8.16.0017	16.12.2019	R\$ 15.000,00
11569-50.2018.8.16.0194	02.12.2019	R\$ 10.000,00
11365-06.2015.8.16.0131	25.11.2019	R\$ 20.000,00
6808-70.2018.8.16.0001	21.11.2019	R\$ 12.000,00
4605-41.2018.8.16.0194	11.11.2019	R\$ 15.000,00
7006-39.2017.8.16.0035	04.11.2019	R\$ 15.000,00
930-26.2018.8.16.0144	21.10.2019	R\$ 15.000,00
4166-56.2015.8.16.0090	23.05.2019	R\$ 10.000,00
407-28.2016.8.16.0065	16.03.2018	R\$ 10.000,00

Dentro desse pequeno conjunto analisado, nota-se a existência de entendimentos jurisprudenciais que restringem a possibilidade de fixação de condenações entre os valores de R\$10.000,00 (dez mil reais) a R\$20.000,00 (vinte mil reais), em situações normais ou típicas. Por mais que *quantitativamente* seja uma amostra pequena, da análise de alguns julgados é possível verificar que *qualitativamente* eles demonstram o entendimento preponderante e contemporâneo da 8ª Câmara Cível<sup>10</sup>, 9ª Câmara Cível<sup>11</sup>, 10ª Câmara Cível<sup>12</sup>, 11ª Câmara Cível<sup>13</sup> e 12ª Câmara Cível<sup>14</sup> do Tribunal de Justiça do Paraná<sup>15</sup>.

Mencione-se que, para obtenção de um retrato fiel do entendimento da respectiva corte de justiça<sup>16</sup>, deve-se buscar as decisões mais recen-

tes e estáveis, assim como se deve desconsiderar decisões isoladas, minoritárias ou mesmo singulares, decorrentes de peculiaridades dos casos concretos. Frise-se, outrossim, que o Superior Tribunal de Justiça apenas aprecia o valor de indenizações quando irrisórios ou exorbitantes os importes fixados: “Somente em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor da indenização por danos morais arbitrado na origem, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento da Súmula 7/STJ para possibilitar a revisão” (AgInt no AREsp 1617329/SP – DJe 01/07/2020). Nada obstante, as cortes de justiça encontram no STJ, nas decisões dos respectivos grupos de casos, parâmetros para a definição dos valores a título de indenização.

Com efeito, as regras ordinárias de experiência fornecem outros exemplos em que as hipóteses de pleitos de indenização por danos morais podem ser objeto de estabilização dos valores fixados em caso de condenação: ações envolvendo danos morais por extravio de bagagens em face de companhias aéreas, falhas em prestação de serviços de telecomunicações, protesto indevido de títulos etc. Ainda que todas estas hipóteses, assim como nos casos de inscrição indevida, possam contar com especificidades, é seguro afirmar que tais demandas giram em torno de fatos muito assemelhados.

Com a definição de parâmetros pecuniários, os precedentes funcionam como *estruturas dissipadoras (strutture dissipative)* de desordem, para usar a expressão de Taruffo, constituindo fatores de racionalização e uniformidade<sup>17</sup>. Trata-se daquilo que se poderia chamar de “efeito disciplinador” da jurisprudência na definição dos valores dos danos morais indenizáveis, por intermédio do qual haveria a redução, ou mesmo extinção, das “zonas de penumbra”<sup>18</sup>, criando-se indicadores concretos para os operadores do direito.

O *efeito disciplinador* não significa o “tabelamento judicial” dos valores de indenização, porquanto não se está estagnando os parâmetros pecuniários no tempo. Ele apenas impõe ao demandante a consulta à jurisprudência da respectiva corte de justiça para a verificação da existência de parâmetros nas condenações a título de dano moral, sobretudo nos casos recorrentes. Havendo critérios estáveis e coerentes, eles devem ser levados em conta, especialmente o *limite máximo* para o caso de proce-



dência, sob pena de o autor assumir o risco da sucumbência caso postule valores acima do teto definido pelo respectivo tribunal ou turma recursal.

A jurisprudência pode alterar esses valores, sendo natural que isso ocorra, especialmente o reajuste-majoração dos limites máximos. Neste ponto, sobressai à evidência a importância da fundamentação das decisões porque, como lembra António Manuel Hespanha, “a motivação das sentenças desempenha hoje um papel central na comprovação da legitimidade do direito”<sup>19</sup>. Sem embargo, o importante é a busca pelos parâmetros *contemporâneos* à data do ajuizamento do pedido inicial. Obviamente eventual majoração posterior à propositura não tem o condão de afastar o risco assumido pelo autor, porque seria contrário à boa-fé processual, desestimularia a autocomposição e geraria a paradoxal circunstância de que a demora do processo seria favorável ao demandante.

Por fim, observe-se que quando o código exige a definição do *valor pretendido* a título de dano moral, ele reforça o papel do princípio dispositivo (art. 2º do CPC). Além disso, afasta a ideia de indicação de valores meramente estimativos e consagra a adstrição do juiz ao pedido de dano moral, porque não haveria motivo para se impor a indicação do valor postulado, mas ao julgador seria lícito simplesmente desconsiderá-lo para o arbitramento de valores superiores, o que certamente violaria a não surpresa. Note-se, por oportuno, que “o CPC 292 V determina que o valor da causa, em ações de indenização por dano moral, deve ser o mesmo valor pretendido pelo autor, o que acaba com a dúvida sobre o tema e, certamente, terá o efeito de limitar o valor dos pedidos de indenização em razão do seu impacto nas custas processuais”<sup>20</sup>. O reflexo nas custas processuais merece destaque. Em recente decisão, o STF reafirmou a natureza tributária das custas processuais e a possibilidade de utilização do valor da causa como base de cálculo (ADI 3.124), prevalecendo o voto do ministro Alexandre de Moraes no sentido de que “a jurisprudência pacífica firmada no âmbito do *Supremo Tribunal Federal* aponta a validade da utilização do valor da causa como critério hábil para definição do valor das taxas judiciárias, desde que sejam estabelecidos valores mínimos e máximos”<sup>21</sup>. Assim, o controle quanto ao valor da causa, bem como do próprio pedido condenatório formulado, recebe especial relevância na medida em que também pautará o recolhimento fiscal.

Afinal, se se trata de base de cálculo tributária, não é possível permitir-se a utilização aleatória ou aquém do realmente desejado para se coibir evasão fiscal.

#### 4. A possibilidade de superação circunstancial da Súmula 326

Retornando à Súmula 326, surge a seguinte questão: mereceria a mesma consequência jurídica o pedido de danos morais, em caso de parcial procedência e condenação no importe de R\$ 10.000,00, entre aquele que postulou o valor de R\$ 500.000,00 e o outro que pretendeu a condenação em R\$ 15.000,00, quando existente parâmetro estável na jurisprudência com limite máximo de R\$ 20.000,00?

Miguel Carbonell cita quatro critérios elencados por Francisco Laporta para definir se está justificado um tratamento diferenciado entre duas pessoas, cabendo destacar, entre eles, o chamado “princípio de retribuição de merecimentos” (“*Principio de retribución de merecimientos*”) <sup>22</sup>. Segundo esse princípio, é possível tratamento diferenciado entre duas pessoas quando uma delas possui *merecimiento* que a outra não tem <sup>23</sup>.

Por força do art. 5º do CPC, as partes do processo devem se comportar de acordo com a boa-fé. Além disso, segundo o art. 6º, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Destarte, demandar contra parâmetros fixados pela jurisprudência constitui afronta a esses princípios, assim como à própria lealdade processual e ao dever de não formular pretensões destituídas de fundamento (art. 77, II, CPC), de maneira que é possível fazer um “*juízo de merecimiento*” em relação à eventual condenação em honorários sucumbenciais, tratando de forma desigual aqueles que se encontrem em situações desiguais. Com efeito, “segundo Juan Montero Aroca, a exigência de colaboração processual somente pode ser compreendida em um contexto ideológico que parte da premissa de que os cidadãos não têm direito a ‘pelear’ por aquilo que acreditam que lhes é de direito e com todas as ‘armas’ proporcionadas pelo ordenamento jurídico” <sup>24</sup>.

A consagração da coerência, estabilidade e integridade na jurisprudência (art. 926 do CPC) não pode ser vista somente como uma imposição aos órgãos jurisdicionais, mas também às próprias partes, as quais devem valorizar e seguir os precedentes jurisprudenciais, sob pena de se menoscar esses axiomas, cuja essência constitui um dos pilares do novo código. Com essa premissa, não podem ser tratados da mesma forma aquele que respeitou os parâmetros jurisprudenciais e aquele que simplesmente ajuizou uma demanda com ares aventureiros – contra a jurisprudência consolidada. A utilização da Súmula 326 para situações tão distintas significa excessiva tutela jurisdicional sobre as partes, deixando-as litigar sem responsabilidade, além de cercar o desenvolvimento da concorrência, do trabalho e do mérito, para parafrasear o raciocínio de Marinoni sobre “liberdade e processo civil”<sup>25</sup>.

Assim, em relação à inscrição indevida nos órgãos restritivos de crédito, caso o autor postule o valor de R\$ 500.000,00 a título de danos morais, frente a um limite máximo delimitado pela jurisprudência de R\$ 20.000,00, deverá arcar com honorários sucumbenciais, em caso de julgamento de parcial procedência que tenha fixado valores dentro dos parâmetros jurisprudenciais. Neste exemplo, por força da sucumbência recíproca, o valor a ser pago pelo autor da demanda deve ser calculado com base na diferença entre o valor do pedido e o limite máximo possível para aquela situação.

A essa altura já podemos dizer, invocando Herbert Hart, que uma regra que conclui com a expressão “*a menos que*” continua sendo uma regra<sup>26</sup>. A Súmula 326 pode permanecer no ordenamento jurídico, mesmo com o advento do novo Código, entretanto, ela deve ser excepcionada em determinadas situações, quando o autor não *merecer o benefício nela contido*. E fica claro que o demandante que não seguir os parâmetros pecuniários definidos na jurisprudência (o limite máximo), quando ela é *estável e dominante*, não faz jus ao seu benefício. Noutra lado, inexistindo jurisprudência estável, a súmula permanece hígida e deve ser aplicada.

A possibilidade de superação de súmula diante da peculiaridade do caso concreto não é novidade. A Súmula 691 do STF prevê que “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a

tribunal superior, indefere a liminar”. Por mais que o enunciado da súmula se mantenha como “regra jurisprudencial”, isso não impediu que o STF conhecesse e julgasse habeas corpus quando restou evidenciado “flagrante constrangimento ilegal”<sup>27</sup>. Essa superação circunstancial, também chamada de derrotabilidade, deve sempre ser acompanhada da coerência ao julgador, de modo que “o processo de inserção da ‘exceção’ no interior da regra impõe o fenômeno da universalização, a partir do qual a decisão singular se torna paradigmática, referência e modelo às ulteriores decisões de casos similares”<sup>28</sup>.

Pois bem. É possível colocar em evidência e às claras a situação que ensejaria a superação da Súmula 326, através do seguinte quadro:

	Julgamento de procedência com fixação no valor pedido	Julgamento de procedência, com fixação em valor inferior	Julgamento de improcedência
Pedido de condenação em danos morais dentro dos parâmetros da jurisprudência majoritária e estável	Não há sucumbência recíproca.	Não há sucumbência recíproca. Aplica-se a súmula.	Autor responde pela sucumbência.
Pedido de condenação em danos morais acima dos parâmetros da jurisprudência majoritária e estável	Não há sucumbência recíproca.	Há sucumbência recíproca. Não se aplica a súmula.	Autor responde pela sucumbência.
Pedido de condenação em danos morais em matéria em que não há parâmetros claros na jurisprudência	Não há sucumbência recíproca.	Não há sucumbência recíproca. Aplica-se a súmula.	Autor responde pela sucumbência.

Diante desse cenário, é possível sintetizar as seguintes ideias a partir dos conceitos expostos: 1) a boa-fé e lealdade processual impõem ao autor da demanda o dever de pesquisar junto ao respectivo tribunal ou turma recursal que eventualmente julgará o pedido, para verificar a existência de jurisprudência estável, com parâmetros definidos acerca de valores a título de danos morais na matéria discutida; 2) invocar decisões isoladas, de outros tribunais ou superadas, atrai ao demandante o risco de condenação em honorários sucumbenciais, em caso de parcial procedência; 3) por questão de segurança jurídica e hierarquia, eventual entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da razoabilidade de determinado *quantum* indenizatório tem o condão de impedir a sucumbência recíproca, caso o pedido formulado seja superior aos parâmetros fixados pelo respectivo tribunal, todavia siga o entendimento do STJ.

Pelo seu componente altamente fático, a jurisprudência formada em torno da responsabilização por danos morais dificilmente formará um precedente vinculante

## Conclusões

Os temperamentos sugeridos na aplicação da Súmula 326 visam reforçar a responsabilidade do autor no ajuizamento da demanda, assim como buscam estimular uma litigância responsável e adequada aos valores consagrados no novo Código de Processo Civil.

A experiência demonstra que a Súmula 326 tem servido, em alguns casos, como escudo para lides aventureiras, prejudicando ambas as partes: o autor, ao criar uma expectativa desarrazoada, inibindo a busca por soluções consensuais; o demandado, porque contra ele pesa uma pretensão elevada, em face da qual dificilmente encontrará uma solução consensual. Além disso, o Judiciário é atingido porque se incrementa a sua sobrecarga de trabalho com discussões desnecessárias.

Levando o dever de estimular a autocomposição a sério<sup>29</sup>, a diferenciação proposta na aplicação da Súmula 326 tem o condão de fomentar soluções consensuais, além de concretizar os princípios da boa-fé e da cooperação.

## Notas

1. Fernando Andreoni Vasconcellos. Juiz de Direito em Curitiba do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná.
2. FISS, Owen. A Burocratização do Judiciário. *Direito como razão pública*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 124.
3. PEREIRA JÚNIOR, Ricardo. *O desafio moderno e o Judiciário*. Ordem jurídica, tempo, espaço e atuação da justiça. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo. São Paulo: 2010, p. 08.
4. Sobre a diferenciação entre jurisprudência, precedente e súmula, v.: MARANHÃO, Clayton. *Jurisprudência, precedentes e súmula no direito brasileiro*. Diálogo de Teoria do Direito e Processo. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 126-7.
5. ALCHOURRÓN, Carlos. *Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos. Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 292-3.
6. Expressão usada no Regimento Interno do STJ, art. 121-A. “Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.”
7. “2. Isto porque a existência de precedentes persuasivos autoriza, na forma do art. 927, IV, do CPC/2015 c/c a Súmula n. 568/STJ que: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Tal a eficácia mínima dos precedentes persuasivos que vinculam horizontalmente, por seus fundamentos determinantes, os ministros relatores de determinado órgão colegiado à jurisprudência nele formada, atendendo às exigências de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, conforme o art. 926, do CPC/2015” (STJ, AgInt no AREsp 871.076/GO, DJe 19/08/2016).
8. MacCORMICK, Neil. Natural law and the separation of law and morals. *in*: *Natural Law Theories: Contemporary Essays*. Oxford: Clarendon Press, 1992, p.120-1.
9. “Da un lato, inverò, non si sa quasi mai se davvero si è arrivati a conoscere *tutta* la giurisprudenza (il che è spesso impossibile), o almeno *tutta* la giurisprudenza *relevante* su una determinata questione. Dall’altro lato, spesso si scopre che la giurisprudenza è incoerente e contraddittoria: si tratterà allora di stabilire se vi è o non vi è giurisprudenza *conforme*, se vi è una giurisprudenza *prevalente*, se la giurisprudenza è *incerta*, o se addirittura vi è una situazione di caos giurisprudenziale” (TARUFFO, Michele. *Precedente e Giurisprudenza. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Giuffrè, ano 61, n. 3, 2007. p. 800).
10. “Consigne-se, ainda, que o valor arbitrado pelo juízo a quo, em R\$ 6.000,00 (sete mil e quinhentos reais) mostra-se abaixo dos que vêm costumeiramente sendo fi-

- xados por esta 8ª Câmara Cível em casos sem maiores peculiaridades, quais sejam R\$ 10.000,00 a R\$ 15.000,00, conforme precedentes: Apelação Cível nº 0002372-37.2016.8.16.0034, Relator: Des. Luis Sérgio Swiech, julgado em 25.10.2018; Apelação Cível nº 0002048-52.2016.8.16.0194, Relator: Juiz Substituto em 2º Grau Alexandre Barbosa Fabiani, julgado em 25.10.2018; Apelação Cível nº 0028084-55.2017.8.16.0014, Relator: Des. Clayton de Albuquerque Maranhão, julgado em 06.09.2018; Apelação Cível nº 0007722-40.2017.8.16.0173, Relator: Des. Luis Cezar Nicolau, julgado em 04.10.2018” (TJPR – 8ª C. Cível – 0000726-74.2015.8.16.0115 – Matelândia – Rel.: Juiz Ademir Ribeiro Richter – J. 21.07.2020).
11. “Montante indenizatório arbitrado em R\$. 5.000,00 (cinco mil reais). Valor inferior ao que indica o entendimento jurisprudencial desta Câmara. Majoração devida. Arbitramento em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Quantia que melhor atende à tríplice função da indenização” (TJPR – 9ª C. Cível – 0011569-50.2018.8.16.0194 – Rel.: Desembargador Luis Sérgio Swiech – J. 02.12.2019).
  12. “Inscrição nos órgãos de proteção ao crédito indevida. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Teoria do risco do empreendimento. Responsabilidade objetiva. Dano moral *in re ipsa*. *Quantum* indenizatório majorado para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Parâmetros desta C. Câmara” (TJPR – 10ª C. Cível – 0004166-56.2015.8.16.0090 – Rel.: Desembargadora Ângela Khury – J. 23.05.2019).
  13. “Neste contexto, ante a inscrição indevida e o potencial econômico da ré em contraposição à condição da autora, é caso de majorar a verba indenizatória para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), *quantum* este que se mostra razoável para compensar o dano moral sofrido, sem enriquecimento ilícito, visando, inclusive, desestimular a ré na reiteração de condutas similares, pois se inexpressiva a indenização certamente não implementará esforço para evitar a reiteração de casos semelhantes, sem olvidar que o patamar vem sendo adotado por esta Câmara em casos análogos” (TJPR – 11ª C. Cível – 0011365-06.2015.8.16.0131 – Rel.: Juíza Luciane do Rocio Custódio Ludovico – J. 25.11.2019).
  14. “De conseguinte, merece provimento a Apelação interposta, no ponto, a fim de que seja majorado o *quantum* indenizatório para R\$15.000,00, a fim de que se adeque ao patamar usualmente arbitrado por esta C. Câmara” (TJPR – 12ª C. Cível – 0068131-37.2018.8.16.0014 – Rel.: Juíza Elizabeth M F Rocha – J. 17.02.2020).
  15. Mencione-se que há decisões com valores mais elevados (p.ex., R\$ 25.000,00 – Autos 19536-46.2018.8.16.0001), todavia, buscou-se elencar as decisões mais recentes e mais uniformes, de acordo com o entendimento de cada Câmara.
  16. “A fim de bem trabalhar com um sistema de precedentes, é preciso distinguir no seio da organização judiciária *cortes voltadas à justiça do caso concreto* (as chamadas Cortes de Justiça – Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), cuja função é *controlar* a interpretação dos fatos da causa e do direito aplicável ao caso concreto e *fomentar o debate* a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência, *das cortes voltadas a unidade do direito* (as chamadas Cortes Supremas – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), cuja fun-



- ção é interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país” (MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 245, 2015, p. 336-337).
17. “*I precedenti potrebbero operare come le strutture dissipative di cui si parla nelle teorie della complessità, ossia come momenti di formazione di aree di ordine all’interno del disordinato fluire del caos della giurisprudenza. Essi, infatti, potrebbero costituire importanti fattori di razionalizzazione, di uniformità pur flessibile, di prevedibilità e di uguaglianza di trattamento, nell’incontrollabile quantità e varietà dei casi che vengono decisi dalle corti*” (TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Giuffrè, ano 61, n. 3, 2007, p. 810).
  18. Para utilizar (e adaptar) a famosa expressão de Hart para tratar das zonas de incertezas e indeterminação.
  19. HESPANHA, António Manuel. Os Sentidos da Motivação das Sentenças na Literatura Jurídica Pré-Moderna. in.: *O Dever de Fundamentação no Novo CPC*. Análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015, p. 27
  20. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 790-1.
  21. “O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Luiz Fux. Plenário, Sessão Virtual de 19.6.2020 a 26.6.2020.”
  22. CARBONELL, Miguel. Igualdad y Constitución. in.: *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*. México: Ed. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007, p. 24.
  23. “*Principio de retribución de merecimientos. De acuerdo con este principio, estaría justificado dar un trato diferente a una persona que tenga un merecimiento, respecto de otra que no lo tenga. Aunque hay muchos ejemplos aplicativos que no generan mucha discusión (por ejemplo, que la medalla de oro en una carrera atlética se le debe entregar a quien llegue en primer lugar y no a quien llegue en último lugar; que un alumno que acredite todas las materias debe obtener un título profesional y el que no cumpla con ese requisito, no; etc.), hay algunos supuestos en donde la puesta en práctica del principio de retribución de merecimientos no es tan fácil; esto se debe al hecho de que el concepto de mérito es una construcción social, que depende de la valoración positiva o negativa que podamos tener sobre una conducta determinada*”. Idem, ibidem.
  24. DIDIER JR., Fredie. Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 70, out./dez. 2018, p. 181.
  25. “A presença do Estado em áreas que podem e devem contar com a participação exclusiva dos privados e a excessiva proteção estatal sobre determinadas situações, a interferir sobre a liberdade dos particulares que se relacionam com o bem tutelado e, em alguns casos, na liberdade da própria pessoa tutelada, trouxe graves



- problemas à sociedade e ao próprio Estado. (...) Por fim, a excessiva tutela estatal do cidadão, ao privá-lo de responsabilidade, naturalmente dificulta o seu amadurecimento, impedindo-o de ver na concorrência, no trabalho e no mérito o verdadeiro sinal do desenvolvimento” (MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*. v. 288, 2019, p. 128).
26. HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 153.
  27. STF, *Habeas Corpus* 85.185-1, Rel. Min. Cezar Peluso; STF, *Habeas Corpus* 84.014, Rel. Min. Marco Aurélio.
  28. VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 88.
  29. “Com efeito, o comando processual de que a solução consensual dos conflitos deve ser promovida (art. 3º, § 2º, CPC) e estimulada pelos atores do processo (art. 3º, § 3º, CPC), inclusive no termos da Resolução CNJ 125/2010, não pode ser visto, apenas, como o dever de as partes/procuradores participarem de sessões de mediação e conciliação, ou mesmo de apresentarem prévia postulação administrativa antes do acesso ao Judiciário. Mais do que isso – e até, em reforço argumentativo, pela incidência dos princípios da boa-fé e da cooperação (artigos 5º e 6º do CPC) –, o comportamento pré-processual das partes a bem da solução negociada do conflito (a fim de evitar o ajuizamento de demandas judiciais), ou mesmo durante os procedimentos (extrajudiciais e judiciais) de mediação/conciliação (a fim de solucionar aos conflitos), é componente importante a ser considerado na tomada de decisão pelo órgão jurisdicional” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. 21. n. 2. Maio a Agosto de 2020, p. 110).

## Referências

- ALCHOURRÓN, Carlos. Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos. *in.*: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- CARBONELL, Miguel. Igualdad y Constitución: *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*. México: Ed. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal y Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2007.
- DIDIER JR., Fredie. Princípio da boa-fé processual no direito processual civil brasileiro e seu fundamento constitucional. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 70, out./dez. 2018.
- FISS, Owen. A Burocratização do Judiciário. *in.*: *Direito como Razão Pública*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. 21. n. 2. Maio a Agosto de 2020.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HESPANHA, António Manuel. Os Sentidos da Motivação das Sentenças na Literatura Jurídica Pré-Moderna. *in.: O Dever de Fundamentação no Novo CPC*. Análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015.
- MacCORMICK, Neil. Natural law and the separation of law and morals. *in.: Natural Law Theories: Contemporary Essays*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- MARANHÃO, Clayton. Jurisprudência, precedentes e súmula no direito brasileiro. *in.: Diálogo de Teoria do Direito e Processo*. Salvador: Juspodium, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*. v. 288, 2019.
- MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. v. 245, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- PEREIRA JÚNIOR, Ricardo. *O desafio moderno e o Judiciário*. Ordem jurídica, tempo, espaço e atuação da justiça. Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo. São Paulo: 2010.
- TARUFFO, Michele. Precedente e Giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Giuffrè, ano 61, n. 3, 2007.
- VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

# A Lei de Direitos Autorais e as decisões judiciais: entre o ato de domínio público e a vedação ao plágio

**José Ricardo Alvarez Vianna<sup>1</sup>**

Juiz de Direito no Paraná

**Resumo:** Este trabalho analisa o art. 8º, IV, da Lei 9.610/98, segundo o qual as decisões judiciais não estão protegidas pela Lei de Direitos Autorais. Sustenta-se, todavia, que tais atos são obras intelectuais *sui generis*, razão pela qual comportam uma proteção específica pela legislação regente da matéria. Se, por um lado, tais decisões, como atos de Estado, não estão condicionadas à autorização anterior para a publicação ou geram direitos patrimoniais ao autor, por outro, o plágio – sobretudo literal – é proibido, pois ofende direitos da personalidade do verdadeiro autor. Como efeito civil do ato ilícito, o plagiador deverá indenizar os danos morais causados à vítima e será obrigado a indicar o legítimo autor da obra reproduzida de forma fraudulenta.

## Introdução

HÁ POUCO MAIS DE DUAS DÉCADAS O ACESSO às decisões judiciais era limitado. Para se conhecer o inteiro teor dos julgamentos dos tribunais havia três alternativas: checar os autos do processo, ir pessoalmente a bibliotecas ou contratar assinaturas de periódicos específicos.

Com a expansão da rede mundial dos computadores e a ampla divulgação de suas decisões pelo Judiciário, o cenário foi modificado. Hoje, acessar a íntegra de decisões judiciais é algo simples. Basta estar conectado à internet.

Se, por um lado, isto representou avanço em termos de informação, por outro facilitou o plágio, tanto no plano acadêmico quanto no cotidiano forense. Ficou fácil para imitadores copiarem construções, raciocínios e articulações de ideias firmadas em decisões judiciais, e apresentá-las como próprias.

Paralelamente, o art. 8º, IV, da Lei 9.610/98, que dispõe sobre direitos autorais, preconiza que decisões judiciais não estão protegidas por referido diploma legal.

Diante dessa conjuntura, centra-se a investigação em saber qual a *ratio* e o alcance do dispositivo legal citado e quais são suas implicações jurídicas.

No mesmo contexto, tenciona-se averiguar se plagiar decisões judiciais está permitido pela legislação brasileira e se há, ou não, consequências jurídicas civis por sua prática.

Como ponto de partida, debruça-se no modo como se desenvolve o processo decisório judicial, sem desconsiderar sua natureza jurídica de ato estatal para, adiante, inferir as respostas procuradas.

## 1. A decisão judicial como obra intelectual

Decisões judiciais não são atos mecânicos, autômatos, reproduzíveis em série ou de maneira impensada, a partir de padrões rígidos e imutáveis de conduta. Tampouco resultam, sempre, em soluções unívocas, exatas, fixas, idênticas.

Decisões judiciais emanam do exame conjugado realizado pelo magistrado tanto dos fatos subjacentes à causa, reconstruídos nos autos dos processos sob a forma de provas, quanto das fontes jurídicas disponíveis (leis, julgados, costumes, doutrina), com o objetivo de solucionar os conflitos jurídicos entre as partes.

Para dirimir esses conflitos, a hermenêutica jurídica – entendida aqui, sumariamente, como a arte e/ou técnica de interpretar leis – fornece ao intérprete e aplicador do direito diversos métodos, tais como: a) gramatical (ou literal); b) lógico; c) sistemático; c) finalístico (ou teleológico); d) histórico; e) evolutivo.

Há, ainda, critérios para aferir a interpretação jurídica quanto ao seu alcance. Neste sentido, a interpretação pode ser extensiva, declarativa ou restritiva<sup>2</sup>.

Além desses, há outros métodos menos ortodoxos. É o caso da interpretação sociológica, holística e quase lógica; e outros mais particulares, como na interpretação das normas constitucionais, com os seguintes métodos: a) hermenêutico-clássico; b) tópico-problemático; c) hermenêutico-concretizador; d) científico-espiritual; e) normativo-estruturante; e f) comparativo<sup>3</sup>. Estes, por sua vez, são orientados por princípios pontuais, como o princípio da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme da Constituição, da unidade, razoabilidade e efetividade, sem esquecer o fenômeno interpretativo designado mutação constitucional<sup>4</sup>.

Tais apontamentos demonstram que a atividade jurisdicional não se circunscreve a um silogismo lógico-abstrato ou a uma atuação passiva, acrítica, apática na atuação do magistrado, na qual a interrelação entre premissa maior (disposição normativa) e premissa menor (fato) já albergam inferências prontas para uma síntese conclusiva. A bem ver, o ato de demarcar as premissas jurídicas e fáticas na decisão já constitui ato decisório, além de (re)construção de significados. Acerca disso, Karl Larenz acentua:

A problemática do procedimento silogístico referido reside principalmente, como desde há muito se reconheceu, na correta constituição das premissas, especialmente da premissa menor. No que diz respeito à premissa maior, não se pode, decerto, admitir que possa ser retirada simplesmente do texto da lei. Ao invés, toda a lei carece de interpretação e nem toda proposição jurídica está, de modo algum, contida na lei.<sup>5</sup>

Na mesma linha situa-se Bobbio ao tecer críticas à Escola da Exegese, que emergiu na França em fins do séc. 19, filiada ao pensamento de Montesquieu que convocava a comunidade jurídica a um modelo apático de juiz, ou seja, um juiz que apenas pronunciava as palavras da lei; era o juiz *La bouche de Loi*<sup>6</sup>. Para Bobbio, nada pode ser tão equivocado, haja vista que a lei “não é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se”<sup>7</sup>.

A par dos métodos de interpretação indicados, atualmente o próprio conceito de interpretação jurídica mudou. Não faz muito tempo afirmava-se, com ares de dogma: interpretar o direito consiste em “extrair da lei seu exato alcance e real significado”<sup>8</sup>. Prevalencia a visão meramente declaratória, descritiva no ato de interpretar. Entendia-se que a lei já continha um significado objetivo, claro.

Isso está superado. Interpretar o direito não se resume a replicar as palavras da lei. Interpretar é atribuir sentido ao texto normativo; é imputar significado às palavras da lei. É ato decisório. É um produzir normas jurídicas para o caso em pauta, guiado pelos referenciais jurídicos correspondentes.

Este processo constitutivo de significados não se esgota na checagem pura do texto encartado na fonte jurídica. A interpretação judicial toma sim, como base, o texto normativo, mas somente se perfaz com a averiguação dos fatos circunstantes. Isto é, não há direito sem o contexto fático vivenciado pelos protagonistas da lide<sup>9</sup>.

Toma-se o texto (fonte jurídica primária) e perscruta-se o contexto (fatos) para, só então, atribuir o sentido da norma, o significado dos vocábulos do texto normativo para aquele caso, cuja solução deve ter potencial prospectivo para episódios similares. Para deixar isto mais palpável, recorre-se a exemplo apresentado por Hart. Ao enunciar uma hipotética regra – *nenhum veículo pode entrar no parque* –, o jurista inglês alerta para uma série de controvérsias interpretativas que podem ocorrer por ocasião de sua aplicação.

Num primeiro aporte, como regra – se *a*; então *b* – sua incidência pode ter figurino de um *easy case*, sobretudo quando se estiver diante de um automóvel, um ônibus ou uma motocicleta. Todavia, a situação pode se tornar mais intrincada se se tratar de um *carrinho elétrico de*

*brinquedo* ou de um cortador de grama<sup>10,11</sup>. Ou, ainda, se o veículo for uma viatura policial em perseguição a alguém em estado de flagrante delito. Da mesma forma, se se tratar de uma ambulância que precise adentrar no parque para prestar socorro, com urgência, a alguém em risco de morte.

Em suma, a interpretação judicial não tem conteúdo simplesmente declarativo, mas constitutivo de sentido dos vocábulos insertos em disposições normativas e dependentes de determinadas realidades fáticas para aflorarem<sup>12</sup>. Não há interpretação *ex ante*.

Não bastasse isto, enunciados normativos, não raras vezes, são dotados de elevada carga de vagueza, como se dá nos chamados conceitos jurídicos indeterminados. Basta lembrar de expressões como *função social dos contratos* (CC, art. 421), *bons costumes* (CC, art. 187), *atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano* (CC, art. 927, parágrafo único), *manifestamente excessivo* (CC, art. 575, parágrafo único), *pequeno valor a coisa furtada* (CP, art. 155, § 2º), *tempo razoável* (CPC, art. 6º), *proceder de modo temerário* (CPC, art. 80, V), *ato obsceno* (CP, art. 233), *dignidade da pessoa humana* (CF, art. 1º, III), *sadia qualidade de vida* (CF, art. 225, *caput*), *relevância e urgência* (CF, art. 62) etc., os quais carecem de densidade significativa aptas à sua aplicação, cabendo ao labor judicante colmatar suas frestas.

Ao lado disso estão as situações de lacunas ou excessos de leis (antinomias de 2º grau e colisão de princípios), elevando a responsabilidade e a dificuldade do juiz para aquilatar o justo *in concreto*. Afinal, como alerta José Renato Nalini, “o juiz existe para corrigir injustiça. Esta é a eterna adversária do juiz”<sup>13,14</sup>.

Ainda nesta empreitada decisória e constitutiva de significados estão os estudos de Michele Taruffo, para quem o juiz não interpreta só textos, mas também os fatos que culminaram na lide, e cuja reconstrução probatória e significação decisória receberá influência

Decisões judiciais  
não são atos  
mecânicos,  
autômatos,  
reproduzíveis em  
série ou de maneira  
impensada, a partir  
de padrões rígidos  
e imutáveis de  
conduta

de fatores biográficos do magistrado em apreendê-los, entendê-los e apresentá-los<sup>15</sup>.

Em meio a tudo isso, diversamente do juiz Tatting, personagem de Lon L. Fuller no célebre *O Caso dos Exploradores de Caverna*<sup>16</sup>, o magistrado não está autorizado a pronunciar o *non liquet*, haja vista o princípio da indeclinabilidade da jurisdição (CPC, art. 140, *caput*)<sup>17</sup>. Querendo ou não, dispondo ou não de sinalizadores jurídicos, decidir é obrigatório.

Enfim, o direito não se manifesta apenas como um conjunto de normas jurídicas, gerais e abstratas, estáticas e imbuídas de sentidos prévios, inequívocos. Se assim fosse, as decisões judiciais seriam fruto de simples leitura e subsequente transcrição de enunciados legais. Bastaria ao juiz ser alfabetizado<sup>18</sup>.

Na verdade, a passagem do estado geral e abstrato da lei para o individual e concreto da vida, somente se implementa por meio do magistrado<sup>19</sup>. Para Hans Kelsen, maior expoente do positivismo normativo, esse percurso não conduz a uma *só resposta correta*. Pelo contrário, pressupõe um *ato de vontade* e de *criação do direito pelo juiz*, ainda que deva transitar nos perímetros da *moldura* do direito<sup>20</sup>.

A interpretação judicial estabelece significados para prestar a jurisdição. O direito das partes se revela com o labor de um mediador diligente em condições de conectar texto legal e fato social<sup>21</sup>. Esta é a razão por que a jurisprudência é considerada fonte do direito.

É deste ponto de vista, também, que Dworkin vê na atuação do magistrado um coautor do direito, valendo-se da metáfora do *romance em cadeia* (*chain novel*)<sup>22</sup>. Para o jurista estadunidense cada juiz, em sua atividade interpretativa, escreve, gradativamente, novos capítulos de um livro, o que resulta numa obra em perene edificação, sendo seu objetivo o direito vivo; o direito, não em potência, mas em concreto.

Assim exposto o tema, não há dúvidas de que a decisão judicial é algo construído. Exige análise, pesquisa, comparações; levantamento de hipóteses, avaliações de constitucionalidade, de legalidade, de validade; atribuições de sentido para o caso e com efeitos prospectivos. Não é um simples juntar peças de um quebra-cabeça, cuja imagem preexiste. É, acima de tudo, a concepção de imagens; a materialização



dos projetos firmados pelo legislador. A decisão judicial é uma obra, dotada de originalidade, pois traz o DNA de seu autor, mesmo que orientado pelas plataformas vincadas nas fontes jurídicas.

Dessa miríade de aspectos que envolvem o processo decisório judicial emergiram inúmeras teorias argumentativas que buscam explicar, guiar e aperfeiçoar o raciocínio jurídico interpretativo-decisional. Neste cariz estão a *Tópica* de Vieheweg, a *Nova Retórica* de Chaïm Perelman, a *Lógica Informal* de Toulmin, e as concepções argumentativas de Robert Alexy e de Neil MacCormick, entre outros.

Esses juristas, oriundos tanto de países de tradição romano-germânica (*civil law*) e anglo-saxônica (*common law*), prestaram inestimável contributo para a melhoria da prestação jurisdicional. Teorias clássicas foram lapidadas para melhor nortear o trabalho do juiz e tornar as decisões judiciais inteligíveis, justificadas, interna e externamente, e sindicáveis.

A rigor, as teorias da argumentação jurídica, a cada dia, têm recebido mais atenção tanto do meio acadêmico quanto dos profissionais da *praxis* judiciária. Já se percebeu sua importância na interpretação, na concretização e nos rumos do direito. Isto ratifica que a atuação judicial não se esgota na trivial justaposição de fatos a normas pré-moldadas e de encaixe instantâneo e involuntário. Além de decidir, tarefa áspera *per se*, mormente quando toca nos rumos da vida alheia, o juiz deve explanar justificativas claras; deve dizer o porquê de ter decidido de um jeito e não de outro. Ou seja, não existem *fórmulas mágicas* à prestação jurisdicional. O processo decisório judicial é algo complexo e demanda elevada participação humana, na qual incontáveis fatores interagem concomitantemente, extravasando os umbrais da mera técnica jurídica.

Em síntese, a prolação da decisão judicial apoia-se em alicerces objetivos (regras e princípios jurídicos, métodos hermenêuticos e critérios para encadear raciocínios jurídicos) e subjetivos. Subjetividade, aliás, inerente à condição humana do julgador e fundamental para o avanço social, trazendo para o Judiciário a pluralidade de valores e visões de mundo que compõem a sociedade. Subjetividade que elimina a frieza dos autos, dos cálculos e das projeções estatísticas. Subjetivi-

dade que permite enxergar o humano dos litigantes, seus dramas, sonhos, desejos, perdas; suas convicções, crenças, dúvidas, medos. Afinal, o outro, que contingencialmente figura como parte no processo judicial, é um *alter ego* do juiz que decide.

É do amálgama desses elementos, notadamente da inserção de leituras e releituras *de e do* mundo, da vida e das relações sociais, que as decisões judiciais são concebidas. Não se dimanam de banais fórmulas mnemotécnicas com resultados já cravejados. Antes, são lídimas *obras intelectuais*, fontes do direito edificadas pelo humano. Por isso, não há como negar, em seu bojo, matizes de *originalidade*. Não sem razão vêm acompanhadas, obrigatoriamente, da assinatura de seu prolator, prova irrefutável de que ali há uma obra e um autor.

## 2. Lei de Direitos Autorais e decisões judiciais

É milenar o brocardo: a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*). Calcado nisto, qual seria a razão do art. 8º, IV, da Lei 9.610/98, que versa sobre direitos autorais (LDA)<sup>23</sup>, ao estabelecer que as decisões judiciais não estão sujeitas à proteção jurídica? Qual o sentido dessa norma?

Para responder a tais indagações, é imprescindível anotar que a interpretação literal, embora reconhecida como método válido de hermenêutica jurídica, não deve ocorrer isoladamente, mas ao lado dos demais métodos, sobretudo do sistemático e do finalístico. Como já se disse, “não se interpreta o direito em tiras”<sup>24</sup>.

Além do mais, a interpretação jurídica não deve conduzir a soluções absurdas, e sim razoáveis. Não deve fomentar práticas colidentes com os valores jurídicos consolidados. Deve rumar para o fortalecimento desses valores.

Desse modo, qualquer interpretação que leve à iniquidade, ao oportunismo, à burla de direitos deve ser vista com reservas; deve ser compatibilizada com os valores ético-jurídicos vigentes. Vale lembrar que o direito é a *arte do bom e do justo* (*jus est ars boni et aequi*)<sup>25</sup>. Qualquer resposta que refuja destas cercanias deve ser repelida.

Em sua estrutura, a Lei 9.610/98 elenca duas espécies de direitos autorais: a) direitos morais e b) direitos patrimoniais (art. 22). Os direitos morais asseguram ao autor reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado como autor de sua obra; de conservá-la inédita; de assegurar sua integridade, opondo-se a quaisquer modificações que possam macular sua reputação; de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; de retirá-la de circulação ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória (LDA, art. 24). Os direitos patrimoniais, por seu turno, conferem ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, a título oneroso ou gratuito (LDA, arts. 28 e 30)<sup>26</sup>.

Pois bem. Transpostas essas diretrizes para as decisões judiciais, emergem algumas nuances. À vista disso, há necessidade de alguns ajustes hermenêuticos para encontrar um ponto de equilíbrio na matéria.

Primeiro, é preciso lembrar que o juiz, ao exercer a jurisdição, *fala* em nome de um dos Poderes da República. Trata-se de um poder-dever pelo qual o Estado atua para eliminar os conflitos sociais, para assegurar, garantir e concretizar direitos. O escopo da jurisdição é a pacificação social<sup>27</sup>, a absorção da insegurança<sup>28</sup> advinda da lide.

Sob este enfoque, o magistrado não tem direitos patrimoniais em relação às decisões que prolatar, assim como a publicação ou circulação do ato jurisdicional estão condicionados à sua prévia e expressa autorização, mesmo se afrontarem sua honra e imagem.

Por se tratar de ato de Estado (Estado-juiz), a decisão judicial, salvo as causas com segredo de justiça, é orientada pela publicidade dos

Interpretar o direito não se resume a replicar as palavras da lei. Interpretar é atribuir sentido ao texto normativo; é imputar significado às palavras da lei. É ato decisório

atos do Poder Público (CF, art. 37, *caput*). E, como ato oficial, nada impede que decisões judiciais, independentemente do grau de jurisdição, sejam citadas, inclusive como argumentos de autoridade em outros processos judiciais, sem precisar do consentimento, ciência ou contrapartida financeira do e para o autor do *decisum*.

Um olhar atento a esses aspectos mostra que a Lei de Direitos Autorais ensejou uma situação peculiar às decisões judiciais. Ao permitir que estas tenham circulação, publicação e divulgação independentes do consentimento de seu prolator, em termos práticos, inseriu, de plano, tais atos judiciais em domínio público, sem necessidade de decurso de tempo ou de outro requisito legal.

Aqui, portanto, reside o significado, o alcance e compreensão do art. 8º, IV, da LDA, quando diz: “não são objeto de proteção como direitos autorais as decisões judiciais”. Vale dizer: tais atos de Estado são de domínio público imediato e, como tal, abarcam todos os efeitos jurídicos que lhe são próprios, quer em relação a direitos morais ou patrimoniais.

### **3. Direitos morais do magistrado em relação às decisões judiciais**

O fato de as decisões judiciais estarem inseridas, de plano, em domínio público, não significa que a Lei de Direitos Autorais não incida em hipótese alguma. Antes de serem atos de Estado, decisões judiciais são elaboradas por alguém, são obras do espírito humano e, em razão disso, comportam proteção jurídica.

Como visto, entre os direitos morais do autor está a possibilidade de o mesmo reivindicar, a qualquer tempo, a autoria de sua obra, assegurando-lhe a integridade da criação e a oposição a quaisquer alterações que possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra (LDA, art. 24, I, II, IV). Estes direitos não são afetados pela inserção das decisões judiciais em domínio público.

A construção jurídica, a articulação de ideias, o raciocínio empreendido, a percepção externada, o desnovelamento realizado, o *insight*

revelador, as premissas e justificativas, fáticas e jurídicas, encetadas nas decisões judiciais não podem ser apropriadas por terceiros, sem indicação da fonte e sem outorgar crédito a quem seja seu autor. Não podem, por igual, ser mutiladas por outrem, inserindo algo que seu autor não disse. Dito de outra maneira, o direito de autoria e o direito à integridade da obra mantêm-se inalterados como *direitos morais* do autor, apesar do art. 8º, IV, da LDA.

Entre esses direitos, o que mais importa, até por ser prática mais comum, é o direito de autoria. Isto é, a proibição da utilização do conteúdo e ideias contidas em decisões judiciais por parte de imitadores que se intitulam, falsamente, como seus autores. Além de infringir preceitos jurídicos, tais posturas violam parâmetros éticos. Sim, porque ética é a conduta correta, ideal, proba, reta, íntegra, honesta, modelar, virtuosa, justa, ao passo que antiético é o comportamento oportunista, egoísta; sugere dissimulação, mentira, emprego de expedientes ocultos.

A ética não é alheia ao direito<sup>29</sup>. Muito pelo contrário, cada vez mais, direito e ética (moral)<sup>30</sup> estão interconectados. Tanto é que o princípio da eticidade figura como um dos pilares do Código Civil de 2002. Neste, o referido princípio aparece em diversos institutos, seja ao vedar o abuso do direito (CC, art. 187) e o enriquecimento sem causa (CC, art. 884), seja ao normatizar a boa-fé objetiva (CC, art. 113 e 422)<sup>31</sup>. Aliás, a palavra boa-fé aparece 56 vezes no Código Civil, o que não pode ser ignorado para fins de interpretação jurídica.

Em trilha análoga está o Código de Processo Civil de 2015 ao dispor, expressamente, em seu art. 5º: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Ao lado dessas balizas, não se pode olvidar que a ideia de obra se configura como um direito da personalidade. Recapitule-se: direitos da personalidade são aqueles intrínsecos ao ser humano; aqueles que moldam, marcam, constituem o ser humano; qualquer ser humano, quer em sua dimensão individual, quer em sua existência e participação social.

Os direitos da personalidade se manifestam no nome, na honra (objetiva ou subjetiva), na imagem, na privacidade, na intimidade, na

identidade pessoal, na integridade físico-psíquica do sujeito; em sua liberdade de ir e vir; na garantia de se expressar, de participar, de integrar e de contribuir com o bem-estar social.

Nesta métrica, a obra humana, enquanto expressão do sujeito, inequivocamente qualifica-se como um direito da personalidade. Em rigor, a obra humana confunde-se com seu autor; autor e obra fundem-se. São verso e anverso de uma mesma moeda. Por vezes, a obra transcende a existência física de seu autor; *o ser humano vai, a obra fica*<sup>32</sup>.

Atento a isso, o art. 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão reservou espaço de destaque à obra intelectual:

Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam. Todos têm direito à *proteção* dos interesses *morais* e materiais ligados a qualquer *produção* científica, literária ou artística da sua *autoria*.

Em idêntico compasso, o art. 5º, XXVII, da CF/88, enfoca: “Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”<sup>33</sup>.

Em liame com esses dispositivos, está o art. 7º da LDA, ao elucidar que obras intelectuais são “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I – os textos de obras literárias, artísticas ou científicas”. Como se nota, o bem jurídico protegido pela Lei de Direitos Autorais é a obra intelectual, dentre as quais estão, exemplificativamente, as obras literárias, artísticas ou científicas<sup>34</sup>.

A finalidade da lei é incentivar as *criações do espírito*, a produção, a geração de obra intelectual em prol da sociedade; proporcionar ao autor terreno fértil e seguro para expressar suas perspectivas de mundo e ampliar novos horizontes em assuntos não descortinados, não apreendidos, não assimilados, desconhecidos. Dessa forma, estimulam-se e valorizam-se o senso crítico, as mudanças de paradigmas, a consta-

tação, o desocultamento, o esclarecimento, o descobrir, a reformulação, a revisão, a correção, a adaptação, o aprimoramento, a inspiração, a aspiração, o engenho, a concepção, a idealização, a invenção, a inovação, em suma, o avanço com originalidade<sup>35,36</sup>.

Cumpra consignar que direito autoral e propriedade industrial não se confundem. Conquanto ambos sejam espécies de propriedade intelectual, a propriedade industrial tem conteúdo utilitário, fundado no aproveitamento econômico e empresarial, guardando relação com o comércio e a indústria. Englobam produtos, símbolos, marcas, patentes de invenção, modelos de utilidade e o desenho industrial.

O direito autoral, de outra parte, tutela a *criação do espírito*, ou seja, a obra do autor. Tem dimensão sócio-cultural; surge nas produções artísticas, científicas, literárias. Foca-se na inventividade humana em prol da sociedade. Não tem propósitos utilitários. Seu núcleo central de proteção está na *originalidade* da obra, no modo de seu autor entender o problema, como enfrentá-lo e solucioná-lo. Denota uma habilidade do sujeito em lidar com desafios, em associar ideias e conectar conceitos; em se expressar e em produzir algo.

Originalidade, a propósito, não equivale a ineditismo. Originalidade se perfaz na singularidade, na unicidade, na engenhosidade do ato, e não necessariamente em algo nunca antes visto, escrito, pensado ou proposto.

Logo, toda produção do espírito, “expressa por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível”, observados os limites do jurídico-constitucionais<sup>37</sup>, é digna de proteção.

Prova disso é que a LDA tutela também os direitos conexos, por vezes nominados direitos vizinhos ou análogos aos direitos autorais. Trata-se das obras derivadas, entendidas como aquelas “que, constituindo criação intelectual nova, resultam da transformação de obra

O direito das partes se revela com o labor de um mediador diligente em condições de conectar texto legal e fato social. Esta é a razão por que a jurisprudência é considerada fonte do direito

originária” (LDA, art. 5º, VIII, g). Para sua proteção é suficiente haver contribuições à obra primígena. É por este motivo que não só a versão de *Yesterday*, dos *The Beatles*, está sob o manto de proteção dos direitos autorais, mas todas as outras interpretações, de Frank Sinatra a Roupas Nova, de Elvis Presley, Plácido Domingo ou Ray Charles, que trouxeram traços pessoais à obra, preservando sua essência.

A aptidão para criação é um dom. A palavra em inglês *gift* (presente, dádiva) bem reflete seu sentido conotativo. Por conta disso, todos aqueles dotados de sensibilidade, perspicácia, inteligência, sagacidade, argúcia, talento, intuição, inventividade para captar e traduzir em palavras ou fórmulas realidades, sentimentos, conhecimentos, caminhos, alternativas, soluções em benefício da sociedade, devem receber proteção jurídica. Do contrário, haverá estímulo à repetição, à inércia, ao marasmo, ao oportunismo, à farsa, à ilusão de algo *original* que nunca *foi*, *é* ou *será*. Isto deve ser coibido, prevenido, reprimido<sup>38</sup>.

Como consequência, o direito à paternidade da obra persiste, mesmo quando esta já se encontre em domínio público, conforme consta no art. 33 da Lei 9.610/98. E nem poderia ser diferente. Pensar diversamente seria aceitar que, após ingressar em domínio público, alguém estivesse autorizado a apresentar, como suas, obras como *Memórias Póstumas de Brás Cubas* ou *O Processo*, sem dar crédito a Machado de Assis e Franz Kafka, respectivamente. De igual modo, a *Fórmula de Bhaskara* nunca deixará de estar vinculada ao matemático e professor indiano Bhaskara Akaria, como os *Teoremas da Incompletude* jamais poderão ser desassociados de Kurt F. Gödel.

Em resumo, não obstante as decisões judiciais estejam, desde seu nascedouro, em domínio público, isto não elimina a paternidade da criação, a articulação de ideias, o estilo de expor o raciocínio e as interpretações efetuadas para se chegar a determinadas soluções jurídicas. Seu autor faz jus aos direitos morais, no que for compatível, quais sejam: direito à paternidade e à integridade da obra.



#### 4. Contrafação, plágio e decisões judiciais

Como forma de assegurar o direito de paternidade da obra, a LDA veda tanto o plágio quanto a contrafação.

Contrafação deriva do francês *contrefaçon*, e sugere falsificação. Tecnicamente consiste na “cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido” (Lei 9.610/98, art. 5º, VI e VII)<sup>39</sup>.

Plágio, de acordo com Luiz Alberto Kuchenbecker, “seria uma modalidade qualificada de contrafação, ainda mais repulsiva, em que o fraudador se apropria indevidamente de obra intelectual alheia para apresentá-la de sua própria lavra”<sup>40</sup>.

A proibição do plágio, no dizer de Pontes de Miranda, tem como desiderato reconhecer a “identificação pessoal, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria, o vínculo psíquico, fático, inabluível, portanto indissolúvel”<sup>41</sup>.

Como detalha Marcelo Krokosz, “o plágio ocorre não por causa da reprodução, mas porque os créditos não foram atribuídos ao responsável original”<sup>42</sup>. Manifesta-se, segundo Antônio Chaves, com a “falsa afirmação de uma relação de gênese criativa entre o plagiário e obra”<sup>43</sup>.

Na LDA, a vedação ao plágio é inferida de um conjunto de artigos. Entre estes, está o art. 46, III:

Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra.

Em confluência com o dispositivo mencionado está o art. 27, I, da LDA, reconhecendo ao ofendido o direito de reivindicar “a qualquer tempo, a autoria da obra”<sup>44</sup>.

Ancorado nesses balizadores, às decisões judiciais aplica-se somente a vedação ao plágio. Isto por duas razões: primeira, a cópia ou reprodução das decisões não é vedada. Tais decisões estão em domínio público, desde a origem. Não há restrição de circulação, publicação e afins. Segunda, porque é no plágio que se consuma a agressão ao direito de paternidade intelectual do autor<sup>45</sup>; a ofensa a seus *direitos morais*. No plágio, como assevera Bittar, “há absorção de elementos fundamentais da estrutura da obra, atentando-se, pois, contra a personalidade do autor (frustração da paternidade)”<sup>46</sup>.

Em vista disso, quando alguém se apropria do raciocínio jurídico exposto em decisões judiciais e não aponta seu legítimo autor, notadamente quando a transcrição é *ipsis litteris*, incorre em plágio. Consequentemente, viola direitos morais do autor da obra intelectual, sujeitando-se às sanções pelo ilícito perpetrado.

## 5. Efeitos civis da violação dos direitos do autor da decisão judicial

As decisões judiciais, na qualidade de obras intelectuais *sui generis*, estão inseridas na esfera de proteção da Lei de Direitos Autorais (CF, art. 5º, IX, X e XXVII c/c Lei 9.610/98, arts. 7º, *caput*, 22 e 28). O ato de plagiar ou adulterar decisões judiciais representa afronta aos *direitos morais* de seu autor e acarreta consequências jurídicas.

Com base nos arts. 24, 46, III, e 108 da LDA, o ofendido terá o direito de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra e ter seu nome nela indicado. Além disso, a teor dos arts. 102 e 108 da LDA, o ofensor responderá pelos danos morais deflagrados e pela transgressão aos direitos da personalidade ao fazer uso de obra intelectual alheia como se sua fosse.

É importante assinalar que não há necessidade de registro anterior da obra (LDA, art. 18)<sup>47</sup> ou de demonstrar prejuízo. O dano moral advém da infração em si, do desrespeito aos direitos da personalidade da vítima. A obrigação é *in re ipsa*. Basta a prova do fato. O dano é presumido.

Para ingressar em juízo com a ação de reparação de danos, o autor tem o prazo de três anos (CC, art. 206, § 3º, V), contados da ciência do plágio. Como a LDA não trata da prescrição, aplica-se a regra geral do Código Civil.

A data da publicação do trabalho é irrelevante para contagem do prazo prescricional. Isso porque a prescrição se dá pela inércia do titular do direito em deduzir em juízo a pretensão condenatória. Sucede que, sem saber do plágio, o autor não pode ser considerado inerte. Incide, então, o princípio da *actio nata*, pelo qual a prescrição somente começa a fluir após o dia em que nasce o exercício da pretensão (CC, art. 189)<sup>48,49</sup>.

De outro turno, a reivindicação da paternidade da obra e a preservação de sua integridade, enquanto direitos da personalidade, são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis (LDA, art. 24, I, II e IV).

O fato de as decisões judiciais estarem inseridas, de plano, em domínio público, não significa que a Lei de Direitos Autorais não incida em hipótese alguma

## Conclusão

A decisão judicial não se realiza por meio de atividade mecânica, mediante reprodução acrítica de textos legais que se encaixam de antemão nos fatos submetidos à apreciação do Judiciário. O processo decisório judicial é multifacetado; pressupõe leituras de mundo, significações de fatos e de vocábulos jurídicos, ponderações de bens e princípios jurídicos, aferições de legalidade, de constitucionalidade, de validade, avaliação das consequências práticas das medidas tomadas.

Se mecânica fosse, juízes e tribunais decidiriam sempre de modo idêntico, mas não é assim que ocorre. Seja como for, essas múltiplas visões de mundo que aparecem diuturnamente nas decisões judiciais não só trazem para o Judiciário o pluralismo de ideias, como atestam que nelas há obras humanas, revestidas de contornos individuais e elementos particulares de seu autor. São obras constitutivas do direito;

são fontes do direito. Por isto devem estar protegidas pela Lei de Direitos Autorais, no que for compatível com esta.

O art. 8º, IV, da LDA estabeleceu uma espécie de domínio público imediato em relação às decisões judiciais. Como atos de Estado, sua divulgação e utilização não estão condicionadas à autorização prévia de seu autor nem ensejam direitos patrimoniais a este.

A par disso, os direitos de paternidade e de integridade da obra plasmada na decisão judicial permanecem incólumes. Havendo plágio ou adulteração, o ofendido poderá reivindicar a autoria e o restabelecimento de sua obra, além de ser indenizado pelos danos extrapatrimoniais suportados (LDA, arts. 102 e 108, *caput*). Nestes casos, o prazo prescricional para postular a indenização é de três anos (CC, art. 206, § 3º, V), contados do momento da ciência do ilícito (CC, art. 189).

Já os direitos de autoria e de manter a obra íntegra – direitos da personalidade, por excelência – são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis (LDA, art. 24, I, II e IV).

Em arremate, a Lei de Direitos Autorais não limita a circulação, o acesso e o uso das ideias e do inteiro teor desenvolvidos em decisões judiciais. Contudo, proíbe e reprime sua reprodução infiel, além de sua adulteração e usurpação por outrem que se disfarça como seu autor (arts. 8º, IV; 46, III, e 47).

## Notas

1. José Ricardo Alvarez Vianna. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Diretor e Professor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Juiz de Direito no Paraná.
2. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito: justiça, lei, faculdade, fato social, ciência*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 373-4.
3. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.200.
4. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 274.

5. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 383.
6. Montesquieu defendia ao juiz um papel de mero aplicador da Lei. Deixou isto estampado em diversos escritos. Observe-se: “O poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo”. E mais: “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.” MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *De L'Esprit des Loix*. Livre XI, Chapitre IV. Paris: Librairie Ch. Delagrave, 1892, p. 238.
7. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 121.
8. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 105.
9. Nessa linha de análise, as assertivas de Eros Grau: “a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada – isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)”. GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 56-7.
10. HART, H.L.A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 128-9.
11. O exemplo do cortador de grama não é feito por Hart.
12. Neste ponto, são pertinentes as observações de Riccardo Guastini: “quem interpreta um texto – de qualquer maneira que o faça – realiza um ato linguístico completamente diferente: o ato linguístico chamado ‘interpretação’. Os enunciados do discurso interpretativo – a menos que se imagine que as palavras incorporam um significado ‘próprio’ – não podem admitir os valores de verdade. Mesmo que se admita que tenha ‘normas’ como objeto (e não, pelo contrário, os mais modestos textos normativos), em nenhum caso a interpretação pode ser representada como discurso descritivo”. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 152.
13. NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2. ed. Campinas: Milenium, 2008, p. 137.
14. Não se ignora a controvérsia no ambiente jurídico, sobretudo na esfera acadêmica, acerca do juiz dever, ou não, fazer Justiça. Dado o conteúdo vago e oscilante do vocábulo Justiça, variável no tempo e no espaço, vozes abalizadas defendem, diuturnamente e com veemência, seu afastamento da atuação judicial. Seja como for, o art. 6º do Código de Processo Civil vai em direção contrária a esta cisão. Nos termos do dispositivo: “todos os sujeitos do processo

- devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.
15. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 236 e ss.
  16. FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de caverna*. Tradução de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 16.
  17. Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.
  18. GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 57.
  19. Por pertinente, porque retratam o papel do magistrado na passagem da lei à realidade, está a arguta comparação de Carlos Maximiliano: “Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil; dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhados, belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém, como órgão de aperfeiçoamento destes, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 59.
  20. Para afastar quaisquer dúvidas, seguem, *ipsis verbis*, o raciocínio de Kelsen: “Todos os métodos de interpretação até o presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. (...) A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.” “A obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária. Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como

bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. (...) Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. (...) A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 392-4.

21. Trata-se da distinção entre *texto* e *norma*, seguido pela doutrina majoritária. Texto é o enunciado linguístico, o comando normativo, o conjunto de signos que exprime o functor deôntico – *proibido* (V), *permitido* (P) ou *obrigatório* (O) –. Este comando só acarretará efeitos se ocorrer a hipótese fática prevista no enunciado. Ocorrida esta, emergirá a norma jurídica a incidir na espécie. O texto seria, nesta óptica, a norma jurídica, geral e abstrata; a norma em potência. Em linha oposta, está a norma jurídica, em seu sentido estrito, a norma individual e concreta, que irá regular o fato ocorrente. Quem converte texto em norma é o juiz ao proferir sua decisão. Por relevante, os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho: “Em rigor, não é o texto normativo que incide sobre o fato social, tornando-o jurídico. É o ser humano que, buscando fundamento de validade em norma geral e abstrata, constrói a norma jurídica individual e concreta, na sua bimembridade constitutiva, empregando, para tanto, a linguagem que o sistema estabelece como adequada, vale dizer, a linguagem competente”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 151-2. Na mesma vertente: MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192.
22. DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University, 1985, p. 159.
23. Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: (...) IV – os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais.
24. GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 86.
25. JUSTINIANO. Digesto. Livro I. *Introdução ao direito romano e teoria geral da responsabilidade civil*. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19.
26. A respeito, Carlos Alberto Bittar anota: “Os direitos morais são reconhecidos em função do esforço e do resultado criativo, a saber, da operação psicológica, com a qual se materializa, a partir do nascimento da obra, verdadeira externalização da personalidade do autor. Os direitos patrimoniais advêm, como resultado da utilização econômica da obra, da decisão do autor de comunicá-las ao público e sob os modos que melhor atendam ao seu interesse.” BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 70.

27. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e a técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.
28. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 311.
29. A corrente jusfilosófica que defende essa aproximação é chamada de *positivismo inclusivo* ou *soft positivism*. Hart, Jules Coleman e Wilfrid Waluchow estão entre seus defensores. HART, H.L.A. *Op. cit.*, p. 250; COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. COLEMAN, Jules (org.). *The practice of principle. In defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 67; WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 2.
30. Com frequência, ética e moral são empregadas como sinônimas. Essa prática advém da origem de cada palavra, não obstante cada qual tenha fonte distinta. Moral vem do latim *mos, moris*, e significa costume. Ética vem do grego *ethos* e apresenta significado equivalente. Por causa disso, alguns autores não fazem distinção entre ética e moral. GALVÃO, Pedro. Ética. In: GALVÃO, Pedro (Org.). *Filosofia: uma introdução por disciplinas*. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 143.
31. Sobre o princípio da boa-fé objetiva, oportunas são as palavras de Judith Martins-Costa: “(...) ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao parágrafo 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.” MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.
32. Goffredo Telles Júnior endossa o entrelaçamento ora sustentado: “Sendo expressão de um pensamento, a obra intelectual, assim exteriorizada, é manifestação própria de quem teve o pensamento, e o revelou. É obra própria do manifestante. E, por ser obra própria, ela é propriedade de seu autor. Mas este tipo propriedade nada deve ao Direito. Ela é qualidade, uma certa maneira de ser, manifestada na obra produzida. É uma propriedade que não pode ser adquirida e alienada, não pode ser objeto de normas jurídicas. A obra intelectual é propriedade do autor como o bater de asas e o voo são propriedades do passáro.” TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 300.
33. Em igual direção, a Convenção de Berna, que em seu art. 6 bis 1, estabelece: “Independentemente dos direitos patrimoniais do autor, e mesmo depois



- da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou outra modificação dessa obra, ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação”. A Convenção de Berna foi aprovada pelo Congresso Nacional em 1974 (Decreto Legislativo nº 94, de 4/12/1974), e promulgada pelo Presidente da República em 1975 (Decreto nº 75.699, de 6/05/1975).
34. A expressão *tais como*, empregada na lei, não deixa dúvidas acerca do tom exemplificativo do rol indicado.
  35. Sobre o tema, Henrique Gandelman sintetiza: “O objeto do Direito Autoral é proteger as obras intelectuais por sua originalidade (no que se refere à sua forma externa, ao seu *corpus mechanicum*), ou sua criatividade (relacionada à sua forma interna, ao seu *corpus mysticum*)”. GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 37-8.
  36. Com pensamento similar, o registro de Sílvio Venosa: “A proteção ao direito intelectual deve ser uma preocupação jurídica e cultural constante. Somente haverá desenvolvimento na educação e na cultura do país se os criadores intelectuais forem devidamente remunerados e protegidos. Muito já se progrediu para essa proteção; muito ainda há que se fazer, tanto no campo legislativo como na esfera jurisprudencial”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 647. v. 5.
  37. Não existem direitos absolutos. A Constituição Federal traz limites à liberdade de expressão. Além de vedar o anonimato (art. 5º, XV), não recepciona discursos discriminatórios que atentem contra direitos e liberdades fundamentais, os chamados discursos do ódio (*hate speech*). Ou seja, no dizer de Winfried Brugger, os discursos cujas “palavras tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”. BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 117-136, jan./mar. 2007.
  38. Em liame com as considerações alinhavadas, Elisângela Dias Menezes elucida: “o objeto do Direito de Autor é o produto da criação intelectual, isto é, a obra”. MENEZES, Elisângela Dias. *O curso de direito autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 39.
  39. FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 294.
  40. KUCHENBECKER, Luiz Alberto. O direito autoral em tempos de “CTRL C” e “CTRL V”. *Revista Cadernos da Escola de Comunicação*, Curitiba, v. 1, n. 6, 2008. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 36, n. 4, p. 24-31, 2002.
  41. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 177. t. VII.

42. KROKOSZ, Marcelo. *Autoria e plágio: um guia para estudantes, professores, pesquisadores e editores*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.
43. CHAVES, Antônio. Plágio. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 20, n. 77, p. 403-424, jan./mar. 1983.
44. Trata-se de direito imprescritível e personalíssimo. Entretanto, apesar de personalíssimo, o direito, aqui, é transmissível aos herdeiros do autor, consoante art. 24, § 1º, da LDA: “Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV”.
45. Segundo de Cupis, a “paternidade intelectual representa um vínculo espiritual indissolúvel entre o autor e a sua obra”. CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 336.
46. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito do autor*. *Op. cit.*, p. 167.
47. Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.
48. Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.
49. Esta tem sido a interpretação dos Tribunais: “Recursos especiais. Direito do autor. Plágio. Prescrição. Termo inicial. Prazo trienal. Data da ciência. Utilização. Ideias. Paráfrases. Inexistência. Reprodução. Obra originária. Danos materiais e morais. (...)”. 1. Cuida-se de recursos especiais interpostos pelo acusado do plágio e pelo editor da obra literária, em que se discutem as seguintes teses: i) termo inicial do prazo prescricional de 3 (três) anos para demandas indenizatórias por plágio; ii) sentido e alcance da proteção autoral a obra literária, prevista na Lei nº 9.610/1998. (...)”. BRASIL. STJ, 3ª T., REsp. 1645746/BA, recorrentes: Francisco das Chagas Lima Filho e Editora Sérgio Antônio Fabris, recorrido: Paulo César Santos Bezerra, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 06/06/2017, DJe 10/08/2017.

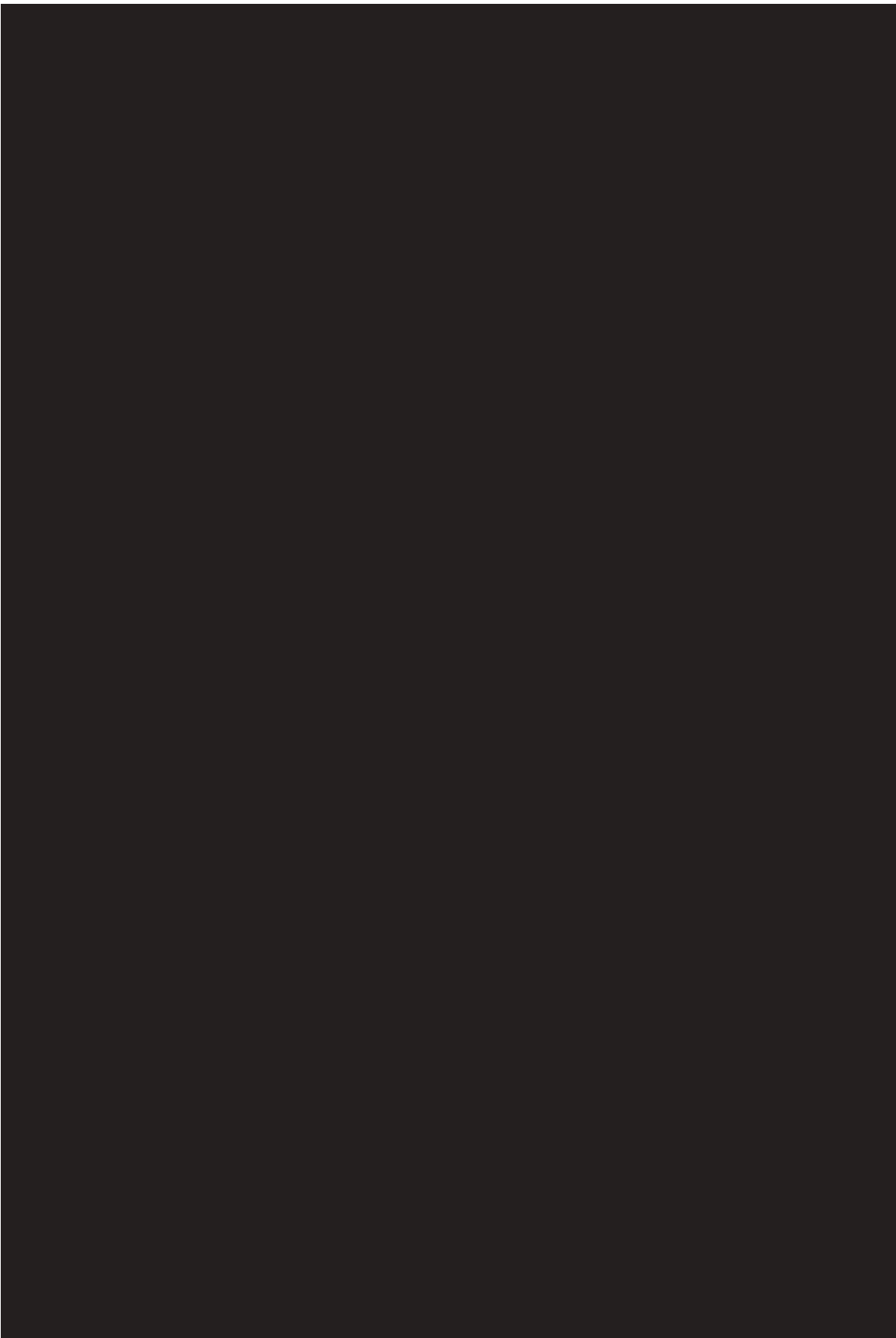
## Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e a técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.
- BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público, Porto Alegre*, ano 4, n. 15, p.117-136, jan./mar. 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- CHAVES, Antônio. Plágio. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 20, n. 77, p. 403-424, jan./mar. 1983.
- COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. COLEMAN, Jules (Org.). *The practice of principle. In defense of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University, 1985.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- FULLER, Lon L. *O caso dos exploradores de caverna*. Tradução de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- GALVÃO, Pedro. Ética. In: GALVÃO, Pedro (Org.). *Filosofia: uma introdução por disciplinas*. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 143.
- GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HART, H.L.A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- JUSTINIANO. Digesto. Livro I. *Introdução ao direito romano e teoria geral da responsabilidade civil*. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KROKOSZ, Marcelo. *Autoria e plágio: um guia para estudantes, professores, pesquisadores e editores*. São Paulo: Atlas, 2012.
- KUCHENBECKER, Luiz Alberto. O direito autoral em tempos de “CTRL C” e “CTRL V”. *Revista Cadernos da Escola de Comunicação*, Curitiba, v. 1, n. 6, 2008. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 36, n. 4, p. 24-31, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

- MENEZES, Elisângela. *O curso de direito autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. De *L'Esprit des Lois*. Livre XI, Chapitre IV. Paris: Librairie Ch. Delagrave, 1892.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito: justiça, lei, faculdade, fato social, ciência*. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2. ed. Campinas: Milenium, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. VII.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 5.
- WALUCHOW, Wilfrid. *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 1994.

# EM DESTAQUE



# A sucumbência e os honorários advocatícios

**Mário Helton Jorge<sup>1</sup>**

Desembargador do TJPR e mestre em Direito (PUC-PR)

**Resumo:** O direito processual civil impõe que nas demandas o vencido terá a obrigação de pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios, mas não disciplina de forma clara e objetiva como deve ser apurado o grau desta sucumbência, com reflexos na fixação dos honorários dos advocatícios, matéria que será objeto deste trabalho de forma técnica e objetiva, inclusive apresentando casos de violação às regras processuais.

## Introdução

A PRÁTICA FORENSE MOSTRA AS DIFICULDADES ENFRENTADAS pelos magistrados para a fixação do grau da sucumbência da demanda e dos respectivos honorários advocatícios, que decorrem da própria complexidade dos procedimentos processuais civis e, principalmente, quando há cumulação de pedidos e causas de pedir, associada à indefinição do valor de cada pedido pelo demandante.

O objetivo deste singelo trabalho é analisar objetivamente e de forma clara como deve ser apurado o grau da sucumbência, configurada no ganho e na perda do demandante, em situações diversas, para depois também demonstrar concretamente como arbitrar os honorários, à luz das regras específicas, no processo de conhecimento, com sentença de mérito.

## I. Da sucumbência

A sucumbência vem do latim *succumbere* que significa submeter-se, afundar, ficar abaixo, ato de suportar, sucumbir, perder, ceder etc., matéria que está diretamente relacionada com as demandas judiciais, a qual é medida a partir de uma situação objetiva, que é a derrota total ou parcial da pretensão.

A perda enseja a obrigação objetiva de indenizar, que é sempre um risco assumido pelo ajuizamento de uma demanda judicial, no caso do autor, ou do réu em razão de não cumprir voluntariamente a obrigação de direito material postulada pelo titular, obrigando-o a promover a ação judicial para o seu cumprimento forçado. Portanto, a sucumbência é um ônus de suportar as custas e as despesas processuais, bem assim os honorários advocatícios (art. 82, § 3º, e 85, *caput*, do CPC).

Por outro lado, o exame da quantificação da sucumbência está diretamente associado ao sucesso do pedido *imediato* (direito processual) que é a natureza da tutela pretendida (declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental) e do *mediato* onde se especifica concretamente o bem da vida (direito material), que, de modo geral, sempre traz algum proveito econômico, o qual se pretende obter, em face do demandado.

Como regra, temos que, se o pedido for julgado procedente, o grau da sucumbência será de 100% e suportada integralmente pelo réu, ou se o pedido for julgado improcedente o grau da sucumbência será de 100% e será suportada integralmente pelo autor.

Tanto na procedência, como na improcedência, a quantificação da sucumbência (100%) será sempre igual para o autor e para o réu. Mas se for parcialmente procedente, haverá sucumbência recíproca, sendo que o grau da sucumbência variará de acordo com o que foi postulado e o que foi albergado pela sentença. Exemplo: Pediu a condenação de R\$ 20.000,00 e ganhou R\$ 13.000,00. O autor sucumbiu em 35% e o réu em 65% (a apuração é feita através de regra de três: se 20.000 é igual a 100%, logo 13.000 será igual a x%. Assim temos que  $x = 13.000 : 20.000$ . Conclusão  $x = 65\%$ ).

A propósito, as situações mais complexas relacionam-se sempre aos casos de sucumbência recíproca, isto é, definir tecnicamente qual é a respectiva quantificação da perda que é dada por um percentual.



Hipótese (a): *cumulação de pedidos simples com causas de pedir constantes e simples*. Condenação de pagamento de R\$ 3.350,00 de complementação de cobertura securitária, por inadimplemento; (b) *condenação* de pagamento de correção monetária sobre o valor do valor de R\$ 7.350,00 recebido na esfera administrativa (R\$ 132,00), por inadimplemento; (c) *condenação* ao pagamento de R\$ 5.000,00 a título de danos morais, por ofensas aos direitos da personalidade; (d) *condenação* ao pagamento das despesas médicas, no valor de R\$ 2.250,00, com fundamento em inadimplemento. Havendo sucumbência de ambos, a sua quantificação será medida de acordo com o valor de cada bem jurídico acolhido e rejeitado. Se ganhasse os pedidos (a), (b), (c) o valor seria de R\$ 5.632,00, que representaria o percentual de 52,97% das pretensões, e perderia o (d) R\$ 5.000,00, que representa 47,18%.

Hipótese (b): *cumulação sucessiva de pedidos (constitutivo negativo e condenatório) com uma causa de pedir (inadimplemento)*. Rescisão de contrato de locação com pedido condenatório de pagamento de R\$ 25.000,00, decorrentes de inadimplementos de aluguéis. Se procedente a rescisão e parcial a condenação (R\$ 15.000,00 ou outros valores), haverá sucumbência recíproca. No pedido de rescisão o réu sucumbirá em 100% e no pedido de condenação haverá sucumbência do autor em 40% e do réu em 60%.

Hipótese (c): *cumulação sucessiva de pedidos. Reintegração de posse com pedido condenatório de perdas e danos* (tutela é executiva *lato sensu* e condenatória). Ganhou a reintegração e perdeu a condenação. Sucumbência recíproca, pois o réu perdeu 100% no pedido de reintegração e o autor perdeu 100% na tutela condenatória. É equivocado aferir as sucumbências em 50%, para cada parte do total dos pedidos, considerando que cada pretensão possui valor próprio estabelecido na petição inicial, exceto se cada um dos pedidos possuir o mesmo valor econômico.

Hipótese (d): *cumulação sucessiva de pedidos. Pedido de reintegração de posse* de funcionário público em seu cargo, com fundamento em dispensa imotivada, mais a *condenação* ao pagamento dos salários e vantagens não percebidos, no total de R\$ 18.500,00 (tutela mandamental e condenatória). Se procedente o pedido mandamental e parcialmente o pedido condenatório (R\$ 7.350,00), haverá sucumbência de 100% para o

rêu no primeiro pedido, e no pedido condenatório haverá sucumbência parcial para o autor de 60,3% e para o réu de 39,7%. Assim, considerando que, nas demandas, podem ser postuladas várias pretensões simples ou cumuladas e de naturezas diversas, é imperativo que, para fins de sucumbência, sejam examinados, em cada uma, os ganhos e as perdas, quando houver.

Hipótese (e): *cumulação imprópria de pedidos* (cumulação alternativa). *Pedido condenatório* de devolução de dinheiro R\$ 2.300,00 ou (condenação da) *entrega de produto novo* ou a (condenação para a) *concessão de desconto*, com fundamento em defeito do produto (máquina de lavar roupas). A pretensão (condenação) é única com várias alternativas para a satisfação do autor, que fica à escolha do juiz. Nesta situação, somente haverá sucumbência recíproca se afastadas duas das alternativas (entrega de produto novo e o desconto) e parcialmente acolhida a devolução do dinheiro (R\$ 2.230,00). Em decorrência, haverá sucumbência para o autor de 3,10% e para o réu de 96,90%. Quando a sucumbência for mínima, o demandado a suportará integralmente. Ademais, não há sucumbência nas alternativas que forem afastadas, mas somente naquela acolhida em parte, porque a pretensão é única à escolha do juiz (e não do devedor, como nos pedidos alternativos, de acordo com cláusula contratual).

Hipótese (f): *cumulação própria de pedidos e de pedidos sucessórios* (declaratório, condenatório). Nulidade de cláusula de cobrança de comissão de permanência, de cláusula de avaliação, de registro e condenatório de restituir os valores cobrados indevidamente, em dobro. Os pedidos de nulidade são autônomos, enquanto os de cobrança são sucessivos, porque dependentes do sucesso dos de nulidade. Portanto, haverá sucumbência recíproca no caso em que for rejeitado um pedido de nulidade e um de condenação. Assim, o autor sucumbirá em 100% de cada pedido de nulidade e 100% em cada pedido condenatório, e o réu em 100% do pedido de nulidade e 100% no pedido condenatório. É equivocado definir a sucumbência pelo número de pedidos, no caso 3 pedidos de nulidade e 3 de condenação = 6 pedidos; ganhou 2 e perdeu 4 = que representaria para o autor 67% e para o réu 33%. O correto é fixar a sucumbência em relação a cada pedido, pois cada qual tem seu proveito econômico, exceto se todos tiverem o mesmo valor.

## II. Regras básicas para a fixação do valor dos honorários advocatícios, no processo de conhecimento, com sentença de mérito

O art. 82, § 2º, do CPC estabelece que “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou”, e no art. 85 que “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”.

Já o art. 85, § 1º, prevê que “são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”, enquanto que o § 2º determina que “os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”.

Acrescentam-se ainda as regras previstas no § 8º: “Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto no § 2º”. No § 9º: “Na ação de indenização por ato ilícito contra a pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescida de 12 (doze) prestações vincendas. E no § 10º: “Nos casos de perda de objeto, os honorários serão devidos por quem deu causa ao processo”.

E, para o caso de sucumbência recíproca, o art. 86 prescreveu que “se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas”, sendo que o parágrafo único reza: “Se cada litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários”.

Portanto, os honorários advocatícios serão de 10% a 20% sobre o valor da (a) *condenação*; (b) *do proveito econômico* e (c) *do valor da causa*, ou, *por forma equitativa*, se o valor da causa for inestimável ou irrisório, o proveito econômico ou o valor da causa for muito baixo, levando em conta:

I – o grau de zelo do profissional; II – o lugar de prestação do serviço; III – a natureza e a importância da causa; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Resumindo, temos, regras objetivas e obrigatórias a serem observadas para o arbitramento dos honorários:

Nas tutelas condenatórias, de 10 a 20% sobre o valor da condenação; *ou (b) do proveito econômico e/ou (c) do valor da causa.*

Nas tutelas constitutivas, mandamentais, declaratórias, executivas *lato sensu*, também, de 10% a 20% sobre o proveito econômico ou do valor da causa.

Subsidiariamente, nas tutelas condenatórias, constitutivas, mandamentais, declaratórias, executivas *lato sensu*, serão arbitrados de forma equitativa<sup>2</sup>, quando *o valor da causa for inestimável, ou irrisório o proveito econômico, ou o valor da causa for muito baixo.*

Observação: quando o provimento for condenatório, o percentual dos honorários sempre será calculado sobre o valor da condenação, ainda que seja o valor baixo, não havendo previsão da aplicação por equidade. Os honorários, na condenação, somente serão fixados com base no proveito econômico ou no valor da causa se não houver valor definido, principalmente nas obrigações de fazer e não fazer.

Para as variações dos percentuais entre 10% a 20% devem ser examinados: I – o grau de zelo do profissional<sup>3</sup>; II – o lugar de prestação do serviço<sup>4</sup>; III – a natureza e a importância da causa<sup>5</sup>; IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço<sup>6</sup>, bem como para a fixação por equidade.

Aqui, é oportuno o registro de algumas situações concretas de violação das regras objetivas de fixação de honorários:

Ação condenatória de cobertura securitária cujos pedidos são: a) condenação no valor de R\$ 13.500,00; b) ou o valor decorrente do resultado da perícia. O pedido foi julgado procedente com a condenação da parte ré no pagamento de R\$ 1.867,00 além da condenação ao pagamento de 20% de honorários advocatícios. O valor da causa foi de R\$ 13.500,00. Aqui não se caracteriza a cumulação imprópria de pedidos subsidiários, porque o segundo pedido está contido no primeiro, ou seja, o juiz condenaria a parte ré ao pagamento da complementação de

acordo com o resultado da perícia. Mas, de qualquer forma, foi reconhecida a cumulação subsidiária, sendo acolhido o segundo pedido que é o secundário. Portanto, de todo modo, o pedido seria parcialmente procedente, havendo sucumbência recíproca, da seguinte maneira: pedido principal – R\$ 13.500,00; pedido secundário – 1.867,00. Portanto, ganhou R\$ 1.867,00 (13,82%) e perdeu R\$ 11.633,00, (86,18%). De acordo com o princípio da legalidade, teríamos: a) condenação do autor a pagar 87% das custas e despesas processuais, 15% de honorários para o advogado do réu sobre R\$ 11.633,00 e 15% de honorários para o advogado do autor sobre R\$ 1.867,00 com observância dos critérios de atuação de cada causídico.

Ação condenatória com pedidos de danos materiais de R\$ 91.000,00 por ter entregado uma máquina de lavar roupas profissional com defeito de fabricação, e danos morais por violação à imagem da empresa. O pedido de danos materiais foi julgado procedente e o de danos morais improcedente. Reconheceu-se a sucumbência da parte autora em 18% e da parte ré em 82%. Condenou-se a parte autora no pagamento das custas e despesas contratuais em 18% e a ré em 82% e honorários foram fixados em 10% do valor da condenação, distribuindo-o em 82% para o patrono da autora (R\$ 7.462,00) e 18% para o patrono da ré (R\$ 1.638,00). Há violação da regra que prevê o mínimo de honorários em 10%, exceto nas situações de aplicação por equidade. No caso, os honorários deveriam ser aplicados em 10% sobre o valor da condenação (R\$ 91.000,00 = 9.100,00), em favor do patrono da parte autora, e 10% sobre o valor do decaimento (R\$ 20.000,00 = 2.000,00), em favor do patrono da parte ré. Não poderia ter sido autorizada a mesma base (condenação) para fixar honorários em favor da parte ré. Como se pode comparar em ambas as situações, tanto o patrono da autora como o patrono da ré perderam honorários.

Para a definição do grau da sucumbência é imprescindível examinar o percentual dos ganhos e das perdas do autor

## Conclusão

Para a definição do grau da sucumbência é imprescindível examinar o percentual dos ganhos e das perdas do autor, que influenciará na condenação do pagamento das custas e despesas do processo e dos honorários advocatícios.

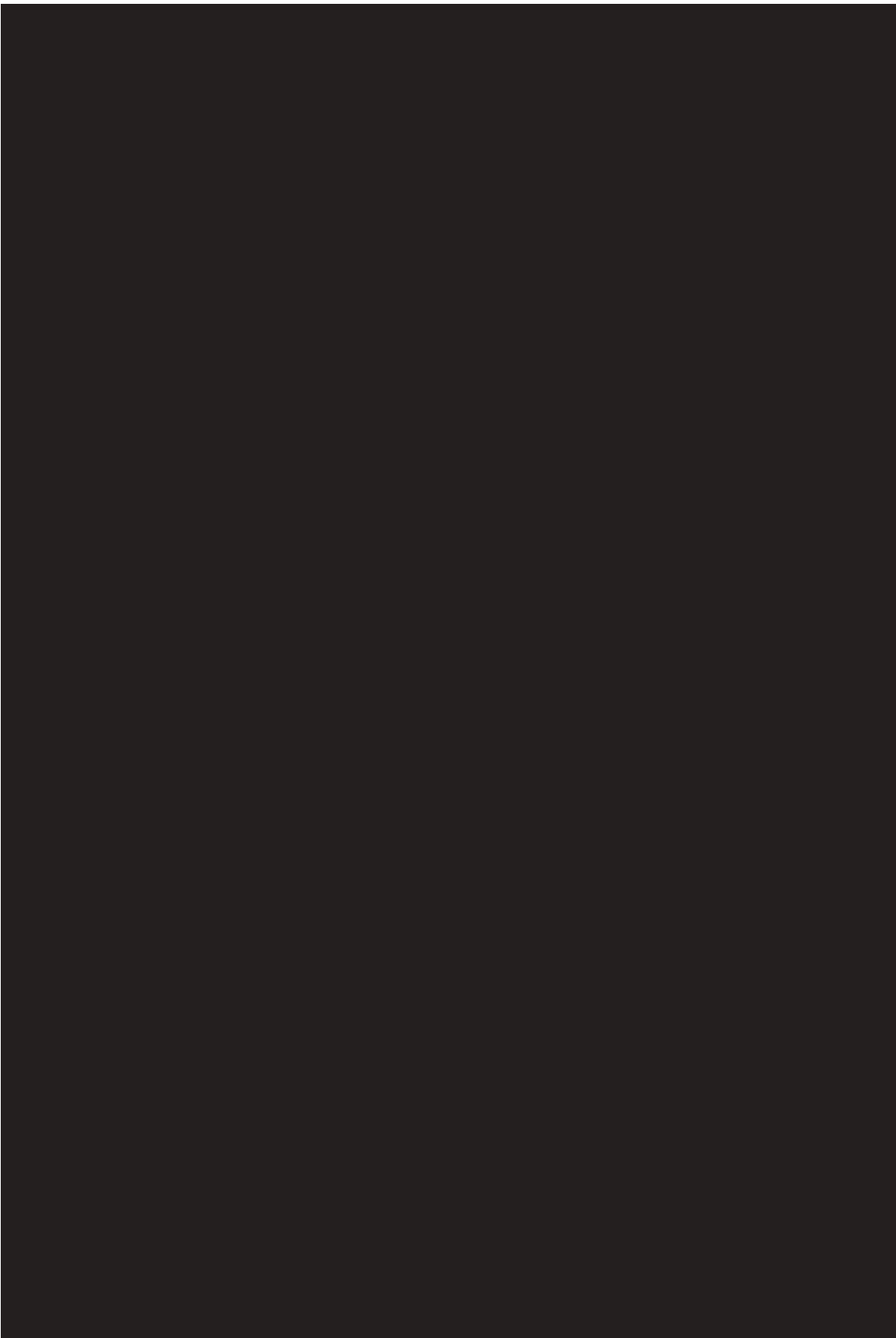
Já os honorários incidirão sempre sobre os ganhos e as perdas, sendo imprescindível que seja identificada a natureza da tutela pretendida. Apurada a sucumbência, aplicam-se as regras objetivas para o arbitramento dos honorários, com avaliação do trabalho dos advogados, fazendo a ressalva de que, nas tutelas condenatórias, o valor dos honorários terá como base o percentual calculado sobre o valor da condenação, não havendo previsão para ser aplicado por equidade e nem para compensação de honorários.

Assim, diante da complexidade da matéria, existe a necessidade de os órgãos jurisdicionais se aprimorarem no exercício da aplicação da sucumbência e dos honorários advocatícios, com vistas a obter a melhoria da qualidade da efetiva prestação jurisdicional.

## Notas

1. Mário Helton Jorge. Desembargador do TJPR e mestre em Direito (PUC-PR).
2. No sentido de justo, sem observância do critério da legalidade estrita, podendo ser adotada solução para cada caso concreto que for reputada mais conveniente ou oportuna, proporcional e razoável.
3. Estímulo à solução pelos métodos alternativos de resolução de conflitos, comparecimento nas audiências com proposta de acordo, demonstrou colaboração no curso do processo; indicação na inicial de precedentes vinculantes; especificou pontos controvertidos e as provas pertinentes, cumprir os prazos e não retardou o andamento do processo.
4. Distância de seu escritório até o local onde tramitam os autos, acompanhamento de cartas precatórias em outras comarcas etc.
5. Destacar o valor econômico do conflito, a sua repercussão social, caso pioneiro.
6. Paralelamente, deve destacar a qualidade de seu trabalho e o tempo de duração do processo, indicando a quantidade de intervenções necessárias, o número de audiências realizadas, de petições protocoladas, de recursos respondidos, entre outros.

# JURISPRUDÊNCIA





# Ementário do TJPR

## ADMINISTRATIVO

### É possível a acumulação dos cargos públicos de secretário municipal de esportes e lazer com o de professor de educação física

Direito administrativo. Apelação cível. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Não configuração no caso concreto. Acumulação dos cargos públicos de secretário municipal de esportes e lazer, no município de Matelândia, e de professor de educação física. Acervo probatório que demonstra a ausência de dolo ou má-fé na conduta, bem como de prejuízo ao erário. Impossibilidade de enquadramento nos artigos 9, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92. Exegese do enunciado n. 10 das 4ª e 5ª Câmaras cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Improcedência do pedido inicial. Apelo provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0003630-33.2016.8.16.0115 - 4a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Abraham Lincoln Calixto** - Fonte: DJ, 14.12.2019).

### Liminar que determinava a imediata disponibilização de vaga em centro de educação é suspensa

Agravo interno. Suspensão de liminar. Decisões de primeiro grau

pelas quais foi determinada a imediata disponibilização de vaga em centro de educação. Demonstração de que o pronunciamento judicial de primeiro grau tem o condão de causar lesão à ordem e à economia públicas. Sistema educacional que não é capaz de atender a todas as crianças. Imposição judicial para disponibilização de vaga que implica ruptura da sistemática orçamentária. Ausência de inércia do ente público. Aumento considerável do atendimento a crianças do pré-único e maternal II. Percentual mínimo previsto constitucionalmente vem sendo cumprido. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - Ag. Interno n. 0048467-28.2019.8.16.0000 - O. E. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Adalberto Jorge Xisto Pereira** - Fonte: DJ, 10.12.2019).

### Administração é condenada a pagar diferenças salariais decorrentes de atraso em concessão de benefício a servidor

Recurso inominado. Ação de cobrança. Servidor estadual. Auditor fiscal. Promoção por antiguidade. Mora da administração na implantação do benefício. Preenchimento dos requisitos. Diferenças salariais

devidas. Pagamento retroativo à data do requerimento. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0007938-93.2018.8.16.0131 - 4a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juiz **Aldemar Sternadt** - Fonte: DJ, 28.02.2020).

### **Município não pode ser responsabilizado por danos causados por casa de shows que não observava os parâmetros legais**

Apelação cível. Ação civil pública. Casa de shows (“Castle Club”) situada em imóvel antigo e desprovido de estrutura necessária para o tipo de atividade desenvolvida, além de estar localizada em área predominantemente residencial. Poluição sonora e perturbação ao sossego da população caracterizados. Cabimento de indenização por danos morais coletivos diante da repercussão dos danos efetivamente comprovados. Responsabilidade ambiental por parte da empresa. Afastamento da condenação do município ao pagamento indenizatório. Recurso parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0001405-03.2010.8.16.0163 - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carlos Mansur Arida** - Fonte: DJ, 29.11.2018).

### **A constitucionalidade do regime de revezamento para a jornada de trabalho dos servidores não afasta o direito ao recebimento de horas extras**

Reexame necessário. Ação

de cobrança. Servidor público municipal (motorista). Diferenças remuneratórias. Procedência parcial dos pedidos. Horas extras devidas. Regime de 40 (quarenta) horas semanais. Precedentes desta corte. Reflexos sobre décimo terceiro, férias e respectivo terço constitucional. Reformatio in pejus. Descabimento. Encargos moratórios. Aplicação do art. 1º-f da lei n. 9.494/97 com as alterações inseridas pela lei n. 11.960/2009. Repercussão orientação contida na geral n. 870.947. Adoção do IPCA-e como índice de correção monetária, a partir de 30.06.2009. Juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês até 30.06.2009 e, após, os aplicáveis à caderneta de poupança. Fixação de encargos moratórios sobre verba honorária. Exclusão da incidência de juros em desfavor da fazenda pública no período de graça constitucional. Sentença parcialmente reformada.

(TJPR - Reex. Necessário n. 0000247-92.2011.8.16.0092 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Guimarães da Costa** - Fonte: DJ, 28.02.2020).

### **Administrador que dispensa licitação para contratação de instituição financeira para gerir folha de pagamento de servidores não comete improbidade**

Remessa necessária. Ação de improbidade administrativa. Contratação de instituição finan-

ceira para a gestão da folha de pagamento dos servidores municipais. Ato ímprobo não configurado. Faculdade do administrador municipal dispensar a licitação para contratação direta de instituição bancária oficial para gerenciamento da folha de pagamento. Sentença confirmada.

(TJPR - Reex. Necessário n. 0003985-83.2010.8.16.0105 - 4a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Hamilton Rafael Marins Schwartz** - Fonte: DJ, 02.04.2019).

### **Administração pública deve indenizar por dano estético em menor atacado por cachorro de propriedade da polícia civil**

Recurso inominado. Ação de indenização por danos morais e estéticos. Sentença de procedência. Insurgência recursal do Estado do Paraná. Fazenda pública. Cachorro de propriedade da polícia civil que invadiu escola e atacou criança enquanto brincava no pátio. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco administrativo. Art. 37, § 6º da Constituição Federal. Parte autora que se desincumbiu de seu ônus probatório, nos termos do artigo 373, I do CPC. Ilícitos de considerável gravidade descritos na petição inicial que não se limitam à lesão corporal. Parte ré que não logrou êxito em comprovar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (artigo 373, II do CPC). Dever do ente ad-

ministrativo na guarda do animal. Requisitos da responsabilidade civil que se encontram presentes. Ilícito,nexo causal e dano. Situação vivenciada que ultrapassa os meros aborrecimentos do cotidiano. Existência de cicatrizes. Dano moral e estético configurados. Inexistência de excludentes de responsabilidade. Inocorrência de culpa de terceiro. Montante fixado a título de dano estético que observa as particularidades da demanda. *Quantum* dos danos morais fixado que atende as peculiaridades do caso concreto e está em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença mantida por seus próprios fundamentos conforme artigo 46 da Lei 9.099/99. Recurso conhecido e desprovido. (TJPR - Rec. Inominado n. 0001687-46.2017.8.16.0179 - 4a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Leo Henrique Furtado Araújo** - Fonte: DJ, 31.08.2020).

### **É improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em decorrência da falta de prova de prejuízo ao erário**

Reexame necessário. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Suposto enriquecimento ilícito (artigo 9º, da lei n. 8.429/92). Inocorrência da prática de ato ímprobo. Ausência de provas cabais de prejuízo ao erário e do elemento subjetivo (dolo). Demanda julgada improcedente.

Sentença mantida em reexame necessário.

(TJPR - Reex. Necessário n. 0006897-30.2016.8.16.0077 - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Mateus de Lima** - Fonte: DJ, 02.04.2019).

### **Motorista de caçamba deverá receber adicional de insalubridade por exposição a nível de ruído acima do recomendável**

Recurso inominado. Servidor público do município de Chopinzinho. Motorista de caçamba. Pretensão de recebimento de adicional de insalubridade. Possibilidade. Laudo do município que reconhece desde 2014 a necessidade do uso de EPI para neutralização de insalubridade. EPIs não entregues. Laudo judicial de 2018 que apenas corrobora o direito do autor. Adicional devido. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0000074-96.2018.8.16.0068 - 4a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juíza **Manuela Tallão Benke** - Fonte: DJ, 28.02.2020).

### **Concessionário de serviço público possui responsabilidade objetiva por acidente oriundo de colisão de veículo com animal na pista**

Recurso Inominado. Ação de indenização por danos materiais e morais. Acidente de trânsito. Colisão em animal na pista. Danos

no veículo. Rodovia pedagiada. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. Aplicação do Enunciado n. 2 da 1º TR/PR. Dano material comprovado. Restituição devida. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0002658-52.2019.8.16.0117 - 1a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Melissa de Azevedo Olivas** - Fonte: DJ, 21.09.2020).

### **Não há direito adquirido de servidor público a regime jurídico, tampouco a regime de vencimentos ou de proventos**

Apelação cível - Mandado de segurança - Pretensão de incorporação, aos vencimentos do servidor público titular de cargo efetivo, da gratificação pelo desempenho de função de direção, chefia ou assessoramento ou dos valores decorrentes do exercício de cargo em comissão - Impossibilidade - Revogação da gratificação incorporada - Observância do disposto na lei municipal n. 1241/2013 - Inexistência de direito adquirido a regime jurídico remuneratório - direito líquido e certo não configurado. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0000884-12.2016.8.16.0078 - 4a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Regina Afonso Portes** - Fonte: DJ, 28.02.2020).

## CIVIL

### **Suposta tentativa de suicídio de motorista não serve para afastar o direito ao DPVAT**

Apelação cível - Ação de cobrança de indenização de seguro DPVAT - Queda do veículo em movimento - Sinistro ocorrido em 16.02.2017 - Alegação de que a autora tentou suicídio afastada - Requerida que não se desincumbiu do ônus probatório - Nexa de causalidade entre as lesões e o acidente de trânsito demonstrado - Dever de indenizar configurado - Imperiosa a manutenção da sentença - Honorários advocatícios - Proveito econômico em valor irrisório - Fixação dos honorários de acordo com o artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil de 2015 - Honorários recursais - Fixação em atenção ao artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil de 2015 - Recurso de apelação interposto pela ré conhecido e não provido. Recurso de apelação interposto pela autora conhecido e provido. (TJPR - Ap. Cível n. 0018019-35.2017.8.16.0035 - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Ademir Ribeiro Richter** - Fonte: DJ, 23.10.2018).

### **Furto de bicicleta somente é indenizado pelo condomínio quando este assume o dever de guarda de bens em garagem**

Recurso Inominado. Furto de bicicleta em aérea comum de con-

domínio. Necessidade de previsão do dever de guarda de bens em garagem na convenção condomínio. Precedente do STJ. Inexistência de cláusula estabelecendo a responsabilidade do condomínio. Danos materiais indevidos. Recurso desprovido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0021680-17.2019.8.16.0014 - 2a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Álvaro Rodrigues Junior** - Fonte: DJ, 20.07.2020).

### **Consumidora deve ser indenizada por constrangimento durante a revista de sua bolsa em supermercado**

Apelação. “Indenização por dano moral”. Responsabilidade civil. Alarme que disparou na saída do supermercado. Acusações, insinuações e desconfianças. Seguranga que constrangeu a autora. Ausência de pedido de desculpas ou retratação pelo supermercado. Exercício regular de direito que não pode ofender a honra subjetiva dos consumidores. Ato ilícito caracterizado. Dano moral comprovado. Majoração do *quantum* indenizatório. Montante em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade da justa condenação, considerando que a bolsa da autora tinha muitos metais, o que, por lógica, faz com o alarme dispare. Juros a

partir do evento danoso. Súmula 54 STJ. Honorários advocatícios no máximo previsto no art. 85, § 2 do CPC/2015. Impossibilidade de majoração. Recurso provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0016037-88.2017.8.16.0001 - 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

**Ângela Khury** - Fonte: DJ, 11.02.2020).

### **Antes da entrega das chaves a responsabilidade pelo pagamento das taxas condominiais é da construtora**

Apelação Cível. Ações de cobrança de taxas condominiais. Sentença de procedência em desfavor da construtora. Recurso do autor condomínio. Sentença citra petita. Pedido não apreciado. Omissão sanada. Recurso de apelação da ré construtora. Imóveis registrados em nome dela. Obrigação “propter rem”. Acompanha a coisa. Contrato de permuta dos bens. Permutantes que não se imitiram na posse dos imóveis em razão de vícios construtivos. Entregas das chaves não realizadas. Imóveis que não foram retirados da esfera patrimonial da construtora. Alegada expedição do habite-se como marco inicial da responsabilidade dos permutantes pelo débito condominial. Tese afastada. Transmissão da posse e ciência inequívoca do condomínio não demonstradas. Responsabilidade da construtora pelo adimplemento das taxas condominiais. Convenção do condomínio que prevê paga-

mento a menor da cota condominial em favor da construtora. 30%. Impossibilidade. Abusividade reconhecida. Cláusula nula de pleno direito. Sentença mantida. Recurso do autor provido. Recursos da ré não providos.

(TJPR - Ap. Cível n. 0050159-06.2012.8.16.0001 - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Arquelau Araujo Ribas** - Fonte: DJ, 20.07.2020).

### **Mulher é indenizada por procedimento errôneo em laqueadura que possibilitou gravidez**

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Paciente que faria procedimento de laqueadura em virtude de seu quadro de saúde e complicações em gestações anteriores. Risco tanto para a mãe como para o feto. Gravidez posterior. Perito que atestou que o procedimento de laqueadura não foi realizado. Provas documentais. Erro médico. Negligência. Nexo causal e dano configurados. Dever de indenizar. Minoração do valor fixado a título de dano moral. Possibilidade. Método bifásico de quantificação do STJ. Precedentes. Incidência, sobre o valor da condenação, de atualização monetária pelo IPCA, a partir da data do arbitramento, nos termos da súmula n. 362, do STJ. Acréscimo de juros de mora calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art.

1º-F da lei n. 9.494/97), contados a partir da citação. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0006626-79.2012.8.16.0103 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Denise Hammerschmidt** - Fonte: DJ, 29.10.2018).

### **Espólio deve indenizar criança por assassinato de sua genitora pelo de cujus**

Apelação Cível - Responsabilidade civil - Homicídio da genitora do autor, seguido de suicídio - Danos morais *in re ipsa* - Valor reparatório - Alegação de culpa concorrente da vítima - Eventual prática de ato que legitimou o exercício de defesa ou, quando não, provocação extrema que desencadeou violenta emoção - Legítima defesa não configurada - Meras conjecturas francamente dissociadas do acervo probante - Vítima do homicídio encontrada morta com dois tiros na cabeça empunhando faca serrilhada de cozinha - Autor dos disparos que se suicida em seguida - Carência de prova de injusta agressão e de uso moderado dos meios necessários para repeli-la - Detalhes pessoais sobre a vítima e o relacionamento que são desimportantes ao desfecho verificado - Conduta do titular do espólio que foi, isoladamente, suficiente e adequada à produção do dano - Autor que contava 4 (quatro) anos de idade na altura do evento - Ausência de contri-

buição da vítima - Significativa capacidade econômica do ofensor - Quantum majorado em atenção às balizas objetivas e subjetivas do processo - Precedentes - Termo inicial dos juros de mora - Evento danoso - Inteligência da súm/STJ n. 54 - Pensionamento mensal - Valor das parcelas - Pleito de majoração, com arrimo na expectativa de ganhos de um profissional com título de mestre - Não cabimento - Pensão fixada com base na renda auferida pela vítima, efetivamente comprovada - Necessidade de desconsideração dos salários dos meses da contratação e do decesso - Cálculo readequado - Recurso do autor conhecido e parcialmente provido. Recurso do réu conhecido e desprovido. 1. Para que se possa cogitar de legítima defesa - qualquer que seja o ramo do Direito - é preciso que o ofensor haja usado moderadamente dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (CP, art. 25). Para além disso, o que resta é o excesso (CP, art. 23, par. único), inescusável e, portanto, passível de reprimenda e responsabilização, seja ela na esfera criminal, seja na esfera civil. 2. A ação sob violenta emoção não configura excludente de ilicitude, mas, sim, causa de diminuição da pena, no âmbito criminal (CP, art. 121, § 1º); no âmbito civil, a conduta da vítima pode reputar-se culpa concorrente quando verificada



a interferência da sua atuação (e a extensão dessa contribuição) no resultado: inexistindo esse liame, a causa eficiente do resultado dano- so terá sido outra, e outro, portan- to, o responsável pela reparação. 3. Malgrado haja, nos autos, demons- tração de que a vítima detinha títu- lo de mestre e cursava doutorado, a fixação da pensão deve levar em conta os elementos contemporâ- neos concretos que comprovem os seus respectivos rendimentos, não perspectivas ou conjecturas sobre êxitos profissionais futuros.

(TJPR - Ap. Cível n. 0068037-94.2015.8.16.0014 - 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Domingos Ribeiro da Fonseca** - Fonte: DJ, 09.03.2020).

### **Consumidor não pode ser multado quando não estava ciente da aplicação da multa em caso de rescisão de contrato**

Recurso Inominado. Ação de- claratória e indenizatória. Plano de telefonia móvel empresarial. Pedido de cancelamento do contra- to. Cobrança de multa fidelidade. Impossibilidade. Inexistência de comprovação da ciência do con- sumidor da aplicação da multa em caso rescisão anterior ao prazo de 24 meses. Condenação da ré ao pa- gamento de multa por descumprimento de obrigação de fazer manti- da. Alegação de impossibilidade de juntada do contrato. Dano moral não caracterizado. Pessoa jurídica.

Sentença parcialmente reformada. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0000843-

12.2019.8.16.0055 - 5a. T. Rec. - Ac. unânime

- Rel.: Juíza Subst. em 2ª Grau **Fernanda de Quadros Jörgensen Geronasso** - Fonte: DJ, 22.09.2020).

### **Valor apresentado no boleto de pagamento de taxa condominial possui presunção de veracidade**

Agravo de instrumento. Execu- ção por quantia certa de título executivo extrajudicial. Taxas con- dominiais. Decisão que acolhe parcialmente exceção de pré-exe- cutividade. Alegação de ausência de liquidez, certeza e exigibilidade do título exequendo. Inocorrência. Taxa condominial comum submeti- da a critério simples de rateio, em consonância com a convenção de condomínio. Contribuições ordi- nárias demonstradas pelos boletos de pagamento acostados aos autos. Decisão mantida. Recurso despro- vido. 1. Visando a manutenção da coisa comum, o condomínio con- trai despesas cujos valores variam mensalmente, sendo dever dos con- dômimos o seu adimplemento na proporção de suas frações ideais, não sendo necessária, portanto, a individualização da cota condo- minial da parte excipiente na ata de assembleia ou na convenção do condomínio. 2. Em ações como a presente é pacífico o entendimento



no sentido de que se presume a veracidade dos valores apresentados no boleto de pagamento, considerando que as despesas comuns são rateadas mensalmente em conformidade com a convenção do condomínio. 3. Preenchidos os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade do título, deve ser mantida a r. decisão de 1º grau, nos termos em que proferida. (TJPR - Ag. de Instrumento n. 0056890-74.2019.8.16.0000 - 8a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima** - Fonte: DJ, 12.05.2020).

### **É ineficaz a hipoteca oriunda de contrato celebrado entre construtora e agente financeiro perante o adquirente de imóvel**

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer para desoneração da unidade comprada. Instituição financeira. Legitimidade passiva. Presença. Valor da causa. Atribuição de acordo com o imóvel hipotecado. Hipoteca. Origem. Contrato entre construtora e agente financeiro para realização de empreendimento imobiliário. Ineficácia perante adquirente de unidade imobiliária. Súmula n. 308, do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação. Encargos sucumbenciais. Pagamento. Responsabilidade do réu. Honorários advocatícios. Pedido de redução. Rejeição. Sentença mantida. 1. A instituição financeira detém legitimidade passiva para responder por ação de cancelamento de hipoteca firmada com construtora para financiamen-

to de empreendimento imobiliário. 2. O valor da causa em ação em que se pretende o cancelamento de hipoteca corresponde ao do bem sobre o qual recai o gravame. 3. “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel” (Súmula n. 308, do Superior Tribunal de Justiça). 4. Responde pelo pagamento dos encargos sucumbenciais a parte que decair da integralidade de suas pretensões. 5. Não há que se falar em redução dos honorários advocatícios, quando já fixados no percentual mínimo previsto pelo artigo 85, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015. 6. Apelação cível conhecida e não provida.

(TJPR - Ap. Cível n. 0027107-20.2018.8.16.0017 - 15a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Carlos Gabardo** - Fonte: DJ, 29.01.2020).

### **Associação de moradores não é equiparada a condomínio edilício e não possui legitimidade para a cobrança de despesas oriundas de manutenção e conservação de áreas comuns**

Apelação cível. Ação de cobrança de despesas oriundas de manutenção e conservação de áreas comuns de loteamento fechado. Sentença de improcedência. Insurgência da autora. Preliminar de intempestividade rejeitada. Condomínio de fato.

Associação de moradores sem fins lucrativos. Impossibilidade de equiparação a condomínio edilício. Não preenchimento dos requisitos legais de constituição. Impossibilidade de responsabilização de proprietário não associado e que tampouco aderiu ao ato que instituiu o encargo. Entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça sob rito de recursos repetitivos. REsp 1439163/SP. Prevalência do direito à liberdade de associação constitucionalmente garantida. CF, art. 5º, XVII. Precedentes. Lei n. 13.465/2017 que introduziu o art. 36-a na Lei n. 6.766/79. Alteração legislativa que não beneficia a apelante. Contribuições cobradas anteriores a alteração legislativa. Irretroatividade da lei. Condenação das parcelas vencidas durante o curso da lide e após a vigência da Lei n. 13.465/2017. Descabimento. Não comprovação da propriedade do lote pelo réu. Honorários recursais. Cabimento. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0010309-86.2015.8.16.0017 - 8a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Marco Antonio Antoniassi** - Fonte: DJ, 22.07.2020).

### **É improcedente o pedido de indenização por atraso na elaboração de projeto arquitetônico para obtenção de financiamento imobiliário**

Recurso inominado. Ação de indenização por danos ma-

teriais e morais. Improcedência. Contratação de profissional para elaboração de projeto arquitetônico para obtenção de financiamento imobiliário. Sucessivos pedidos de alteração do projeto. Alegação de que a demora para a aprovação do projeto resultou em perda do contrato de compra e venda do terreno em que o imóvel seria construído. Ausência de provas de que a desistência da compra e venda do imóvel se deu em razão da demora na aprovação do projeto arquitetônico. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0005180-44.2016.8.16.0089 - 5a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Maria Roseli Guieismann** - Fonte: DJ, 20.05.2020).

### **É válida a multa aplicada ao condômino que contrata chaveiro para burlar o procedimento padrão para aluguel do salão de festas**

Recurso Inominado. Ação anulatória de multa condominial c/c pedido de indenização por danos morais. Sentença de improcedência. Preliminarmente - Contestação intempestiva - Revelia - Presunção relativa em relação às matérias de fato e de direito - Revelia que não significa automática procedência do pedido, pois a análise da prova dos autos pode apontar para resultado diverso do pretendido - Inteligência do artigo 345, inciso IV, do CPC/2015 -

Precedentes do STJ e das turmas recursais. Alegada ausência de apreciação - Inocorrência - Juízo singular que enfrentou devidamente as alegações e fundamentos jurídicos - Julgador que está adstrito ao pedido e aos fatos da causa, não se encontrando vinculado rigorosamente à regra jurídica exposta pelas partes, conquanto os demandantes tenham que apresentar o fundamento jurídico de suas manifestações. Inversão do ônus da prova - Impossibilidade - Juízo singular que verificou o não preenchimento dos requisitos previstos no artigo 373, § 1º, do CPC/2015 - decisão fundamentada e irrecurável (mov. 35). Mérito. Reclamantes que não se desincumbiram de seu ônus de demonstrar a existência de fato constitutivo de seu direito - Validade da aplicação da multa condominial, considerando as provas produzidas nos autos - Condôminos que violaram a convenção de condomínio - Contratação de chaveiro para burlar o procedimento padrão para aluguel do salão de festas - Ato de gravidade significativa. Sentença mantida. Recurso nominado desprovido. 1. A revelia induz apenas a presunção relativa dos fatos alegados na inicial, não dispensando a análise das provas produzidas e a sua adequação ao direito. Tal fato não obsta ao julgador de analisar os fatos. 2. “Nos termos da jurisprudência desta Corte, a caracte-

rização da revelia não importa em presunção absoluta de veracidade dos fatos, a qual pode ser afastada pelo Juiz à luz das provas existentes, cumprindo-lhe indicar as razões da formação do seu convencimento” (STJ, 4ª T., AREsp 1.110.702/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 06.03.2018, DJe 09.03.2018). 3. O julgador está adstrito ao pedido e aos fatos da causa, não se encontrando vinculado rigorosamente à regra jurídica exposta pelas partes, conquanto os demandantes tenham que apresentar o fundamento jurídico de suas manifestações. (TJPR - Rec. Inominado n. 0025991-64.2018.8.16.0021 - 5a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Maria Roseli Guieismann** - Fonte: DJ, 26.05.2020).

### **Taxas condominiais vencidas durante o processo devem integrar o valor da condenação**

Civil e Processual Civil. Apelação. Ação de cobrança de taxas condominiais mensais. Taxas condominiais que vencerem no curso do processo devem integrar a condenação. Aplicação de multa de 2%, previsão na convenção do condomínio e no art. 1.336, § 1º, do Código Civil termo inicial da correção monetária, dos juros de mora e da multa na data de vencimento de cada parcela. Recurso provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0003711-57.2018.8.16.0035 - 8a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Mário Helton Jorge** - Fonte: DJ, 22.07.2020).

### **Proprietário deve ser indenizado por atraso na inauguração de condomínio comercial**

Recurso Inominado. Ação de indenização por danos morais e materiais. Preliminares afastadas. Adiamento da inauguração de condomínio comercial. Provas aptas a demonstrar que o ponto comercial não estava aberto ao público até a deliberação dos condôminos em assembleia. Atitude que prejudicou o autor em contrato de locação firmado com terceiro. Prejuízo ao condômino causado pelo condomínio. Lucros cessantes. Restituição do valor que iria conquistar com a locação. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0074782-85.2018.8.16.0014 - 1a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Melissa de Azevedo Olivas** - Fonte: DJ, 20.07.2020).

### **Condômina obtém o direito de estacionar quantos veículos couberem em sua vaga de garagem**

Recurso inominado. Ação declaratória c/c restituição de valores. Uso de vaga de garagem. Autora que possui duas motocicletas e foi impedida de estacioná-las em sua garagem. Metragem que comporta a guarda de mais de um veículo. Exercício regular do direito de propriedade. Possibilidade de utilização do espaço privativo da for-

ma que melhor aprouver a autora, desde que observada a respectiva delimitação da vaga. Valores cobrados indevidamente, decorrentes da proibição do uso da garagem de propriedade da reclamante. Devida a restituição dos valores. Prescrição trienal parcial reconhecida de ofício. Aplicação do artigo 206, § 3º, v, do Código Civil. Dever de ressarcimento dos valores não abrangidos pela prescrição. Teses e documentos em sede de recurso que não foram apresentados pela parte ré na instância originária. Impossibilidade. Inovação recursal. Sentença parcialmente reformada. Recurso. Parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0026919-17.2018.8.16.0182 - 1a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Nestario da Silva Queiroz** - Fonte: DJ, 10.12.2019).

### **Notificação extrajudicial recebida no endereço do lote em conjunto habitacional da Cohab objeto do contrato é suficiente para a constituição do proprietário em mora**

Apelação Cível - Ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse - Termo de concessão onerosa de direito real de uso - Lote em conjunto habitacional da COHAB - Processo extinto sem resolução de mérito nos termos do art. 485, IV, do Código de Processo Civil - Insurgência da

autora - Alegação de validade da notificação extrajudicial encaminhada ao endereço do contrato - Constatação - Relação jurídica regida pelo art. 7º do Decreto-lei n. 271/1967 - Imóvel já loteado - Inaplicabilidade dos decretos-lei n. 58/1937 e 745/1969 - Concessão de direito real de uso onerosa vinculada ao SFH - Pretensão fundada em cláusula resolutiva expressa - Desnecessidade de registro do contrato na matrícula imobiliária - Interpelação extrajudicial por carta com aviso de recebimento encaminhada pelos correios - Recebimento da notificação no endereço do imóvel objeto do contrato - Validade da constituição em mora - Anulação da sentença - Retorno dos autos à origem para prosseguimento - Pedido de inversão do ônus sucumbencial prejudicado. 1. Tratando-se de contrato de concessão de direito real de uso relativo a lote de propriedade da COHAB e vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação, não se aplica o disposto no Decreto-lei n. 745/1969, não havendo necessidade de interpelação judicial ou extrajudicial por meio de Cartório de Títulos e Documentos ou Cartório de Registro Imobiliário para a constituição do devedor em mora. 2. Para a constituição do devedor em mora, é válida a notificação extrajudicial recebida no endereço do imóvel objeto do contrato, sobretudo quando a concessão

onerosa de direito real de uso era realizada para o fim específico de habitação e com recursos provenientes do SFH. Recurso conhecido e provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0082664-

35.2017.8.16.0014 - 17a. Câm. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Rosana Amara Girardi Fachin** - Fonte: DJ, 23.04.2020).

### **Mulher grávida que sofre aborto e ao ser internada contrai infecção que ocasiona retirada de útero tem direito a indenização**

Apelação cível. Ação de indenização. Autora grávida que sofre aborto e ao ser internada para a curetagem contrai infecção hospitalar e tem a retirada de útero, ovário e trompas. Sentença de improcedência. Inconformismo. Procedência. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva do hospital. Entendimento recente do superior tribunal de justiça. Responsabilidade solidária do município. Nexo de causalidade evidenciado. Danos morais devidos. Ausência de comprovação de danos estéticos. Condenação dos requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Sentença de improcedência reformada. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0009543-

82.2009.8.16.0004 - 3a. Câm. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Sérgio Roberto Nóbrega Rolanski** - Fonte: DJ, 29.10.2018).

## CRIMINAL

### **Corte de vegetal ameaçado de extinção é risco grave ao meio ambiente e embasa condenação do autor**

Apelação criminal. Artigo 46, parágrafo único, da Lei 9.605/1998. Crime contra o meio ambiente. Autoria e materialidade comprovadas. Conduta típica. Transportar ou guardar produto de origem vegetal, sem licença válida para o armazenamento, outorgada pela autoridade competente. Bem jurídico violado. Provas suficientes para embasar decreto condenatório. Depoimentos testemunhais suficientes e esclarecedores dos fatos. Policiais militares. Especial relevância probatória. Inexistência de argumento que retire sua credibilidade. Precedente. Corroborado com os demais elementos dos autos. Termo de apreensão. Fotografias. Tese de insignificância. Impossibilidade. Conduta penalmente relevante. Corte de vegetal em extinção. Risco grave ao meio ambiente. Condenação mantida por seus próprios fundamentos. Recurso conhecido e desprovido. 1. Precedente: (...) Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e au-

toria delitivas. (- HC: podendo ser utilizado como meio probatório válido para fundamentar a condenação STJ 143681SP - 5T - Rel: Min. Arnaldo Esteves Lima - Julg: 15.06.2010).

(TJPR - Ap. Criminal n. 0016101-44.2013.8.16.0129 - 4a. T. Rec. Especial - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Aldemar Sternadt** - Fonte: DJ, 09.05.2018).

### **Tipicidade do crime de ameaça não é afastada pela reconciliação do casal**

Apelação Criminal - Lesão corporal, ameaça e embriaguez na condução de veículo - Violência doméstica - Pleito de absolvição do crime de lesão corporal por ter agido em legítima defesa - Impossibilidade - Além do evidente animus laedendi, não restou comprovado nos autos a moderação no meio utilizado pelo réu, impossibilitando o reconhecimento da suposta excludente de ilicitude - Laudo pericial que atesta as lesões sofridas - Requerida a absolvição do crime de ameaça e de embriaguez na condução do veículo diante da fragilidade probatória - Não verificação - Crimes devidamente comprovados nos autos - Reconciliação do casal que não influi na tipicidade do



crime ameaça - Teste de estilometria que atestou embriaguez - Palavra fls. 2 dos policiais que relataram nítidos sinais de embriedade conduzindo o réu ao teste do bafômetro - Crime comprovado - Manutenção da sentença - Recurso desprovido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0001034-44.2017.8.16.0082 - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antonio Loyola Vieira** - Fonte: DJ, 10.02.2020).

### **Motorista não habilitada que caiu com veículo em valeta, provocando perigo de dano, é condenada com pena alternativa**

Apelação Criminal. Direção não habilitada gerando perigo de dano. Art. 309 do CTB. Sentença condenatória. Pedido de absolvição. Insuficiência de provas. Inocorrência. Inaplicabilidade do in dubio pro reo. Conjunto probatório suficiente. Nulidade tópica reconhecida de ofício. Ausência de fundamentação da pena restritiva de liberdade originalmente imposta. Art. 93, IX da CF. Ausência de circunstâncias desabonadoras em face do réu. Aplicação da pena alternativa de multa prevista no tipo. Recurso não provido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0003145-17.2016.8.16.0088 - 4a. T. Rec. dos Juizados Especiais - Ac. unânime - Rel.: Desa.

**Camila Henning Salmoria** - Fonte: DJ, 19.02.2019).

### **Pedido de remição de pena em decorrência do trabalho não pode ser obstado pelo regime semiaberto harmonizado**

Recurso de Agravo em Execução - Pedido de remição de pena por exercer atividade laboral monitorada em local conveniado ao Depen - Acolhimento - Sentenciado cumprindo pena em regime semiaberto harmonizado mediante monitoração eletrônica - Apenado que não pode ser prejudicado pela ineficiência do estado em dar adequadas condições de cumprimento da reprimenda em meio semiaberto - Precedentes - Agravo provido.

(TJPR - Recurso em Ag. em Execução n. 0018262-20.2019.8.16.0031 - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carvílio da Silveira Filho** - Fonte: DJ, 04.02.2020).

### **Acusada que tomou ciência na secretaria da data e hora da audiência, e que posteriormente não é encontrada para citação, não obtém a nulidade dos atos posteriores à tentativa de notificação**

Revisão Criminal. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Pedido de anulação do processo a partir da citação por edital. Impossibilidade. Acusada notificada pessoalmente com indicação de endereço e telefone. Comparecimento da acriminada

em secretaria para ter ciência do dia designado para a audiência de instrução. Posterior inviabilidade de citação pessoal. Ré não encontrada. Higidez do ato por edital. Revelia decretada em audiência. Irregularidade não arguida pela defesa em nenhum momento processual. Prejuízo não demonstrado. Demanda revisional improcedente.

1. A revisão criminal, prevista no artigo 621 do Código de Processo Penal, consiste em ação autônoma de impugnação que poderá ser ajuizada pelo réu em face de sentença condenatória, ou absolutória imprópria, bem como de acórdão condenatório ou absolutório impróprio. 2. “O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief)” (STJ, RHC 64.209/PE).3. Não tendo sido a acusada localizada endereço por ela fornecido, após a sua notificação e o seu comparecimento pessoal à secretaria firmando ciência a respeito da audiência de instrução, à qual não compareceu, circunstância que induziu à revelia, não pode ela, agora, beneficiar-se com a alegação de anulabilidade do feito, “pois, nos termos do art. 565 do CPP, nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para

que tenha concorrido” (STJ, AgRg no REsp 1775665/SP).

(TJPR - Rev. Criminal n. 0022889-29.2020.8.16.0000 - 4a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Celso Jair Mainardi** - Fonte: DJ, 27.07.2020).

### **Múltiplas violações do perímetro fixado no regime semiaberto autorizam a regressão para o regime fechado**

*Habeas corpus* crime - Execução penal - Decisão que determinou a regressão do regime prisional para o fechado - Alegado constrangimento ilegal pela não instauração de procedimento administrativo disciplinar - Inocorrência - Assegurado o contraditório e a ampla defesa do apenado em audiência de justificação - Pedido subsidiário de acolhimento da justificativa apresentada ou aplicação de sanção menos gravosa - Impossibilidade - Descumprimento das condições impostas ao cumprimento da pena no regime semiaberto harmonizado - Múltiplas violações do perímetro fixado - Regressão de regime corretamente aplicada - Exegese do artigo 146-C da Lei de Execuções Penais - Constrangimento ilegal não verificado - Decisão mantida - Ordem denegada.

(TJPR - *Habeas Corpus* n. 0007860-70.2019.8.16.0000 - 1a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Clayton Camargo** - Fonte: DJ, 14.02.2020).



## **Dono de blog que publicou ofensas contra detentor de cargo público é condenado pelo crime de injúria**

Apelação criminal. Injúria (art. 140, CP). Ofensas referentes ao cargo ocupado pelo querelante na Assembleia Legislativa do Paraná. Publicação das ofensas no blog pessoal do réu. “Blog do Johnny”. Querelante que não fez ata notarial da postagem do blog, mas apenas tirou “printscreen” da tela do computador com as publicações contendo as ofensas, sendo que posteriormente as publicações teriam sido apagadas. Alegação recursal de que as postagens jamais existiram, e que por não haver registro notarial, as provas juntadas não devem ser consideradas válidas. Consta da publicação que o réu teria chamado o querelante de “excinta larga”, “pigmeu arrogante” e “fofoqueiro de plantão que sequer expressa a sua verdadeira opinião por medo de confrontar o chefe e perder a ‘tetinha’ que suou para conseguir ‘mamar’”. Existência da publicação que foi confirmada em juízo pelo depoimento de duas testemunhas que confirmaram a leitura do conteúdo das postagens, bem como de que o teor do texto era direcionado ao querelante. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Intenção de ofender e menosprezar. Palavra da

vítima corroborada pelo conjunto probatório. Irrelevância da prova documental ter sido firmada por meio de ata notarial. Além disso, a prova testemunhal é suficiente para o decreto condenatório. Sentença condenatória mantida por seus próprios fundamentos. Aplicação do art. 82, § 5º da lei 9.099/95. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Ap. Criminal n. 0025470-96.2016.8.16.0019 - 4a. T. Rec. dos Juizados Especializados - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Marcelo de Resende Castanho** - Fonte: DJ, 18.06.2018).

## **Agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea devem ser compensadas**

Apelação Criminal - Dano qualificado - Autoria e materialidade não contestadas - Redução da pena basilar - Pedido prejudicado - Atenuante da confissão espontânea - Compensação com a agravante da reincidência - Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos - Inadmissibilidade - Ré reincidente - Isenção do pagamento das custas - Competência do juízo da execução. - Falta interesse recursal ao réu quanto ao pedido de aplicação da pena-base no mínimo legal e, uma vez que assim restou estabelecido na sentença. - Diante do concurso entre a atenuante da confissão espontânea e a

agravante da reincidência, devem elas ser compensadas, vez que ambas são de natureza subjetiva, não havendo prevalência de uma sobre outra. A reincidência da ré obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. - O pedido de isenção do pagamento das custas deve ser dirigido ao juízo da execução penal, por ser ele o competente para analisar eventual estado de hipossuficiência financeira do agente.

(TJPR - Ap. Criminal n. 1.0166.18.000497-9/001 - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Marcos Flávio Lucas Padula** - Fonte: DJ, 02.09.2020).

### **Homem que agrediu sogro ocasionando sua morte é denunciado por lesão corporal seguida de morte**

Conflito de competência crime. Inquérito policial instaurado para investigar delito de lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, CP). Indiciado que teria empurrado o sogro, que veio a cair e a falecer após aproximadamente vinte e cinco (25) dias. Ofendido que contava com oitenta e cinco (85) anos de idade. Conduta que não se subsume, em tese, ao tipo penal previsto no art. 99, § 2º, do estatuto do idoso. Fato retratado que não emergiu da prática de maus tratos contra o ofendido. Conflito julgado procedente para declarar competente o juízo suscitado.

(TJPR - Confl. de Jurisdição n. 0019613-63.2011.8.16.0013 - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Miguel Kfourri Neto** - Fonte: DJ, 05.10.2018).

### **Comarca de residência do apenado possui competência para execução**

Penal e Processo Penal. Execução penal. Reeducando cumprindo pena em regime semiaberto harmonizado. Decisão que fixou a competência da vara de execução em meio fechado e semiaberto de Rolândia, onde o apenado tem domicílio. Insurgência do Ministério Público. 1. Aventada competência da Vara de Execução da área de jurisdição - Vara de Execução Penal de Londrina. Não acolhimento. Harmonização de regime cujas regras muito se aproximam das aplicadas ao aberto. Incidência analógica do art. 27, inc. I, resolução OE n. 93/2013. Matéria pacificada em sede de Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 1.447.147-7/01. Inteligência da Súmula n. 77/2016: “A competência para a execução, nos casos de regime semiaberto harmonizado é do juízo da comarca da residência do apenado”. 2. Honorários advocatícios. Fixação pela atuação da defensora dativa. Apresentação de contrarrazões recursais. Remuneração estabelecida conforme tabela prevista na resolução conjunta n. 15/2019-PGE/

SEFA. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Recurso de Ag. em Execução n. 0002890-68.2019.8.16.0148 - 4a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Sônia Regina de Castro** - Fonte: DJ, 27.07.2020).

### **Em flagrante de crime premeditado é desnecessário o mandado de busca e apreensão**

*Habeas Corpus*. Art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, e art. 12, *caput*, da Lei 10.826/03. Prisão preventiva. 1) prova ilícita. Ingresso na residência. Alegada ausência de autorização judicial ou justa causa. Tese afastada. Circunstâncias fáticas justificadoras da ação policial. Crime permanente. Impossibilidade, ademais, de ampla incursão na seara probatória. “(...) A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados” (RE 603616, relator(a): Min. Gilmar Mendes, tribunal pleno, julgado em 05/11/2015, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito dje-093 divulg 09-05-2016 public 10-05-2016). “(...) Dispensável o mandado de busca e apreensão

quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas” (AGRG no HC 470.291/SC, rel. Ministro Jorge Mussi, quinta turma, julgado em 18/10/2018, DJE 25/10/2018). 2) decreto prisional. Fumus commissi delicti e periculum libertatis evidenciados. Gravidade concreta dos fatos. Quantidade e potencial deletério da droga. Apreensão de 925 ‘buchas’ de ‘cocaína’, R\$ 8310,00, munição e arma de fogo. Condições pessoais favoráveis tornadas irrelevantes ante a presença dos requisitos do art. 312 do código de processo penal. Violação do princípio da proporcionalidade. Tese afastada. “firme a jurisprudência desta corte superior, segundo a qual as circunstâncias fáticas do crime, como a grande quantidade apreendida, a variedade, a natureza nociva dos entorpecentes, a forma de acondicionamento, entre outros aspectos podem servir de fundamentos para o decreto prisional quando evidenciarem a periculosidade do agente e o efetivo risco à ordem pública, caso permaneça em liberdade.” (AGRG no HC 585.034/SP, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 23/06/2020, DJE 30/06/2020) ordem denegada.

(TJPR - *Habeas Corpus* n. 0040369-20.2020.8.16.0000 - 4a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Sônia Regina de Castro** - Fonte: DJ, 27.07.2020).

## PROCESSO CIVIL

### **Admitida a penhora de provento de aposentadoria para o pagamento de indenização por acidente de trânsito**

Agravo de instrumento. Ação de indenização por acidente de trânsito. Cumprimento de sentença. Penhora de provento de aposentadoria. Possibilidade. Crédito decorrente de pensionamento por morte. Verba de caráter alimentar. Exceção à regra de impenhorabilidade. Exegese do artigo 833, inciso IV e § 2º, do Código de Processo Civil. Inclusão dos honorários advocatícios no percentual da constrição. Não cabimento. Executado beneficiário da assistência judiciária gratuita. Exigibilidade suspensa. Pendência de julgamento da ação penal. Irrelevância. Independência das responsabilidades civil e criminal. Recurso parcialmente provido. (TJPR - Ag. de Instrumento n. 0044917-25.2019.8.16.0000 - 10a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Albino Jacomel Guérios** - Fonte: DJ, 10.02.2020).

### **Motorista de caminhão que matou criança após manobra é responsabilizado civilmente pelos danos causados**

Apelação cível - Ação de reparação de danos morais e materiais - Acidente de transi-

to - Responsabilidade subjetiva - Motorista de caminhão que dá ré em diagonal - Crianças paradas na lateral - Atropelamento de uma delas - Morte - Violação do dever de cuidado - Conduta culposa - Prova testemunhal unânime - Demonstração que a manobra foi inesperada - Crianças sob a vigilância de vizinha - Culpa exclusiva do motorista - Danos morais - Trauma da mãe que transcende o mero dissabor - Extensão dos danos e *quantum* indenizatório - Valores fixados - Proporcionalidade em relação à gravidade do evento - precedentes - casos semelhantes em que foram arbitrados valores superiores - Sucumbência - Valores estimatórios da petição inicial - Honorários dispostos pelo art. 85 do CPC - Recurso conhecido e não provido. (TJPR - Ap. Cível n. 0002734-08.2012.8.16.0025 - 8a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Alexandre Barbosa Fabiani** - Fonte: DJ, 03.09.2018).

### **Locatário consegue por meio do Judiciário o encerramento da obrigação de pagar aluguéis devido à resistência do locador em receber as chaves do imóvel**

Apelações cíveis. Ação de depósito de chaves. Locação. Notificação extrajudicial do locador com apela-

ção 1. Indicação da data para retomar a posse do imóvel que não afasta a comprovada resistência ao recebimento das chaves, tampouco sustenta a preliminar de falta de interesse de agir. Imposição de condições para a entrega das chaves e rescisão do contrato. Resistência devidamente comprovada. Recurso de apelação desprovido. Majoração de honorários. Verba arbitrada na apelação 2. Origem inadequada. Fixação que deve observar os pressupostos elencados no artigo 85, § 2º do CPC. Impositiva a majoração para 10% sobre o valor atualizado da causa. Recurso de apelação conhecido e provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0036999-09.2016.8.16.0021 - 12a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Alexandre Gomes Gonçalves** - Fonte: DJ, 10.09.2018).

### **Cláusula de eleição de foro é inaplicável nas relações consumeristas**

Apelação cível. Ação de rescisão contratual. Sentença de procedência. Insurgência. Preliminar: incompetência do juízo. Acolhida. Inaplicabilidade da cláusula de eleição de foro. Relação consumerista. Competência absoluta do foro do domicílio do consumidor. Sentença cassada. Recurso conhecido e provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0002599-11.2018.8.16.0049 - 7a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ana Lúcia Lourenço** - Fonte: DJ, 11.02.2020).

### **Estabelecimento comercial pode ser alvo de penhora**

Agravo de instrumento. Ação de busca e apreensão convertida em execução de título. Penhora estabelecimento comercial. Possibilidade. Medida excepcional quando inexistentes outros bens passíveis de constrição judicial e desde que não seja utilizado para a residência da família. Precedentes. Tese 287 e súmula 451 do STJ. Recurso conhecido negado provimento.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0001848-40.2019.8.16.0000 - 4a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes** - Fonte: DJ, 10.12.2019).

### **Proprietário de imóvel danificado por construção em prédio vizinho tem direito a reparação civil pelos danos patrimoniais suportados**

Apelação cível - Ação indenizatória - Construção em terreno vizinho ao do autor, sem a observância de normas técnicas, que teria causado danos em seu imóvel - Sentença de parcial procedência - Direito de vizinhança - Responsabilidade objetiva - Vícios incontroversos - Laudo pericial que evidencia à satisfação que as avarias no imóvel do demandante são decorrentes da edificação no terreno do réu - Ausência de prova das alegadas irregularidades construtivas do próprio imóvel avariado - Inteligência do artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil/2015 (equiva-

lente ao art. 333, II, do CPC/73) - Ônus do qual o requerido não se desincumbiu - Dever de indenizar por danos materiais caracterizado - Condenação mantida - Índice da correção monetária - Sentença omissa nesse particular - Matéria de ordem pública - Fixação de ofício - Observância à média entre o INPC e o IGP-DI - Recurso não provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0016582-98.2015.8.16.0173 - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Domingos José Perfetto** - Fonte: DJ, 17.09.2018).

### **Pedido de gratuidade de justiça somente pode ser negado depois de requerimento do magistrado para comprovação da alegada hipossuficiência**

Agravo de Instrumento. Decisão que concedeu, provisoriamente, os benefícios da gratuidade da justiça à requerente, condicionando futura revogação no caso de a parte obter, neste ou em outro processo, créditos capazes de suportar as despesas processuais. Impossibilidade. Necessidade de comprovação de que parte possui condições de arcar com as custas processuais. Art. 5º, LXXIV, da Constituição da República e art. 98, § 5º, do Código de Processo Civil. Decisão reformada. Recurso conhecido e provido. 1. Não se pode admitir decisão judicial por hipótese futura e incerta, sem contornos

definidos quanto aos fatos. Sendo certo que eventual revisão de concessão de benefícios da Justiça Gratuita somente poderá ocorrer após indicação precisa e delimitada da alteração da situação econômica da parte e observados o devido processo legal e contraditório. 2. “O pedido de gratuidade de justiça somente poderá ser negado se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão do benefício. Antes do indeferimento, o juiz deve determinar que a parte comprove a alegada hipossuficiência (art. 99, § 2º, do CPC/2015)” (STJ, REsp n. 1787491/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 12.04.2019).

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0030954-

13.2020.8.16.0000 - 15a. Câ. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Fábio**

**André Santos Muniz** - Fonte: DJ, 27.07.2020).

### **Defesa judicial dos interesses do condomínio deve ser realizada exclusivamente por meio de representação do síndico**

Apelação cível. Prestação serviços. Produção antecipada de provas. Condomínio edilício. Ajuizamento por um dos condôminos. Impossibilidade. Ilegitimidade ativa. Configuração. Recurso conhecido e não provido. 1. Somente o condomínio, representado pelo seu síndico, é que possui legitimidade para figura no polo ativa de demanda que visando a defesa dos



interesses gerais dos condôminos. 2. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0028134-23.2017.8.16.0001 - 11a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Fábio Haick Dalla Vecchia** - Fonte: DJ, 16.12.2019).

### **Finda a entidade familiar, a ação de arbitramento de aluguéis do bem utilizado exclusivamente por ex-cônjuge é de competência do juízo cível**

Recurso Inominado. Ação de arbitramento e cobrança de aluguéis. Imóvel em condomínio. Uso exclusivo de bem comum por um dos condôminos. Competência do Juízo Cível. Entidade familiar que não mais subsiste. Sentença anulada. Necessidade de retorno dos autos à origem para prosseguimento regular do feito. Recurso conhecido e provido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0081739-68.2019.8.16.0014 - 3a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fernanda Karam de Chueiri Sanches** - Fonte: DJ, 28.07.2020).

### **Extinção da execução por ausência de bens não afasta o pagamento de honorários sucumbenciais**

Apelação. Direito civil e processual civil. Execução de título extrajudicial. Prescrição intercorrente caracterizada. Incidente de assunção de competência no REsp n. 1.604.412/SC. Princípio da causa-

lidade. Honorários. Sucumbência que deve ser suportada pela parte executada. 1. “O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de 1 (um) ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980). O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973”. (REsp n. 1604412/SC, Min. Marco Aurélio Bellizze, segunda seção, julgado em 27/06/2018). 2. A extinção da execução, suspensa por ausência de bens, determinada em razão da prescrição intercorrente, não afasta a condenação da parte executada ao pagamento das verbas de sucumbência, isso porque foi quem deu causa ao ajuizamento da demanda, pelo seu inadimplemento, assim como à respectiva paralisação, por ausência de bens passíveis de constrição. Desse modo, quem deu causa à demanda deve arcar com as despesas dela decorrentes. Recurso parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0000140-56.1996.8.16.0130 - 15a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Hayton Lee Swain Filho** - Fonte: DJ, 27.07.2020).

### **Penhora em dinheiro tem preferência em relação à de bem imóvel, nos termos do art. 835 do CPC**

Agravo de instrumento. Execução de cédula rural pignoratícia e notas de crédito rural. Penhora no rosto dos autos de eventuais sobras do produto de arrematação realizada na justiça do trabalho. Nulidade da decisão por falta de fundamentação. Inocorrência. Caráter sucinto da decisão que não se confunde com nulidade. Excesso de execução. Inexistência. Não preenchimento dos requisitos do art. 917, § 2º do CPC/2015. Penhora em dinheiro preferencial à de bem imóvel, nos termos do art. 835 do CPC. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0038595-86.2019.8.16.0000 - 15a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hamilton Mussi Corrêa** - Fonte: DJ, 11.03.2020).

### **Inadmissibilidade de continuidade das execuções individuais após a homologação do plano de recuperação judicial**

Processual civil. Execução de título extrajudicial. Contrato de locação. Recuperação judicial da executada. Suspensão da execução ainda que transcorrido prazo de cento e oitenta dias. Agravo de instrumento. Decisão agravada que indeferiu o prosseguimento da execução extrajudicial. Manutenção.

Retomada das execuções individuais, após a aprovação do plano de recuperação judicial que se mostra incompatível. Precedente do E. STJ. Inadmissível a continuidade das execuções individuais após a homologação do plano de recuperação judicial, pois tal significaria esvaziar o propósito do instituto, em clara ofensa ao princípio da continuidade da sociedade empresarial. Agravo interno cível - recurso interposto contra decisão que deferiu antecipação de tutela recursal para prosseguimento da execução. Substituição da decisão liminar pelo acórdão. Recurso que perde objeto com o julgamento do mérito do agravo. Recurso de agravo de instrumento - conhecido e desprovido. Recurso de agravo interno - prejudicado.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0037534-64.2017.8.16.0000 - 12a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Ivanise Maria Tratz Martins** - Fonte: DJ, 27.09.2018).

### **Falta de uso de capacete por motociclista em acidente de trânsito não afasta a culpa do motorista causador da colisão**

Apelações cíveis - Ação de indenização por acidente de trânsito - Colisão traseira - Morte do motociclista - Não comprovação de que a vítima teria realizado manobra imprudente - Não utilização de capacete - Culpa concorrente não constatada - Causa da morte que impede a dedução de que a utilização do acessório impediria o resul-



tado - Culpa exclusiva do réu - Juros de mora - Danos materiais da data do desembolso - Danos morais, da data do evento danoso; termo final da pensão dos filhos - 25 anos - direito de crescer reconhecido - ônus sucumbencial redistribuído primeiro recurso parcialmente provido segundo recurso desprovido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0000160-29.2012.8.16.0084 - 9a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**José Augusto Gomes Aniceto** - Fonte: DJ, 26.09.2018).

### **Extinção do processo por abandono da causa depende da intimação pessoal da parte e do advogado com a advertência da possibilidade de extinção**

Processual Civil. Apelação cível. Execução de título extrajudicial. Extinção do processo por abandono da causa. 1. Intimação encaminhada para endereço diverso do que consta nos autos. Abandono não caracterizado. 2. Necessidade de intimação do advogado para dar prosseguimento ao feito, sob pena de extinção. Sentença reformada. 1. A referida intimação não pode ser considerada válida, visto que fora encaminhada para endereço diverso do constante na petição inicial. Portanto, não é possível a presunção de validade de intimação, como disposto no art. 274, parágrafo único, do CPC. 2. A extinção do processo por abandono da causa requer além da intimação pessoal da parte, a intimação de seu advogado com a

advertência da possibilidade de extinção. Apelação Cível provida.

(TJPR - Ap. Cível n. 0002855-80.2018.8.16.0104 - 15a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

**Jucimar Novochadlo** - Fonte: DJ, 27.07.2020).

### **Vara de registros públicos possui competência para processar e julgar ação de cancelamento de pacto comissório recusado pelo oficial do cartório imobiliário**

Agravo de instrumento. Ação com pedido de cancelamento de pacto comissório. Art. 250 da Lei 6.015/73. Decisão proferida no juízo da Vara de Registros Públicos e Corregedoria do Foro Extrajudicial de Curitiba que declinou da competência para o juízo cível. Competência absoluta da vara de registros públicos. Pedido de julgamento imediato pelo tribunal. Impossibilidade. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. É competência do Juízo da Vara de Registros Públicos processar e julgar ação com pedido de cancelamento do pacto comissório que foi recusado pelo Oficial do Cartório Imobiliário, por conta do falecimento do promitente vendedor do imóvel. O procedimento é de natureza administrativa e equivale ao de dúvida formulado pelo Oficial na forma do art. 198 da LRP. (TJPR - Ag. de Instrumento n. 0047649-76.2019.8.16.0000 - 17a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lauri Caetano da Silva** - Fonte: DJ, 27.04.2020).

### **Não é imputado ao magistrado o julgamento simultâneo, em sentença única, da medida cautelar com a ação principal, pois são procedimentos autônomos**

Apelação cível. Interdição de unidade hospitalar. Descumprimento de exigências fixadas em tac firmado em 2014. Ação cautelar inominada (preparatória). Posterior ajuizamento de ação principal. Julgamento simultâneo. Ausência de obrigatoriedade. Juízo de conveniência no caso concreto. Impossibilidade de reabertura do nosocômio. Sentença mantida. Incidência de honorários advocatícios recursais. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Ap. Cív. n. 0006372-74.2015.8.16.0112 - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Mateus de Lima** - Fonte: DJ, 26.02.2020).

### **Presumem-se autênticas as assinaturas lançadas em documentos juntados aos autos e não impugnadas pela parte interessada**

Direito civil e processual civil. Apelação cível. Ação de cobrança - Sentença de parcial procedência - Insurgência - Alegação de ausência de assinatura nas notas - Assinaturas apostas nas notas de serviço - Suficiência. Identificação de apenas uma (01) nota desacompanhada de nota de serviço e assinatura - Afastamento - Reforma parcial da sentença. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cív. n. 0000699-50.2019.8.16.0148 - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Muggiati** - Fonte: DJ, 16.03.2020).

### **Cumprimento de sentença é fase do processo e dispensa o recolhimento de custas iniciais**

Agravo de Instrumento. Ação ordinária de cobrança. Cumprimento de sentença. Decisão que determinou o recolhimento de custas iniciais. Impossibilidade. Inexistência de novo processo. Inteligência da Súmula n. 59, desta corte. Instrução Normativa de n. 03/2020. Decisão agravada reformada. “Com a implementação da sistemática do processo civil sincrético também para as condenações em obrigação de pagar (Lei 11.232/2005) a tutela jurisdicional considera-se perfectibilizada somente com a entrega do valor a quem de direito, e não somente com o reconhecimento do direito pela sentença, como era no passado. (...) O cumprimento de sentença passou a ser fase do processo e não processo autônomo, não mais justificando a exigência de custas iniciais, mesmo após o não cumprimento voluntário pelo devedor” (TJPR, 6ª C. Cív. AI 544.409-1, Rel. Des. Prestes Mattar, DJe 11/05/2009). (TJPR - Seção Cível - IUJ - 1140195-9/02 - Curitiba - Rel.: Prestes Mattar - Unânime - J. 18.07.2014). Recurso conhecido e provido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0022788-89.2020.8.16.0000 - 15a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Shiroshi Yendo** - Fonte: DJ, 27.07.2020).

## TRIBUTÁRIO

### Isenção de IPVA do proprietário anterior não é extensível ao atual

Recurso Inominado. Ação de indenização por danos morais e materiais. Compra e venda de veículo. Proprietário registral anterior detentor de isenção de IPVA. Término da isenção que ocorre com a transferência da propriedade. Bem móvel que se transfere mediante tradição e independe do registro. Responsabilidade do réu pelo fato gerador do tributo. Obrigação de ressarcimento do imposto pago pelo autor. Inocorrência de dano moral. Veículo adquirido após sucessivas transferências. Ausência de nexos causal quanto ao dano moral alegado. Sentença reformada. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0000615-92.2019.8.16.0069 - 3a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Adriana de Lourdes Simette** - Fonte: DJ, 22.07.2020).

### Isenção tributária da Itaipu Binacional não atinge os prestadores de serviço

Tributário. Agravo de instrumento. Ação cautelar em caráter antecedente para sustação de protesto. Decisão recorrida que indeferiu pedido de antecipação de

tutela. Isenção tributária alegada em virtude de contrato celebrado com a Itaipu Binacional. Tratado da Itaipu binacional. Isenção tributária que não atinge os prestadores de serviço. Precedentes desta corte e do superior tribunal de justiça. Inteligência do artigo 123 do Código Tributário Nacional. Carência de maior instrução processual. Probabilidade do direito não demonstrada. 1. A isenção tributária prevista no Tratado de Itaipu Binacional diz respeito à própria Itaipu, não atingindo empresas que com ela se relacionem, ou para ela prestem serviços. 2. Dito isto, é preciso que se destaque que todas as regras Municipais que traziam previsão sobre qualquer isenção a ser concedida em sede de impostos de âmbito local foram revogadas, de modo que se tornou possível a exigência de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) em face de prestador de serviço. 3. Não está presente o requisito da relevante fundamentação hábil a deferir a tutela de urgência requerida. 4. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Ag. de Instrumento n. 0059379-84.2019.8.16.0000 - 2a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juíza Subst. em 2º Grau **Ângela Maria Machado Costa** - conv. - Fonte: DJ, 26.08.2020).

### **Ex-proprietário do veículo que deixar de comunicar a venda ao Detran/PR no prazo de 30 dias possui responsabilidade solidária do pagamento do IPVA**

Recurso inominado. Direito tributário. Alienação de veículo motor. IPVA. Responsabilidade solidária. Comprovada tradição do bem após vigência da Lei Estadual n. 18.277/2014 (04/11/2014), que acrescentou a figura da responsabilidade solidária do pagamento do IPVA ao ex-proprietário do veículo que deixar de comunicar a venda ao Detran/PR no prazo de 30 dias a partir do evento. Art. 6º, i, “g”, da Lei Estadual 14.260/2003. Ausência de comunicação ao Detran/PR. Subsunção do fato à norma. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0081541-02.2017.8.16.0014 - 4a. T. Rec. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Aldemar Sternadt** - Fonte: DJ, 17.08.2020).

### **Hipóteses de incidência de ITBI distintas afastam alegação de cobrança em duplicidade**

Recurso inominado. Tributário. ITBI. Município de Curitiba. Cobrança em duplicidade. Inocorrência. Hipóteses de incidência distintas. Incisos I e III do art. 35 do CTN. Tributação amparada no art. 156, II, da Constituição Federal. Precedentes do STF re-

ferentes à inocorrência de fato gerador do ITBI em razão de instrumento particular de compra e venda imobiliária. Inaplicabilidade ao caso em tela. Tributação que se refere à transmissão do bem, quando do registro imobiliário, e à cessão de direitos de compra e venda imobiliária. Negócios jurídicos distintos. Fatos geradores distintos. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido.

(TJPR - Rec. Inominado n. 0003908-22.2019.8.16.0182 - 4a. T. - Ac. unânime - Rel.: Juíza **Bruna Greggio** - conv. - Fonte: DJ, 06.05.2020).

### **Herdeiros que não efetuaram o pagamento de ITCMD são multados em 20% sobre o valor do imposto**

Agravo de instrumento. Cumprimento sentença. Dever recolhimento ITCMD pelos herdeiros. Conhecimento determinação desde 2013. Decisão em outro agravo de instrumento de que o patrono da parte está obrigado a zelar para que seu cliente cumpra com a decisão judicial. Resistência injustificada às ordens judiciais comprovada. Multa art. 774 CPC corretamente aplicada. Valor condizente. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - Ag. de Instrumento. n. 0016368-05.2019.8.16.0000 - 7a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **D'Artagnan Serpa Sá** - Fonte: DJ, 10.02.2020).

### **Proprietário do imóvel, detentor do domínio útil e possuidor respondem solidariamente pelo pagamento do IPTU**

Tributário. Apelação Cível. Execução fiscal. IPTU e taxas. Imóvel objeto de contrato de compra e venda sem transcrição na matrícula imobiliária. Proprietário do imóvel, detentor do domínio útil e possuidor que respondem solidariamente pelo pagamento do tributo. Inteligência dos arts. 32 e 34 do CTN e arts. 6º e 7º do Código Tributário do Município de Maringá (Lei Complementar n. 677/2007). Eleição do sujeito passivo que compete ao fisco. Posse do imóvel pelo adquirente que antecede ao fato gerador do tributo. Legitimidade passiva ad causam suficientemente caracterizada no caso em concreto. Sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito cassada. Decisão da maioria. Recurso conhecido e provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0005834-48.2018.8.16.0190 - Ac. por maioria - Rel.: Des. **Irajá Pigatto Ribeiro** - Fonte: DJ, 13.07.2020).

### **Declarada a nulidade do lançamento de contribuição de melhoria sem lei prévia e específica que instituiu regularmente o tributo**

I - Apelação cível. Ação de restituição de valores. Contribuição

de melhoria. II - Alegação de competência do juizado especial da fazenda pública. Incongruência. Aplicação do artigo 2º, §1º, da Lei n. 12.153/09. Matéria versada em executivo fiscal. Feito que deve tramitar na justiça comum. III. - Lei específica para cada obra. Necessidade. Princípio da legalidade. Art. 150, I e III da Constituição Federal e art. 82 do CTN. Previsão genérica que não supre a ausência de norma específica. IV. - Manutenção da sentença. VI - Recurso não provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0015214-

24.2017.8.16.0031 - 3a. Câ. Cív. - Ac.

unânime - Rel.: Des. **Jorge de Oliveira**

**Vargas** - Fonte: DJ, 10.03.2020).

### **CDA é nula quando eivada de erro em relação aos requisitos de validade**

Apelação cível. Execução fiscal proposta em 20.01.2010, para a cobrança do débito de IPTU dos exercícios de 2004 a 2007. Executado falecido em 09.03.1976. Reconhecimento de plano da ilegitimidade passiva. Extinção do feito (art. 485, VI, CPC). Impossibilidade de modificação do sujeito passivo da execução fiscal conforme requerido. CDA lançada em nome do de cujus. Inobservância aos requisitos do art. 202 do CTN. Observância, ainda, quanto ao teor da súmula 392 STJ. Violação ao princípio da surpresa e cerceamento de defesa não configurado. Condenação do município

ao pagamento das custas processuais. Possibilidade. Precedentes desta câmara. Inaplicabilidade dos artigos 26 e 39 da lei n. 6.830/1980. Taxa judiciária. Isenção que se impõe nos termos do artigo 3º, alínea “1”, do decreto estadual n. 962/1932. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0005108-44.2010.8.16.0129 - 3a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Sebastião Fagundes Cunha** - Fonte: DJ, 10.03.2020).

### **Profissional que não deu baixa no cadastro municipal deve assumir a responsabilidade pelo pagamento das despesas do processo**

Execução Fiscal. Exceção de pré-executividade. Imposto sobre serviços (ISS-fixo). Dentista. Ausência de fato gerador. Processo extinto. Ônus da sucumbência. Princípio da causalidade. Executado que não deu baixa no cadastro municipal. Obrigação acessória. Art. 113 do CTN. Ônus da sucumbência que deve ser suportado pelo executado. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido. 1. O profissional autônomo cadastrado e que obteve alvará de funcionamento, assumindo a condição de responsável pelo respectivo imposto sobre serviços, tem a obrigação acessória de manter o cadastro atualizado e comunicar qualquer fato impeditivo do exercício da atividade profissional,

de modo a impedir a constituição, o lançamento e a exigibilidade do respectivo crédito tributário. 2. Quando o contribuinte não cumprir a obrigação acessória, deve assumir a responsabilidade pelo pagamento das despesas do processo, na medida em que deu causa ao ajuizamento da execução fiscal.

(TJPR - Ap. Cível n. 0005069-97.2015.8.16.0185 - 1a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lauri Caetano da Silva** - Fonte: DJ, 21.07.2020).

### **É possível a incidência do ISS sobre contratos de cessão de uso de marcas**

Tributário. Apelação cível e remessa necessária. ISS. Contratos de cessão de direito de marca. Sentença reconheceu a inconstitucionalidade do item 3.02, da lista anexa à lei Complementar Federal n. 116/2003 e do item 3.1 do § 5º do art. 55 da lei Complementar Municipal n. 677/2007. Insurgência recursal municipal. I) suspensão da ação. Re 603.136. Impossibilidade. Tema em análise que discute relação jurídica tributária fundada em objeto diverso. II) subsunção da cessão de direito de uso de marca ao critério material do tributo. Conceito de serviço que não se prende à mera obrigação de fazer. Interpretação sistemática do art. 110 do CTN. Ausência de primazia hermenêutica dos conceitos do direito privado. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Dissociação com a locação



de bens móveis. Súmula vinculante n. 31 que não se aplica ao caso. Complexidade das contraprestações contratuais. Controle sobre especificações, natureza e qualidade dos produtos pelo licenciante. Art. 139 da lei n. 9.279/96. Possibilidade de incidência do ISS sobre a cessão de direito de uso de marca. Inconstitucionalidade afastada. Inversão dos ônus sucumbenciais. Reforma da sentença. Reexame necessário prejudicado. Recurso conhecido e provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0004299-89.2015.8.16.0190 - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lidia Maejima** - Fonte: DJ, 11.03.2020).

### **É indevida a cobrança de taxa de localização e funcionamento quando à época do fato gerador a empresa ainda não exercia atividade empresarial**

Apelação Cível. Embargos à execução fiscal. Sentença de procedência. Taxa de localização e funcionamento. Inexistência de efetiva instalação de estabelecimento empresarial. Comprovado que a empresa executada à época do fato gerador do crédito tributário ainda não exercia atividade empresarial. Indevida a cobrança da taxa 81681629 de fiscalização e localização e funcionamento pelo fisco municipal, em virtude da ausência de fato gerador. Recurso conhecido e desprovido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0011483-80.2018.8.16.0129 - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Juiz Subst. em 2º Grau **Mauro Bley Pereira Junior** - Fonte: DJ, 27.07.2020).

### **Sobre o imóvel que realize exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial incide ITR, ainda que se localize em área urbana**

Apelação cível. Tributário. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica-tributária. IPTU (2016 - 2019). Procedência do pedido. Recurso do município. Imóvel localizado em área de expansão urbana. Irrelevância. Inscrição regular como imóvel rural na Secretaria da Receita Federal. Prova testemunhal quanto a destinação agroindustrial do imóvel. Decisão de acordo com o tema 174 do STJ/RESP 1.112.646/SP: “não incide IPTU, mas ITR, sobre imóvel localizado na área urbana do município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art. 15 do DL 57/1966).” Não incidência do IPTU. Sentença confirmada. Majoração dos honorários recursais (art. 85, § 11º, CPC). Recurso não provido.

(TJPR - Ap. Cível n. 0002057-72.2019.8.16.0173 - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Stewart Camargo Filho** - Fonte: DJ, 17.09.2020).

## APOIO INSTITUCIONAL



**AMAPAR**  
ASSOCIAÇÃO DOS  
— MAGISTRADOS —  
— DO PARANÁ —

