

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

ISSN 2316-4212

REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ

Diretor

Joatan Marcos de Carvalho

Editor

Luiz Fernando de Queiroz

12

www.revistajudiciaria.com.br

Revista Judiciária do Paraná – Ano XI – n. 12 – Novembro 2016

Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

EDITOR RESPONSÁVEL

Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabethe Pissaia

REVISÃO

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO

Josiane C. L. Martins

CAPA

Priory

FOTO DA CAPA

Jubal S. Dohms

Edição, Publicação e Distribuição

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

sac@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

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

Semestral

ISSN 2316-4212

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

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

1ª tiragem: 500 exemplares

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

CONSELHO EXECUTIVO

PRESIDENTE Frederico Mendes Junior

DIRETOR Joatan Marcos de Carvalho

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

EDITOR RESPONSÁVEL Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EDITORIAL Albino de Brito Freire

Anita Zippin

Cláudia Lima Marques

Clèmerson Merlin Clève

Edson Ferreira Freitas

Fernando Antônio Prazeres

Francisco de Oliveira Cardoso

Ives Gandra da Silva Martins

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Jorge de Oliveira Vargas

José Laurindo de Souza Netto

José Sebastião Fagundes Cunha

Juarez Cirino dos Santos

Laurentino Gomes

Luiz Edson Fachin

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Manoel Caetano Ferreira Filho

Mário Frota

René Ariel Dotti

Ricardo Hasson Sayeg

Roberto Portugal Bacellar

Teresa Arruda Alvim Wambier

PATROCÍNIO

Companhia Paranaense de Gás – **COMPAGAS**

APOIO INSTITUCIONAL

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

(www.tjpr.jus.br)

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

(www.emap.com.br)

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

(www.ejal.org)

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

(www.redlaj.net)

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE

Frederico Mendes Junior

1º VICE-PRESIDENTE

Nilce Regina Lima

2º VICE-PRESIDENTE

Antonio Acir Hrycyna

3º VICE-PRESIDENTE

Aurênio José Arantes de Moura

4º VICE-PRESIDENTE

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

5º VICE-PRESIDENTE

João Maria de Jesus Campos Araújo

6º VICE-PRESIDENTE

Leonardo Ribas Tavares

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Sigurd Roberto Bengtsson

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

1º TESOUREIRO

Antonio José Carvalho da Silva Filho

DIRETORES EXECUTIVOS

Eduardo Casagrande Sarrão

Diego Santos Teixeira

Roberto Antonio Massaro

César Ghizoni

Fernando Bueno da Graça

Marco Vinicius Schiebel

Marcelo Pimentel Bertasso

Nicola Frascati Junior

Antonio Lopes de Noronha Filho

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA

Leonardo Bechara Stancioli

BOAS PRÁTICAS

Joeci Machado Camargo

APOSENTADOS

João Maria de Jesus Campos Araújo

ASSUNTOS INSTITUCIONAIS

Carlos Henrique Licheski Klein

ASSUNTOS LEGISLATIVOS

Glauco Alessandro de Oliveira

Antônio José Carvalho da Silva Filho

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marcos Antonio da Cunha Araujo

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETORES

Rogério Ribas

Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO

Francisco Carlos Jorge

CULTURAL – DIRETOR

Noeval de Quadros

CULTURAL – MEMBROS

Ivanise Maria Tratz Martins

Flavia da Costa Viana

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

Oswaldo Canela Junior

DIVULGAÇÃO E REVISTA

Joatan Marcos de Carvalho

ESPORTES

Davi Pinto de Almeida

ESPORTES – ATLETISMO

Roger Vinicius Pires de Camargo Oliveira

Shaline Zeida Ohi Yamaguchi

ESPORTES – FUTEBOL

Davi Pinto de Almeida

ESPORTE FEMININO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

INFORMÁTICA

Rui Portugal Bacellar Filho

INTEGRAÇÃO – CURITIBA, RMC E LITORAL

Bruna Cavalcanti de Albuquerque
Zandomeneco

INTEGRAÇÃO – INTERIOR

Marcelo Pimentel Bertasso

JURÍDICO

Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS

Sérgio Luiz Kreuz

MEMÓRIA E ARQUIVO

Chloris Elaine Justen de Oliveira

MÚTUA

Themis Almeida Furquim Cortes

OBRAS – DIRETOR

Fernando Ferreira de Moraes

OBRAS – VICE-DIRETOR

Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA

Suzana Massako Hiram Loreto de Oliveira

PATRIMÔNIO

Marco Vinicius Schiebel

PENSIONISTAS

Marília de Oliveira Viel

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO

Wellington Emanuel Coimbra de Moura

RECURSOS HUMANOS

Erick Antonio Gomes

SERSOCIAL – DIRETOR

Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS

José Luiz Dosciati

Gilberto Ferreira

Raul Luiz Gutmann

André Carias de Araújo

SOCIAL – DIRETORA

Beatriz Fruet de Moraes

SOCIAL – VICE-DIRETORAS

Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa

Andrea Fabiane Groth Busato

TÊNIS – DIRETORES

Wilson José de Freitas Junior

André Carias de Araujo

SEDES

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Rodrigo Luis Giacomini

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

GUARATUBA – DIRETOR

João Maria de Jesus Campos Araújo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR

Ademir Ribeiro Richter

MARINGÁ – DIRETOR

Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

José Camacho Santos

PILARZINHO – DIRETOR

Leomir Binhara de Mello

PILARZINHO – VICE-DIRETOR

Romero Tadeu Machado

PIRAQUARA – DIRETOR

Nelson França Pereira

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR

Davi Pinto de Almeida

PONTA GROSSA – DIRETORA

Noeli Salette Tavares Reback

PONTA GROSSA – VICE-DIRETORA

Heloisa da Silva Krol

CONSELHO FISCAL

PRESIDENTE

Jederson Suzin

MEMBROS

Jeane Carla Furlan

Giovanna Rechia de Sá

Marcel Ferreira dos Santos

Marcos Antônio de Souza Lima

Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch

Ricardo Luiz Gorla

Walter Ligeiri Junior

SUPLENTES

Beatriz Fruet de Moraes

Branca Bernardi

Fabício Voltaré

Juliano Albino Mânica

Marcelo Quentin

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

PRESIDENTE

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

MEMBROS DA COMISSÃO

Carlos Henrique Licheski Klein

Alexandre Gomes Goncalves

Oswaldo Soares Neto

Ariel Nicolai Cesa Dias

EMAP

DIRETOR GERAL

Francisco Cardozo Oliveira

SUPERVISOR PEDAGÓGICO

Clayton de Albuquerque Maranhão

COORD. GERAL DE CURSOS

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

CURITIBA – DIRETOR

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

CURITIBA – VICE-DIRETOR

Eduardo Novacki

CASCAVEL – DIRETOR

Leonardo Ribas Tavares

CASCAVEL – VICE-DIRETORA

Filomar Helena Perosa Carezia

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Marcos Antonio de Souza Lima

LONDRINA – DIRETOR

Rodrigo Afonso Bressan

LONDRINA – VICE-DIRETOR

José Ricardo Alvarez Vianna

MARINGÁ – DIRETOR

Fabio Bergamin Capela

PONTA GROSSA – DIRETOR

Hélio César Engelhardt

PONTA GROSSA – VICE-DIRETOR

Gilberto Romero Periotto

JUDICEMED

PRESIDENTE

Frederico Mendes Junior

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Nicola Frascati Junior

CONSELHO FISCAL – PRESIDENTE

Stewart Camargo Filho

CONSELHO FISCAL – MEMBROS

Rui Antonio Cruz

José Candido Sobrinho

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Michela Vechi Saviato

CONSELHO GESTOR

Antonio Renato Strapasson

Hayton Lee Swain Filho

Shiroshi Yendo

Antonio Loyola Vieira

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

www.amapar.com.br

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

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

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA

www.revistajudiciaria.com.br

APRESENTAÇÃO

A Revista Judiciária do Paraná chega ao seu décimo segundo número, mantendo-se independente, descompromissada e sem qualquer outro objetivo que não seja o de levar aos seus leitores as opiniões, os conhecimentos e a divulgação dos trabalhos de seus colaboradores.

Como sabemos a Revista Judiciária do Paraná é uma publicação conjunta da AMAPAR, EMAP e TJPR. É produzida majoritariamente pela nossa Associação, com apoio da nossa Escola e distribuída pelo nosso Tribunal e por sua Editora, a BONIJURIS.

A nossa revista tem recebido apoio e incentivo das várias instituições para as quais é direcionada, tanto de nosso estado como de todo o país; este imprescindível e relevante apoio lhe é igualmente tributado por seu respeitável Conselho Editorial, Conselho Executivo e do já grande número de autores que a prestigiam.

A todos agradecemos, especialmente àqueles que tem contribuído para a sua continuidade e permanência, seja com suporte organizacional, com empenho pessoal ou com o indispensável patrocínio, como o que ora nos brinda a COMPAGAS.

Este conjunto de fatores, a saber, a parceria de interesses que congrega estes agentes e a crença de que seja oportuno e relevante a manutenção de um veículo doutrinário e jurisprudencial sério e independente, é o que anima a existência da RJP.

Podemos dizer que avançamos alguns passos, mas a caminhada apenas principia. O objetivo próximo é a congregação de todos, especialmente de seus conselhos, para que a Revista possa representar, verdadeiramente, o pensamento doutrinário e jurisprudencial de seus membros e marcar definitivamente a sua linha editorial.

É nessa ambiência de globalização e centralização de conhecimentos, saberes e normas, que a nossa Revista vem se mantendo ativa; esperamos poder vê-la tornar-se um veículo de grande relevância na disseminação de saberes jurídicos que reforcem os mais altos valores da pessoa humana e de seus direitos, individuais, coletivos e difusos.

Boa Leitura

Frederico Mendes Júnior
Presidente da Amapar

Joatan Marcos de Carvalho
Diretor da RJP

SUMÁRIO

ANÁLISE

1. Limitações jurisprudenciais à insignificância no descaminho 17
Nefi Cordeiro
Anderson Zacarias Martins Lima

DOCTRINA

2. Embargos de declaração e fundamentação das decisões no novo CPC 55
Otávio de Abreu Portes
Rubens Augusto Soares Carvalho
Bruna Fernandes Assunção Vial
3. Tutela provisória. Medidas coercitivas. *Contempt of Court?* 63
Jorge de Oliveira Vargas
Giuliano di Carlo Tambosi
4. “Embargos infringentes obrigatórios” no novo CPC 75
Flávio Renato Correia de Almeida
5. O custo do direito e a reserva do possível 103
Iverson Kech Ferreira
6. O depoimento sem dano como instrumento de humanização da justiça 113
Wanderlei José dos Reis
7. Direito & estilo – Primeiras conjecturas sobre a estilística jurídica 121
Maria Francisca Carneiro
8. Ativismo judicial: qual o limite do Poder Judiciário? 133
Leonardo Alves de Oliveira
9. “Antecedentes”, para os fins do art. 59 do Código Penal 145
Renato Marcão

10. A construção do estado de direito socioambiental a partir da ótica habermasiana: a consolidação do mínimo existencial socioambiental como elemento de afirmação da dignidade da pessoa humana 157
Tauã Lima Verdan Rangel
11. A prova pericial na Lei 13.105/15 – novo Código de Processo Civil 183
Carlos Alberto Del Papa Rossi
12. O juiz pragmatista 215
Oriana Piske

EM DESTAQUE

13. Proposta de projeto para regularização de imóveis irregulares (ou fundiária) titulação de moradias informais no Estado do Paraná 225
Abraham Lincoln Merheb Calixto

JURISPRUDÊNCIA

14. Ementário do TJPR 237
 Administrativo, 239
 Civil, 251
 Criminal, 266
 Processo Civil, 278
 Tributário, 288
15. Súmulas do TJPR 293

ANÁLISE

Limitações jurisprudenciais à insignificância no descaminho

Nefi Cordeiro¹

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Anderson Zacarias Martins Lima²

Mestrando em Direito Internacional e Econômico no Programa de Mestrado

Resumo: O presente estudo examina as principais teses travadas na jurisprudência dos tribunais excepcionais, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, quanto à aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho, considerando as circunstâncias subjetivas do agente, o valor objetivamente considerado, a incidência de encargos legais e a reincidência delitiva.

1. Introdução

A EXCLUSIVIDADE DA JURISDIÇÃO ESTATAL para a responsabilização criminal traz consigo o princípio da obrigatoriedade, para que não se torne o Estado descumpridor da promessa de eficiência à vítima, delegante do interesse primeiro de punição. De outro lado, sempre agirá o Estado na representação social coletiva e, mesmo na persecução criminal, precisará zelar pelo bem comum, pelo devido processo legal e pelo justo material – surgem as garantias processuais do acusado.

Nesse confronto de obrigatoriedade e de justiça material situa-se a discussão do princípio da obrigatoriedade. Como princípio, é valorado casuisticamente, mas pela segurança jurídica exige definições iniciais de incidência, para que possa ser aplicado de modo isonômico pelos operadores do direito.

Nem toda conduta típica atinge de maneira relevante ao bem jurídico tutelado. Nem toda ação contrária à lei merece a movimentação da onerosa e extremamente gravosa estrutura do estado-juiz criminal.

Esse o debate, da incidência e parâmetros do princípio da insignificância frente a figuras típicas, com pena cominada, e em contraposição à necessidade de punição para mínimos ou irrelevantes danos.

Nem toda conduta típica atinge de maneira relevante ao bem jurídico tutelado

Nos crimes tributários a discussão ganha maior projeção pela demonstração estatal do que a ela é relevante – quando da definição das políticas de execução fiscal. E, dentre os crimes tributários, sobreleva o de descaminho, talvez pela infeliz realidade social e de política criminal que o torna especialmente frequente.

O objeto jurídico do descaminho, de proteção à soberania estatal na preservação do erário público por ocasião do controle aduaneiro, tem recebido afronta cotidiana, em quantidade e reiteração de eventos – pessoas que semanalmente viajam para fora do país, por até três vezes, trazendo ilegalmente mercadorias com tributação sonegada (chamados *sacoleiros* ou *mulas*³) –, assim como em valor, quando constatados carregamentos por caminhões de toda uma carga de mercadoria descaminhada.

Não se examinará a muito interessante discussão da política criminal desenvolvida concretamente no descaminho, que não faz enfrentamento semelhante ao do tráfico, embora praticado o crime de importação em semelhantes circunstâncias, ou mesmo pela não repressão aos *camelódromos* instalados ostensivamente em inúmeros municípios do país. Nem será objeto de enfrentamento a admissão social parcial, mas relevante, constatada pela aceitação pública da atividade, assumindo o agente a *profissão* de sacoleiro, ambulante, ou mesmo pela venda muitas vezes sequer escondida dos produtos importados sem nota fiscal.

Será aqui enfrentada a insegurança jurídica gerada com diferenciados posicionamentos jurisprudenciais sobre o limite da insignificância: valor e circunstâncias subjetivas aferidas.

Destaca-se já no primeiro aspecto, valor, a normatização pela administração fazendária do *quantum* de tributo sonegado que autoriza o interesse estatal na execução fiscal, como é o caso da Lei 10.522/02 e da Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda.

Será como método de exame analisado sinteticamente o estado do debate acadêmico do tema do crime de descaminho e do princípio da insignificância, passando-se a sistematizar as conclusões jurisprudenciais sobre o tema nas cortes excepcionais: o Supremo Tribunal Federal-STF e, especialmente, o Superior Tribunal de Justiça-STJ – 94 acórdãos encontrados na pesquisa eletrônica do Tribunal com as expressões “princípio e insignificância e descaminho”.

2. O crime de descaminho

Previsto no art. 334 do Código Penal (BRASIL, 1949), o descaminho é tipificado pelo ato de *iludir, no todo ou em parte o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria*.

Bitencourt (2010, p. 251) leciona que o descaminho caracteriza o contrabando impróprio, em razão da importação ou exportação ser de mercadoria permitida, com a frustração do pagamento do imposto ou direito correspondente. Salienta, então, a característica e natureza fiscal do delito:

O descaminho, por sua vez, é, fundamentalmente, um ilícito de natureza fiscal, lesando somente o erário público – particularmente a aduana nacional –, constituindo, numa linguagem não técnica, um “contrabando contra o fisco”. A simples introdução no território nacional de mercadoria estrangeira sem pagamento dos direitos alfandegários, independente de qualquer prática ardilosa visando iludir a fiscalização, tipifica o crime de descaminho.

Realmente, a tutela da indústria nacional e da saúde é de menor relevo frente ao controle fiscal. Se pode alterar-se o parâmetro do tributo de importação pela espécie da mercadoria (tutela do interesse nacional no seu ingresso no país), ao fim o resultado é meramente tributário. Daí porque é o fisco quem acaba por definir a apreensão e perdimento das mercadorias, realiza a execução fiscal ou a releva.

Clara é, já como elementar do tipo, a exigência de ilusão, de procedimento fraudulento ou de engano. Daí porque Massom (2011, p. 751) ressalta a diferença para a simples omissão tributária:

No descaminho o núcleo do tipo é iludir, ou seja, enganar, ludibriar, frustrar o pagamento de tributo devido pela entrada ou saída de mercadoria do território nacional. Iludir traz a ideia de fraude: o sujeito se vale de um meio enganoso para dar a impressão, perante as autoridades fiscais, de não praticar conduta tributável.

Portanto, se o agente simplesmente deixa de recolher os tributos devidos pela entrada ou saída de mercadoria permitida no território nacional, sem se valer de meio fraudulento, estará concretizado um mero ilícito tributário, e não o crime de descaminho.

E também assim comenta Capez (2011, p. 587):

Entendemos que não basta a entrada ou saída da mercadoria sem o recolhimento do imposto devido, sendo necessário o emprego de algum meio, fraudulento ou não, destinado a iludir a autoridade alfandegária. Com efeito, o tipo emprega o verbo iludir, que significa enganar, frustrar, lograr, burlar, não sendo suficiente a mera omissão no recolhimento do tributo. Tivesse a lei empregado o termo elidir, que significa suprimir, aí sim seria suficiente o comportamento omissivo.

Ocorre que as condutas de ilusão são de amplo espectro. Desde a entrada no país sem declarar mercadoria importada (pela simples omissão) ao contrato fraudulento registrando importação de mercadoria diversa (para reduzir a tributação incidente), tem-se a ilusão de

tributos. A simples omissão tributária acaba em regra por confirmar procedimento ilusório de tributos – ao menos por mentira ante o dever de informar.

Além do aspecto fiscal, Bitencourt (2010, p. 260), porém, não se confunde o descaminho com os crimes contra a ordem tributária, pois é tratado como tutelador da soberania estatal, da autodeterminação do estado, da segurança nacional em seu mais amplo sentido, além da proteção ao erário público. O bem jurídico protegido é a administração pública, como previsto no título XI, capítulo II, do Código Penal.

A consumação do crime de descaminho dá-se no instante em que ultrapassada a barreira fiscal, quando vencida a fiscalização alfandegária pelas vias ordinárias, ou, valendo-se o agente de meios clandestinos, no momento em que são transpostas as fronteiras do Brasil, conforme assevera Massom (2011, p. 754).

No parágrafo primeiro do art. 334 do CP, têm-se formas equiparadas ao crime de descaminho.

A primeira delas é a navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos por lei. Segundo Gonçalves (2011, p. 762), *a navegação de cabotagem tem a finalidade de realizar o comércio entre portos de um mesmo país. Assim, constitui crime a prática desta fora dos casos permitidos em lei.* A Lei 9.432/97 disciplina a matéria.

A segunda forma equiparada é da previsão em lei especial de fato definido como descaminho.

A terceira forma equiparada é de uso comercial ou industrial da mercadoria introduzida no país fraudulenta ou clandestinamente, ainda que a introdução tenha sido realizada por terceira, mas conhecido esse fato. Neste caso, tem-se figura típica própria, pois somente pode ser autor do crime o comerciante ou industrial, aquele que desenvolve essas atividades com habitualidade, profissional e formalmente. Ocorre que, no parágrafo segundo do mesmo artigo, vem o legislador a ampliar o conceito de atividade comercial para abarcar também qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, mesmo quando exercido em residência – ainda assim exigida a habitualidade.

Assim, no descaminho pelo uso em atividade mercantil, formal ou informal, exige-se o dolo de utilização de mercadoria que sabe descaminhada e a habitualidade.

A quarta e última forma equiparada é a receptação de mercadoria de procedência estrangeira, no exercício de atividade comercial ou industrial, sem a documentação legal ou mesmo documentação falsa, conhecendo o agente da falsidade. É figura penal especial de receptação, pelo crime certo anterior (descaminho) e qualidade do agente (comerciante ou industrial).

Também no descaminho por receptação incide a ampliação do mencionado parágrafo segundo do mesmo artigo, para abranger também o comércio informal.

O crime de descaminho, no parágrafo terceiro do art. 334 do Código Penal, contempla forma de majoração da pena, em dobro, para o caso do transporte da mercadoria ocorrer por meio aéreo, marítimo ou fluvial. A justificativa para o aumento de pena vincula-se ao fato da maior dificuldade de fiscalização da conduta nas formas de transporte listadas. Não obstante, no caso de transporte aéreo, há interpretação de que o aumento apenas deve incidir no caso do transporte clandestino, pois, para o transporte regular por meio de companhias devidamente estabelecidas, o controle estatal é mais rígido, conforme leciona (2010, p. 266-267).

É de se notar que com a Lei 13.003/14 (BRASIL, 2014) foram incluídos na majorante pelo especial meio de transporte, o marítimo e o fluvial, pois antes era o descaminho majorado apenas pelo uso do transporte aéreo.

Mais profundas foram ainda as alterações trazidas pela Lei 13.003/14. A principal alteração deu-se pelo desmembramento das figuras típicas de descaminho e de contrabando, antes reunidas no mesmo tipo penal do art. 334.

Fez a lei expressar a diferenciação há muito salientada pela doutrina, e pela jurisprudência aceita, de que no descaminho a mercadoria é de ingresso permitido (mas tarifado) enquanto no contrabando é esse ingresso no país proibido. É agora o contrabando tratado pelo art. 334-A do CP, que não será aqui abordado. Ressalta-se, apenas, que atenden-

do à proporcionalidade dos bens jurídicos protegidos, corretamente passou o contrabando a ter maior pena, passando dos antigos um a quatro anos de reclusão (que permaneceram ao crime de descaminho), para uma pena cominada de dois a cinco anos de reclusão.

Finalizando esse breve exame do crime de descaminho, é de se salientar que a competência para seu processo e julgamento é da jurisdição federal, pois sempre envolvidos interesses federais: seja no serviço violado (aduanheiro), seja pelos agentes fiscalizadores atuantes (em regra federais), seja pelo dano direto a tributos federais, sonegados na importação fraudulenta – tudo na forma do art. 109 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressaltada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

Reunindo essa definição de competência em razão da matéria, absoluta e constitucional, com a competência territorial pelo local da consumação do crime (no descaminho com o ingresso da mercadoria no país) e com um critério muito forte de economia processual – pois a apreensão muitas vezes ocorre distante da fronteira e onerosa seria a oitiva em poucas principais aduanas de pessoas flagradas nos mais distantes locais do país – é que veio a ser editada a Súmula 151 do STJ (BRASIL, 1996):

A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do juízo federal do lugar da apreensão dos bens.

É forma de garantir melhor repartição do trabalho judicial pelos foros federais no país e de evitar custos no deslocamento de agentes fiscalizadores e réus para a distante fronteira por onde tenha ingressado a mercadoria descaminhada.

3. O princípio da insignificância

O princípio da insignificância é originário do direito romano e funda-se no brocardo *de minimis no curat praetor*, máxima elaborada pelos humanistas segundo a regra de que o pretor não cuidava das causas mínimas, bagatelares (PRESTES, 2003, p. 15). Tendo como precursor mais exponente Claus Roxin, que em 1964, na obra *Política Criminal y Sistema Del Derecho Penal*, delimitou conceitualmente o princípio da insignificância para sua inserção no sistema penal (CAPEZ, 2011, p. 29).

Em linhas gerais, tem-se que o direito penal não deve se preocupar com condutas que não tenham expressividade para lesionar o bem jurídico tutelado pela norma penal:

Procura-se, atualmente, atribuir ao tipo penal, além do sentido puramente formal, um caráter material. Assim, pode-se afirmar que o comportamento humano, para ser típico, não só deve ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito, mas também ser materialmente lesivo a bens jurídicos, ou ética e socialmente reprovável (MANÃS, 1994, p. 53).

Bem ressalta no mesmo sentido Santos (2006, p. 26):

(...) a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal: lesões insignificantes de bens jurídicos protegidos, como a integridade ou saúde corporal, a honra, a liberdade, a propriedade, a sexualidade etc, não constituem crime.

Daí a ideia da insignificância, da necessidade do resguardo do direito penal ao que realmente é grave para a sociedade, não apenas na eleição dos bens jurídicos tutelados pela esfera criminal, mas, mesmo quanto a estes, com a exigência de relevante dano.

É decorrência dos aspectos da fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal, expressado desde o art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: *A lei não deve estabelecer mais penas do que as estrita e manifestamente necessárias.*

Gomes (2013, p. 19) conceitua da seguinte maneira:

(...) infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista, etc.). Não se justifica a incidência do Direito Penal (com todas suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante.

Sem destoar da conceituação acima, Prestes (2003, p. 35) afirma que:

O delito de bagatela se caracteriza por trazer uma irrisória lesão a bens jurídicos secundários, de menor importância social. São infrações que causam lesões mínimas, de pequena monta a interesses que não são essenciais, logo, estas situações não merecem a atenção do Direito Penal e sua intervenção mostra-se desnecessária e reveladora de abuso na intervenção punitiva do Estado.

Zaffaroni (2004, p. 534) assevera que o princípio da insignificância afasta a própria tipicidade do delito, discorrendo:

A insignificância da afetação exclui a tipicidade, mas só pode ser estabelecida através da consideração conglobada da norma: toda a ordem normativa persegue uma finalidade, tem um sentido, que é a garantia jurídica para possibilitar uma coexistência que evite a guerra civil (a guerra de todos contra todos). A insignificância só pode surgir à luz da finalidade geral que dá sentido à ordem normativa, e, portanto, à norma em particular, e que nos indica que essas hipóteses estão excluídas de seu âmbito de proibição, o que não pode ser estabelecida à simples luz de sua consideração isolada.

Para Silva (2011, p. 101), o princípio da insignificância pode ser conceituado:

De nossa parte, conceituamos o Princípio da Insignificância como aquele que interpreta restritivamente o tipo penal, aferindo qualitativa e quantitativamente o grau de lesividade da conduta, para excluir da incidência penal os fatos de poder ofensivo insignificante aos bens jurídicos penalmente protegidos. Sua enunciação pode ser reconhecida pela máxima romanística *nullum crimen sine injuria*, como tema ensinado a doutrina alhures.

O princípio da insignificância não possui definição expressa em textos normativos, tratando-se de uma construção de caráter doutrinário e jurisprudencial, o que dificulta a sua delimitação e leva à multiplicidade de abordagens.

Outro aspecto da insignificância é a admissão social de que a conduta efetivamente não afeta a comunidade como prática criminosa. Esta é a visão de Franco (2001, p. 45), embora considerando então parcial a admissão social ao fato criminalmente pouco relevante:

Um princípio bem próximo ao da adequação social é o da insignificância. Alguns autores chegam até a dizer que este se inclui naquele. Roxin ('Política Criminal y Sistema del Derecho Penal', Bosch, Barcelona, 1972), por exemplo, afirma que às condutas socialmente admissíveis, 'pertence o denominado princípio da insignificância que permite na maior parte dos tipos excluir desde logo dano de pouca importância: mau trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas apenas um que seja relevante; analogamente, indecorosa, no sentido do Código Penal é somente a ação sexual de uma certa importância; injuriosa, do ponto de vista delitivo, é tão somente a lesão grave à pretensão social de respeito. Como 'força' deve ser considerado unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser 'sensível' para passar o umbral da criminalidade'. Não obstante o posicionamento de Roxin, força é convir que o princípio da insignificância atua parale-

lamente ao princípio da ação socialmente adequada, mas com ele não se confunde. Distingue um do outro a circunstância de que o princípio da insignificância 'não pressupõe a total aprovação social da conduta, mas apenas uma relativa tolerância dessa conduta, por sua escassa gravidade' (Mir Puig, ob. cit., p. 46).

O grande risco à incidência plena do princípio da insignificância é a falta de sua delimitação. Primeiro porque de caráter principiológico – assim de mais abstrata proposição –, segundo porque ausentes critérios normativos e mesmo doutrinários ou jurisprudenciais.

Doutrina e jurisprudência reconhecem o instituto, mais ou menos amplamente, mas divergem na sua delimitação e incidência.

Silva (2011, p. 99) atesta:

Uma das principais trincheiras de resistência ao reconhecimento do Princípio da Insignificância e seus efeitos é o *déficit* conceptual que este apresenta, uma vez que, argumenta-se, a indeterminação dos termos pode pôr em risco a segurança jurídica. Tal argumentação aduz que os critérios de fixação e determinação das condutas insignificantes para incidência do princípio são estabelecidos pelo senso pessoal de justiça do operador jurídico, ficando condicionado a uma conceituação particular e empírica do que seja crime de bagatela.

Veio o STF a estabelecer critérios delimitadores da insignificância: a) ausência de periculosidade social da ação, b) mínima ofensividade da conduta do agente, c) inexpressividade da lesão jurídica causada e d) falta de reprovabilidade da conduta⁴. O STJ também ratificou os critérios acima em seus julgados⁵.

Permanece a insegurança, porém o que é mínima ofensividade da conduta varia de acordo com o intérprete, com a vítima e as circunstâncias do crime. Mínima ofensividade é a retirada de uma caixinha de cliques pelo servidor público de sua repartição, mas se isto ocorre por quem inicia no mesmo dia os trabalhos na função, a situação pode ser tida como mais relevante... Ou se a caixa de cliques é retirada de um estudante

que com esforço a comprara para um trabalho acadêmico... A noção de mínima ofensa é variável e exige integração subjetiva do intérprete.

Assim manifestou-se Gomes (2013, p. 21):

Os critérios desenvolvidos pelo STF devem ser bem compreendidos. Cada caso é um caso. O princípio da insignificância pode ter incidência quando há puro desvalor da ação (caso do copo d'água) ou puro desvalor do resultado (furto de uma cebola) ou a combinação de ambos (caso do acidente de trânsito narrado). É assim que devemos compreender a jurisprudência atual (predominante) no STF (de acordo com nossa opinião). Na jurisprudência, no entanto, não há aplicação desses critérios com clareza. Ela se posiciona, tendencialmente, um pouco de forma confusa, fazendo uma valoração global do fato.

No mesmo sentido, Capez (2011, p. 30) também assevera que *tal princípio deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas especificidades*.

Se é insegura a configuração casuística do princípio da insignificância, é de se reconhecer, porém, que tal situação é fenômeno em verdade típico e necessário ao intérprete do direito, como salientou Ferrajoli (2002, p. 33/34), ao salientar que interpretação:

(...) é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas, pois além de comprovar os fatos abstratamente indicados na lei como pressupostos da pena, o juiz deve discernir as conotações que convertem cada fato em diverso dos demais, por mais que estes pertençam ao mesmo gênero jurídico.

Como princípio do direito penal, é aplicável a insignificância a qualquer delito, por mais relevantes que sejam os bens jurídicos tutelados. Possível é a insignificância mesmo em crimes contra a administração pública, como também em crimes ambientais. É que se tem em consideração não a relevância do bem jurídico tutelado, mas do dano pela conduta gerado.

Assim pensa Prestes (2003, p. 36):

(...) o princípio da insignificância é um princípio geral e ordenador do Direito Penal incidindo sobre todas as normas de cunho penal, e não somente sobre aquelas com características patrimoniais. Cunhá-lo com base na patrimonialidade, é amputar uma grande parcela de sua aplicabilidade esvaziando-o quase que por completo.

Uma vez verificada a insignificância, não deve o delegado instaurar o inquérito policial, o promotor de justiça oferecer denúncia, o juiz recebê-la ou, após a instrução, condenar o acusado, pois há no caso exclusão da tipicidade do fato, logo não há crime (MIRABETE, 2011, p. 103).

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Há registros de aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho pelo STJ desde a década de 90. Ao longo dos anos, o entendimento da corte evoluiu no sentido de amoldar-se às atualizações legislativas, bem como ao posicionamento do STF, evoluindo com os precedentes e alterações sociais.

Vários são os aspectos enfrentados na jurisprudência do tribunal da cidadania na insignificância do descaminho.

O *quantum* do tributo

Os primeiros registros de aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho são datados da década de 90.

Inicialmente, a referência utilizada baseava-se no valor dos tributos e acessórios em até R\$ 1.000,00 (mil reais). A fonte legislativa era o art. 1º da Lei 9.469/97 (BRASIL, 1997), com a seguinte redação:

Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais pode-

rão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

Note-se que o artigo acima transcrito autorizava que não fosse proposta ação fiscal, ou mesmo a interposição de recursos, bem como permitia o requerimento de extinção de feitos judiciais, para cobrança de créditos atualizados no valor de até R\$ 1.000,00 (mil reais).

Diante do desinteresse legal da própria administração pública em relação aos créditos tributários no valor de até R\$ 1.000,00 (mil reais), consolidou-se jurisprudência no STJ no sentido de reconhecer que os delitos de descaminho, cujo valor iludido fosse abrangido pelo limite legal, não permitiria admitir necessidade da responsabilização penal, fazendo incidir o princípio da insignificância. A lógica empregada era simples: se era válido do ponto de vista do direito tributário a inexistência de interesse até o limite acima, muito mais o seria do ponto de vista do direito penal, pois, desarrazoado seria punir uma conduta como crime enquanto que a própria vítima desconsidera eventual lesão ao bem jurídico.

Para ilustrar o entendimento supra, aponta-se o REsp 221.489/PR⁶:

Recurso especial. Descaminho (ART. 334, *caput*, segunda figura, do Código Penal). Princípio da bagatela ou da insignificância.

Aplicação, *in casu*.

O ínfimo valor da mercadoria de procedência estrangeira apreendida autoriza a aplicação do princípio da insignificância, descaracterizando o crime de descaminho.

Se o valor dos tributos incidentes sobre os bens apreendidos não ultrapassa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), incensurável a decisão *a quo* que, em analogia à legislação fiscal (Lei 9.469/97, art. 1º;

e MP 1.542/28/97, art. 20), aplicou o princípio da insignificância ao caso sub examine.

Recurso especial conhecido apenas pela alínea “c”, mas desprovido.

Com o advento da Lei 10.522/02 (BRASIL, 2002), o entendimento do STJ modificou-se para acompanhar a atualização monetária do limite do desinteresse estatal na execução do crédito tributário, que passou a ser de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), conforme o art. 20 dessa lei:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Exemplifica o novo entendimento, o HC 34.281/RS⁷:

Habeas corpus. Descaminho (ART. 334, *caput*, segunda figura, do Código Penal). Princípio da bagatela ou da insignificância.

Aplicação, *in casu*.

“I – Essa Eg. Corte havia consolidado entendimento no sentido de aplicar o princípio da insignificância para possibilitar o trancamento da ação penal no crime de descaminho de bens, cujos impostos incidentes e devidos fossem iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00, valor considerado pelos arts. 1º da Lei n. 9.469/97 e 20 da MP 1.542-28/97 como de desinteresse do erário em execução fiscal. Precedentes.

II – Nada obstante, com a entrada em vigor da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, o legislador posicionou-se no sentido de certificar a insignificância de créditos de valor igual ou inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Precedentes.

III – *In casu*, o tributo devido pelo paciente foi avaliado em R\$ 1.372,27, montante inferior ao determinado pela lei e pela jurisprudência como lesivo aos cofres públicos, fato a possibilitar a incidência do princípio da insignificância. Isso porque, a conduta imputada

na peça acusatória não chegou a lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal.

IV – Acórdão *a quo* que deve ser cassado, restabelecendo-se a decisão que não recebeu a denúncia, ante a aplicação do princípio da insignificância penal.” *Habeas Corpus* concedido.

A mudança do parâmetro então claramente não se deva por alteração do raciocínio da relevância do dano – desinteresse estatal reflete desinteresse penal certo –, mas apenas fazia atualizar monetariamente o dano minimamente relevante, como admitido pelo próprio fisco. Resumiu-se a inovação a acompanhar a atualização monetária do referencial, passando de R\$ 1.000,00 (mil reais) para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Veio então a vigor a Lei 11.033/04 (BRASIL, 2004), que ao alterar o art. 20 da Lei 10.522/02 passou a exigir R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a propositura de ações fiscais:

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Enquanto permanecia válido o sempre mantido critério de desinteresse fazendário, concretamente o novo valor (dez mil reais) não poderia ser admitido para crimes em geral e tornava-se de difícil justificação social – fator que, mesmo indiretamente, é necessário à legitimação de qualquer direito, inclusive o penal. Afirmar como dano irrelevante ou nenhum aquele de dez mil reais, em época onde isto corresponderia a mais de trinta e oito salários-mínimos da época, poderia ser tido como afronta à realidade brasileira.

Houve claro desconforto em ministros do STJ com o novo parâmetro para a insignificância no crime de descaminho. A jurisprudência majoritariamente guinou radicalmente, passando a ter como critério da insignificância não o desinteresse fiscal na execução (como até en-

tão se adotava), mas o desinteresse em admitir a existência da dívida fiscal – montante muito inferior. Assim é que pela legislação vigente passou a insignificância a ser admitida apenas para débitos fiscais de até R\$ 100,00 (cem reais), como explicitou em REsp 685.135⁸, o relator ministro Félix Fischer:

Penal. Recurso especial. Descaminho. Débito fiscal. Artigo 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002. Patamar estabelecido para o ajuizamento da ação de execução da dívida ativa ou arquivamento sem baixa na distribuição. Art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002. Cancelamento do crédito fiscal. Matéria penalmente irrelevante.

I – A lesividade da conduta, no delito de descaminho, deve ser tomada em relação ao valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas.

II – O art. 20, *caput*, da Lei n. 10.522/2002 se refere ao ajuizamento da ação de execução ou arquivamento sem baixa na distribuição, não ocorrendo, pois, a extinção do crédito, daí não se poder invocar tal dispositivo normativo para regular o valor do débito caracterizador de matéria penalmente irrelevante.

III – *In casu*, o valor do tributo incidente sobre as mercadorias apreendidas é superior ao patamar estabelecido no dispositivo legal que determina a extinção dos créditos fiscais (art. 18, § 1º, da Lei n. 10.522/2002), logo, não se trata de hipótese de desinteresse penal específico.

Recurso provido.

Passou a prevalecer a tese de que o valor limite para fins de execução fiscal não deveria relacionar-se com o interesse na responsabilização penal. Irrelevante não é o que não se quer executar, mas o que se nega existir, com cancelamento do próprio crédito fiscal. Isto então dispunha o art. 18, § 1º, da Lei 10.522/02: *ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais)*. Cotejando o art. 20 e 18, § 1º, da Lei 10.522/02, concluiu majoritariamente a corte superior que no não ajuizamento da ação fiscal havia mera postergação da cobrança do crédito,

que continuava existindo, enquanto no cancelamento do crédito fiscal é que efetivamente se revelava o desinteresse fazendário – pois admitido o dano como nenhum.

Gomes (2013, p. 119-120) criticou a mudança interpretativa do STJ asseverando:

Se o crédito até R\$ 100,00 foi cancelado, não há que se falar em delito tributário. O cancelamento do crédito tributário faz desaparecer o delito. Como pode ter incidência o princípio da insignificância em um fato que não é (sequer) formalmente típico? Em outras palavras: o referido princípio pressupõe a existência de um fato formalmente típico. Do contrário, não há que se falar no princípio da insignificância.

É relevante crítica, pois se o cancelamento do crédito tributário importa a inexistência de sonegação tributária (não há tributo, cancelado, para fins de sonegação), como fazer incidir o princípio da insignificância? Seria fazer incidir atipicidade material (insignificância) a conduta que sequer possui tipicidade formal.

Esta compreensão do STJ perdurou majoritariamente até o Recurso Especial Repetitivo 1.112.748/TO⁹, julgado em 9 de setembro de 2009, quando foi restabelecido o critério do desinteresse fazendário na execução fiscal como orientador do desinteresse penal na persecução:

Recurso especial repetitivo representativo da controvérsia. Art. 105, III, A e C da CF/88. Penal. Art. 334, § 1º, alíneas C e D, do Código Penal. Descaminho. Tipicidade. Aplicação do princípio da insignificância.

I – Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso – 1ª e 2ª Turmas – incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/02.

II – Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 20/08/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando

evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei n. 11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte.

Recurso especial desprovido.

Restabelecido foi o antigo critério, com a delimitação pelo art. 20 da Lei 10.522/02, alinhando-se a corte superior inclusive ao posicionamento do STF no tema, fixando-se o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a insignificância penal do crime de descaminho. Esse limite monetário, com alterações jurisprudenciais momentâneas, é o que vigora atualmente.

A desconformidade atual é que novo parâmetro monetário para as execuções fiscais existe. Embora permaneça vigente o art. 20 da Lei 10.522/02, como legal limite para o ajuizamento das execuções fiscais, veio a Portaria 75/2012 (BRASIL, 2012), do Ministério da Fazenda, a elevar esse valor:

Art. 1º Determinar:

II – o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

O advento do novo referencial para ajuizamento das execuções legais levou o STF a modificar também sua interpretação para acompanhar a atualização monetária, conforme ilustra o HC 126746 AgR¹⁰:

Penal e processual penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Inovação de fundamentos. Impossibilidade. Descaminho. Existência de procedimentos fiscais. Ausência nos autos do somatório dos tributos elididos. Ônus da defesa.

1. A questão relativa ao cabimento do agravo em recurso especial interposto no Superior Tribunal de Justiça não foi arguida na petição inicial do *habeas corpus*, tendo sido suscitada somente nesta via recursal. Trata-se, portanto, de inovação insuscetível

de apreciação neste momento processual (vg. HC 124.971-AgR, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia; ARE 811.893, da minha relatoria; ARE 779.145-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; RHC 121.999-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli).

2. Não compete ao Supremo Tribunal Federal reexaminar as condições de cabimento de recursos para julgar a causa ou para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que aprecie o mérito da insurgência.

3. A aplicação do princípio da insignificância a fatos caracterizadores do crime de descaminho deve observar o valor objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal.

4. Para a aferição do requisito objetivo, assim como estabelecido na legislação fiscal, o Supremo Tribunal Federal considera a soma dos débitos consolidados nos últimos cinco anos.

5. O reconhecimento da insignificância penal da conduta, com relação ao crime de descaminho, pressupõe a demonstração inequívoca de que o montante dos tributos suprimidos não ultrapassa o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

6. Agravo regimental desprovido.

A nova interpretação do STF reverberou em julgados do STJ, em especial os seguintes: RHC 45.633, AgRg no REsp 1434614, AgRg no AREsp 522.775, AgRg no AREsp 508.389/PR, AgRg no REsp 1440101, AgRg no REsp 1434614/PR e RHC 45.633¹¹:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Descaminho. Crime formal. Desnecessidade de constituição definitiva do crédito tributário. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Lei n. 10.522/2002 e Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes. Recurso provido. Trancamento da ação penal determinado.

I – O Direito Penal não deve ocupar-se de condutas cujo resultado não represente carga de reprovabilidade significativa, capaz de repercutir de forma sensível na esfera social e no direito individual da vítima.

II – Para a aplicação do princípio da insignificância, faz-se necessário o atendimento de quatro requisitos, quais sejam: i) mínima ofensividade da conduta; ii) inexistência de periculosidade social da ação; iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e iv) inexpressividade da lesão jurídica.

III – Adotada, com vista à uniformidade das decisões, a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal que, apreciando a questão da aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho, sedimentou ser cabível o reconhecimento do delito de bagatela aos débitos tributários que não ultrapassem o teto de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em conformidade com o art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as alterações trazidas pelas Portarias n. 75 e 130, do Ministério da Fazenda. Precedentes da 1ª e 2ª Turmas do Pretório Excelso.

IV – Recurso provido para determinar o trancamento da Ação Penal n. 0010383-54.2013.4.05.8100, em trâmite perante a 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará.

Não obstante, veio a seção criminal a confirmar a vigência do antigo parâmetro de dez mil reais para a insignificância penal. Argumentos existiram pela legalidade (portaria não poderia alterar parâmetro de execução fiscal definido na lei), de falta de justificação social (o ainda maior valor de vinte mil reais não poderia ser socialmente aceito como irrelevante, especialmente para uma grande coletividade pobre no país), entre outros argumentos.

Permaneceu a corte superior com o critério do desinteresse fazendário, mas previsto em lei.

Duas principais críticas cabem. Primeiro, a decisão final sobre relevância do dano penal acaba chegando ao STF, pela via do *habeas corpus*, de modo que a diferença de compreensão do tema pelo STJ é apenas temporária, pois alterada no HC subsequente. Segundo, a posição do STJ gera insegurança jurídica, pois acusados terão diferenciado tratamento dependendo da habilidade de seu advogado em chegar ou não com o tema na suprema corte.

Permanece o STJ delimitando a insignificância em descaminho pelo valor de R\$ 10.000,00, considerando inaplicável para fins penais os critérios da Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda¹².

Exclusão do PIS e Cofins do cálculo do tributo

Na apuração do valor limite para o reconhecimento do princípio da insignificância ao crime de descaminho, o entendimento do STJ solidificou-se no sentido de não considerar os valores correspondentes às contribuições do PIS e da Cofins, em razão deles não incidirem sobre bens estrangeiros que tenham sido objeto de pena de perdimento. A conclusão é extraída da inteligência do art. 2º, inciso III, da Lei 10.865/04 (BRASIL, 2004), a qual possui a seguinte redação:

Art. 2º As contribuições instituídas no art. 1º desta Lei não incidem sobre:

III – bens estrangeiros que tenham sido objeto de pena de perdimento, exceto nas hipóteses em que não sejam localizados, tenham sido consumidos ou revendidos;

Para ilustrar a tese em comento, aponta-se o AgRg no REsp 1351919/SC¹³:

Agravo regimental em recurso especial. Descaminho. Art. 334, do Código Penal. Não incidência do PIS e Cofins no cálculo dos tributos elididos. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. Art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Agravo regimental não provido.

1. Para a aplicação do princípio da insignificância, além do aspecto objetivo, a jurisprudência deste Sodalício tem exigido também que não se trate de criminoso habitual (requisito subjetivo), requisito preenchido, pois não há nos autos notícias da reiteração da conduta.
2. Esta Corte tem entendimento jurisprudencial no sentido de que para fins de aplicabilidade do princípio da bagatela, ao delito de descaminho, não se leva em consideração, no montante do valor devido do crédito tributário, os valores correspondentes às contri-

buições do PIS e da Cofins, já que não incidentes sobre bens estrangeiros que tenham sido objeto de pena de perdimento, conforme dicção do art. 2º, III, da Lei n. 10.865/04.

3. Agravo regimental não provido.

Habitualidade delitiva

A habitualidade delitiva, para fins de reconhecimento do princípio da insignificância, tem gerado divergência entre os integrantes do STJ, especialmente no confronto entre seus órgãos julgadores criminais, a quinta e a sexta turmas.

Na quinta turma, é uníssona a interpretação de ser inaplicável o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando houver habitualidade na prática delitiva. Para a apuração da habitualidade delitiva, considera-se inclusive a existência de procedimentos administrativos e registros criminais ainda que não julgados (como inquérito policial, ação penal), em face do réu.

Retrata o posicionamento supra o REsp 1500919/SC¹⁴:

Penal. Recurso especial. Crime de descaminho. Reiteração delitiva. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade.

1. Nos casos de habitualidade delitiva da conduta criminosa de descaminho não se aplica o princípio da insignificância. Precedentes deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal.

2. Hipótese em que o recorrido possui 13 (treze) procedimentos administrativos e 5 (cinco) registros criminais relativos ao delito do art. 334 do CP, todos em razão de outras apreensões de mercadoria de forma irregular, não sendo o caso da aplicação do princípio da bagatela, ante a reiteração delitiva.

3. Recurso provido.

Entretanto, a sexta turma admite a insignificância mesmo ante reiteração delitiva, notadamente quando baixos os valores totais dos créditos tributários sonegados.

Houve momento, inclusive, onde a sexta turma chegou a excluir a possibilidade do exame de condições pessoais na aferição da insignificância. Asseverou a turma julgadora que devem-se afastar as condições de caráter subjetivo do réu, como antecedentes, reincidência, ações penais em curso ou mesmo reiteração da conduta. Nesse sentido foi o AgRg no AREsp 231.156/SP¹⁵:

Penal. Agravo regimental em agravo em recurso especial. Descaminho. Princípio da insignificância. Aplicação. Maus antecedentes. Irrelevância. Ressalva do ponto de vista do relator.

1. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão que manteve a atipicidade da conduta do réu (ora agravado), pela aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a jurisprudência da Sexta Turma deste Tribunal possui orientação no sentido de que a análise de condições pessoais desfavoráveis, tais como maus antecedentes, reincidência, ações penais em curso ou mesmo reiteração da conduta, não constitui óbice ao reconhecimento da incidência do mencionado princípio. Ressalva do ponto de vista deste Relator.
2. Agravo regimental improvido.

Assim, haveria insignificância de qualquer conduta de descaminho quando iludidos tributos em montante inferior a dez mil reais.

Após, essa turma passou a afastar a insignificância na reiteração delitiva de descaminho, mas apenas quando identificado que ao longo dos últimos cinco anos anteriores à prática delitiva, o réu ultrapassou o limite de referência de R\$ 10.000,00, previsto na Lei 10.522/02. Nesse sentido é o REsp 1254869/PR¹⁶:

Recurso especial. Penal e processo penal. Descaminho. Insignificância. Parâmetro. Mínimo legal para a execução fiscal. Artigo 20 da Lei 10.522/02. Reiteração delitiva. Soma dos débitos consolidados nos últimos cinco anos. Parágrafo 4º da norma.

1. Em sede de crime de descaminho, em que o bem jurídico tutelado é a ordem tributária, a irrisória lesão ao Fisco conduz à própria atipicidade material da conduta.

2. Definindo o parâmetro de quantia irrisória para fins de aplicação do princípio da insignificância em sede de descaminho, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.748/TO, pacificou o entendimento no sentido de que o valor do tributo elidido a ser considerado é aquele de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) previsto no artigo 20 da Lei n. 10.522/02.

3. Nos casos de 'reiteração delitiva', não há como excluir a tipicidade material à vista do valor da evasão fiscal de cada apreensão, representação fiscal ou auto de infração, considerados isoladamente, devendo ser considerada, para os fins do parâmetro legal, a soma dos débitos consolidados nos últimos cinco anos, nos termos do parágrafo 4º da norma.

4. Em restando devidamente comprovada a existência de outros processos administrativo-fiscais contra o mesmo devedor, não há de se afirmar, *ab initio*, a atipicidade material da conduta com base no princípio da insignificância se, em virtude da reiteração, houver efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, a ordem tributária, considerada a soma dos débitos consolidados nos últimos cinco anos, superior a dez mil reais.

5. Recurso provido.

A interpretação empregada pela Sexta Turma coaduna-se com julgados do STF, é o exemplo do HC 126746 AgR¹⁷:

Penal e processual penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Inovação de fundamentos. Impossibilidade. Descaminho. Existência de procedimentos fiscais. Ausência nos autos do somatório dos tributos elididos. Ônus da defesa.

1. A questão relativa ao cabimento do agravo em recurso especial interposto no Superior Tribunal de Justiça não foi arguida na petição inicial do *habeas corpus*, tendo sido suscitada somente nesta via recursal. Trata-se, portanto, de inovação insuscetível de apreciação neste momento processual (vg. HC 124.971-AgR, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia; ARE 811.893, da minha relatoria; ARE 779.145-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; RHC 121.999-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli).

2. Não compete ao Supremo Tribunal Federal reexaminar as condições de cabimento de recursos para julgar a causa ou para determinar ao Superior Tribunal de Justiça que aprecie o mérito da insurgência.
3. A aplicação do princípio da insignificância a fatos caracterizadores do crime de descaminho deve observar o valor objetivamente estipulado como parâmetro para a atuação do Estado em matéria de execução fiscal.
4. Para a aferição do requisito objetivo, assim como estabelecido na legislação fiscal, o Supremo Tribunal Federal considera a soma dos débitos consolidados nos últimos cinco anos.
5. O reconhecimento da insignificância penal da conduta, com relação ao crime de descaminho, pressupõe a demonstração inequívoca de que o montante dos tributos suprimidos não ultrapassa o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).
6. Agravo regimental desprovido.

A divergência entre as turmas do STJ restou minorada no EREsp 1217514/RS¹⁸:

Penal e processo penal. Embargos de divergência no recurso especial.

1. Crime de descaminho e reiteração criminosa. Possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância. Divergência entre quinta e sexta turmas. 2. Verdadeiro benefício na esfera penal. Risco de multiplicação de pequenos delitos. Necessidade de se verificar as condições pessoais do agente no caso concreto. 3. Reiteração criminosa no descaminho. Inviabilidade de aplicação do princípio da insignificância. Ressalva do caso concreto. Medida que pode se mostrar socialmente recomendável. 4. Análise fático e probatório. Competência das instâncias ordinárias. Livre convencimento motivado. 5. Embargos acolhidos, com retorno dos autos à origem para exame do caso concreto.

1. Descaminho: embora exista um patamar objetivamente fixado (10 mil reais) e tenham sido apontados vetores que orientam o exame da conduta e do comportamento do agente, bem como a lesão

jurídica provocada, não há consenso sobre a possibilidade ou não de incidência do princípio da insignificância nos casos em que fica demonstrada a reiteração delitiva. Para a Sexta Turma, o passado delitivo do agente não impede a aplicação da benesse; para a Quinta Turma, entretanto, as condições pessoais negativas do autor inviabilizam o benefício.

2. O princípio da insignificância é verdadeiro benefício na esfera penal, razão pela qual não há como deixar de se analisar o passado criminoso do agente, sob pena de se instigar a multiplicação de pequenos crimes pelo mesmo autor, os quais se tornariam inatingíveis pelo ordenamento penal. Imprescindível, assim, o efetivo exame das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, porquanto, de plano, aquele que reitera e reincide não faz jus a benesses jurídicas.

3. Nesse encadeamento de ideias, entendo ser possível firmar a orientação no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância nos crimes de descaminho, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, as instâncias ordinárias verificarem que a medida é socialmente recomendável.

4. Apenas as instâncias ordinárias, que se encontram mais próximas da situação que concretamente se apresenta ao Judiciário, têm condições de realizar o exame do caso concreto, por meio da valoração fática e probatória a qual, na maioria das vezes, possui cunho subjetivo, impregnada pelo livre convencimento motivado. Dessa forma, não tendo as instâncias ordinárias apresentado nenhum elemento concreto que autorizasse a aplicação excepcional do princípio da bagatela, entendo que deve prevalecer o óbice apresentado nos presentes autos.

5. Acolhidos os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, dando provimento ao agravo regimental para dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem, para que, superada a tese da insignificância, realize juízo de recebimento da denúncia.

(ERESP 1217514/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 09/12/2015, DJe 16/12/2015).

Consolidou-se na seção criminal que os requisitos pessoais são aferíveis no critério de insignificância, que não teria por parâmetro o dano ao bem jurídico mas à ordem jurídica e à necessidade de resposta penal ao agente – fatores que levam também em consideração a vida pregressa do autor. Daí a exclusão em princípio da insignificância ante a reiteração de condutas de descaminho.

É exclusão inicial da insignificância, que pela vida do agente, pelas espécies anteriores de processos (se somente administrativo, se criminais, com condenação transitada em julgado ou não) e, especialmente, pelo valor descaminhado, pode ser excepcionada para incidência da atipicidade material.

Criticável, *concessa venia*, é a posição vigente no STJ, por fazer incidir critérios da pessoa do agente na aferição de relevância do dano criminal:

É por demais sabido que se inexistente a tipicidade, as circunstâncias presentes no contexto fático, e a vida pregressa do indiciado, não tem o condão de dar matiz criminal ao fato. Uma lesão insignificante a um bem jurídico, mesmo que seja de autoria de um celerado, reincidente na prática dos mais graves delitos, não faz com que ao mesmo se possa atribuir a prática de crime. A vida pregressa, os antecedentes, por mais hediondos que sejam, não podem levar a tipificação criminal de uma conduta que, por ter causado insignificante dano a um bem jurídico tutelado, não lhe causou uma lesão relevante. Somente após se entender tipificado o fato, é que se podem considerar as circunstâncias que o cercaram e a vida pregressa de seu autor, para efeito de se aferir sua culpabilidade, e a consequente dosagem da pena. É, permissa *venia*, totalmente equivocado o aresto questionado por entender que a vida pregressa, e a natureza do ocorrido, ou seja, um pequeno arranhão, podem fazer com que se tipifique uma inexpressiva lesão a um bem jurídico protegido pela ordem penal (LOUISI, 1998, p. 375).

Roxin (2008, p.177), a propósito do tema, ensina:

Está claro que el principio nullum crimen, nulla poena sine lege favorece más el desarrollo de un Derecho penal del hecho que el de un Derecho penal de autor; pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan a ‘un elemento criminógeno permanente’ en la persona del autor... Así pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un Estado de Derecho liberal se inclinará siempre hacia un Derecho penal del hecho.

É de se admitir, não obstante, que decide no ponto a superior corte no mesmo sentido do STF, que também tem majoritariamente impedido a insignificância ante a reiteração da prática de descaminho.

O descaminho é crime formal; inaplicável a Súmula Vinculante 24/STF

Manifestações do STF e do STJ equipararam inicialmente o crime de descaminho aos crimes contra a ordem tributária e, nesse sentido, o reconheciam como crime material, com a indispensável constituição e lançamento do crédito tributário como condição de tipicidade formal. Nesse caso, a ausência do procedimento administrativo fiscal implicaria inevitavelmente precariedade da ação penal por ausência de justa causa.

Para os delitos tributários, o STF editou a Súmula Vinculante 24, asseverando que *não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*. Em que pese o descaminho não ser contemplado pela lei retro, sustentava-se a sua equiparação.

Todavia, atualmente vigora interpretação no STJ que afasta a aplicação da Súmula Vinculante 24/STF ao crime de descaminho, nesse sentido o RHC 35180/RS¹⁹:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Descaminho. Crime formal. Desnecessidade de constituição definitiva do crédito tributário. Impossibilidade de equiparação com o crime de sonegação fiscal. Tutela de tributos regulatórios de mercado. Proteção primária do natural funcionamento da indústria nacional e do interesse econômico-estatal na estabilidade das relações de mercado. Lançamento definitivo do Tributo: exigência que esvazia o conteúdo do injusto culpável, tornando-o quase inaplicável, por via hermenêutica. Regra da Súmula Vinculante n. 24/STF. Não incidência. Evasão de divisas. Caracterização como crime-meio do delito de descaminho que só pode ser verificada na sentença, após a devida instrução. Inviabilidade de concluir-se de forma diversa na via estreita do *writ*, que não admite dilação probatória. Inépcia da denúncia, por falta de indicação do valor do tributo iludido. Alegação descabida. Recurso desprovido.

1. O fato de um dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal no crime de descaminho ser a arrecadação tributária não pode levar à conclusão de que sua natureza jurídica é a mesma do crime previsto no art. 1º, da Lei n. 8.137/90. De rigor conceder tratamento adequado às especificidades dos respectivos tipos, a fim de emprestar-lhes interpretação adequada à natureza de cada delito, considerado o sistema jurídico como um todo, à luz do que pretendeu o Legislador ao editar referidas normas.

2. “Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo – marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas” (trecho do voto vista do Ministro Eros Grau, no julgamento pelo STF da ADPF 101/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 01/06/2012).

3. A norma penal do art. 334 do Código Penal – elencada sob o Título XI: “Dos Crimes Contra a Administração Pública” – visa a proteger, em primeiro plano, a integridade do sistema de controle de entrada e saída de mercadorias do país, como importante instrumento de política econômica. Engloba a própria estabilidade das atividades comerciais dentro do país, refletindo na balança comercial entre o Brasil e outros países. Na fraude pressuposta pelo referido tipo, ademais, há artifícios mais amplos para a frustração

da atividade fiscalizadora do Estado do que o crime de sonegação fiscal, podendo referir-se tanto à utilização de documentos falsificados, quanto, e em maior medida, à utilização de rotas marginais e estradas clandestinas para fuga da fiscalização alfandegária.

4. A exigência de lançamento tributário definitivo no crime de descaminho esvazia o próprio conteúdo do injusto penal, equivalendo quase a uma descriminalização por via hermenêutica, já que, segundo a legislação aduaneira e tributária, nesses casos incide a pena de perdimento da mercadoria, operação que tem por efeito jurídico justamente tornar insubsistente o fato gerador do tributo e, por conseguinte, impedir a apuração administrativa do valor devido.

5. A prática do descaminho não se submete à regra instituída pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula Vinculante n. 24, expressa em exigir o exaurimento da via administrativa somente em “crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90”.

6. Em suma: o crime de descaminho perfaz-se com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Não é necessária a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido para a configuração do delito, embora este possa orientar a aplicação do princípio da insignificância quando se tratar de conduta isolada. Trata-se de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao *quantum* do imposto devido não integra o tipo legal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Quinta Turma desta Corte.

7. A defesa alega também que o delito de evasão fiscal é crime-meio na espécie, razão pela qual se aplicaria quanto a tal infração a mesma sorte do descaminho. Ocorre que a definição da evasão como crime-meio, no caso, só pode ocorrer na sentença, após a devida instrução. Inviabilidade de concluir-se de forma diversa e antecipada na via estreita do *writ*, que não admite dilação probatória.

8. A falta de indicação do valor do tributo iludido não torna inepta a denúncia pelo crime de descaminho. Se é inexigível a constituição definitiva do débito, por óbvio não é necessária a indicação precisa do valor na exordial.

9. Recurso desprovido.

Destaca-se da extensa, mas explicativa ementa acima, a conclusão de que se for aplicada ao descaminho o mesmo tratamento que é dado aos crimes contra a ordem tributária, ter-se-ia a própria desfiguração do tipo, pois quando aplicado o perdimento de bens, sequer o crédito tributário seria lançado.

5. Conclusão

Da evolução da doutrina e jurisprudência, notadamente do STJ, percebe-se que o tema da insignificância permanece em evolução.

Alteram-se critérios (se o direito penal é influenciado pelo desinteresse fazendário) e parâmetros (se o valor é o da dispensa de execução fiscal, ou se é o menor valor do cancelamento tributário), condições (relacionadas ou não à conduta típica) e interpretações (se a reiteração exige ou não valor mínimo).

É tema que envolve interesses fiscais e penais, política e autonomia estatais.

O estado da arte atual no STJ é de incidência do princípio da insignificância ao crime de descaminho, com valor limitado a dez mil reais de tributo iludido, não cabível em caso de reiteração delitiva, ainda que demonstrada por procedimentos administrativos, ações penais ou inquéritos em curso. No valor iludido consideram-se créditos fiscais dos últimos cinco anos, desconsiderados do cálculo PIS e Cofins. Na existência do crime, não incide a súmula vinculante 24/STF, pois formal, sendo desnecessário a constituição definitiva do crédito tributário para fins de persecução criminal.

Permanece o STJ divergindo do STF no valor do crédito tributário. Enquanto o STJ continua se pautando no valor de R\$ 10.000,00, do art. 20 da Lei 10.520/02, o STF admite o valor de R\$ 20.000,00, conforme a Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda.

A noção fragmentária do direito penal exige limitar sua intervenção aos relevantes bens jurídicos tutelados, atingidos de modo igualmente relevante. É o dano sério a bens jurídicos importantes. É a efetivação do direito penal como *ultima ratio*.

Admitir a persecução criminal, cadeia (ao fim), quando sequer a vítima possui interesse de cobrar o dano é preocupante. É alterar a relevância dos danos – o dano fiscal passa a ser mais exigente do que o criminal para a intervenção estatal – e, por via transversa, tornar o direito penal instrumento primeiro de cobrança da dívida tributária (pois com o pagamento do tributo é extinta em regra a punibilidade do agente).

O desinteresse objetivo da administração pública na execução dos créditos tributários, conforme a Portaria 75/2012 e a Lei 10.520/02, com decorrente ausência de responsabilização civil, não permite aferir interesse da ação criminal.

A insegurança jurídica gerada pela divergência de interpretação do tema nas cortes excepcionais, destino final da interpretação do direito nacional, traz ainda mais relevância à questão.

É preciso restaurar o direito penal como último recurso da ação estatal, é preciso limitar a insignificância ao dano efetivo (tipicidade material), sem considerações outras de ordem pessoal, é necessário admitir que o desinteresse civil da vítima traz efeito imediato de desinteresse na própria ação penal e é preciso, ao fim, restaurar a segurança jurídica de critérios uniformes para a insignificância. Não é eficiente e possui discutível utilidade uma norma incriminadora da ilusão de tributos quando diverge a jurisprudência acerca da própria existência do crime, em situações que faticamente dão-se como maioria dos casos concretos, pois dentro do limite de vinte mil reais.

Notas

1. Nefi Cordeiro. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.
2. Anderson Zacarias Martins Lima. Mestrando em Direito Internacional e Econômico no Programa de Mestrado e especialista em Docência Virtual e Presencial no Ensino Superior (Universidade Católica de Brasília). Advogado militante no Distrito Federal. Professor e assessor do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília.
3. Pessoas que promovem a entrada de mercadoria clandestinamente no território nacional para fins de comercialização.

4. HC 84412, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19/11/2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963).
5. AgRg no REsp 1344013/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 05/03/2013, DJe 14/03/2013.
6. REsp 221.489/PR, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/03/2000, DJ 17/04/2000, p. 78.
7. HC 34.281/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08/06/2004, DJ 09/08/2004, p. 281.
8. REsp 685.135/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/03/2005, DJ 02/05/2005, p. 401.
9. REsp 1112748/TO, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 09.09.2009, DJe 13/10/2009.
10. HC 126746 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 14/04/2015, processo eletrônico DJe-084 DIVULG 06-05-2015 PUBLIC 07/05/2015.
11. RHC 45.633/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 05/08/2014, DJe 22/08/2014.
12. Sexta turma: AgRg no REsp 1460036/PR, julgado em 18/12/2014; Quinta Turma: AgRg no REsp 1502711/PR, julgado em 16/06/2015.
13. AgRg no REsp 1351919/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 03/10/2013, DJe 10/10/2013.
14. REsp 1500919/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 03/03/2015, DJe 12/03/2015.
15. AgRg no AREsp 231.156/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 06/09/2013.
16. REsp 1254869/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 19/09/2013.
17. HC 126746 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 14/04/2015, processo eletrônico DJe-084 DIVULG 06/05/2015 PUBLIC 07/05/2015.
18. EREsp 1217514/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 09/12/2015, DJe 16/12/2015.
19. RHC 35.180/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 5: parte especial dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848*, de 7 de dezembro de 1949. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. *Lei 9.469/1997*, de 10 de julho. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9469.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. *Lei 10.522/2002*, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10522.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. *Lei 10.865/2004*, de 30 de abril. Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.865.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. *Lei 11.033/2004*, de 21 de dezembro. Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária – REPORTO; altera as Leis 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11033.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. *Lei 13.003/2014*, de 26 de junho. Dá nova redação ao art. 334 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e acrescenta-lhe o art. 334-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13008.htm#art1>. Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. *Portaria 75/2012*, de 22 de março. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/institucional/legislacao/2012/portaria75>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de direito penal*, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). São Paulo: Saraiva, 2011.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em:

- <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LUIZI, Luiz. *O princípio da insignificância e o pretório excelso*. *Boletim do IBCCrim*, n. 63. São Paulo, fevereiro/1998.
- MANÁS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente de tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MASSOM, Cleber. *Direito penal esquematizado*, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2011.
- PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazari. *O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2003.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Tomo I, Civitas, 2008.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral* / Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DOCTRINA

Embargos de declaração e fundamentação das decisões no novo CPC

Otávio de Abreu Portes¹

Desembargador do TJMG

Rubens Augusto Soares Carvalho²

Assessor Judiciário no TJMG

Bruna Fernandes Assunção Vial³

Assessora Judiciária no TJMG

COMO SE SABE, OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONSTITUEM recurso de âmbito discursivo restrito à expurgação de erro material, omissão, obscuridade ou contradição na decisão, conforme artigos 1.022 e 1.023 do CPC/15.

A despeito da alteração da norma de regência, o espírito dos embargos de declaração ainda permanece o mesmo que se verificava na sistemática anterior, vale dizer, não se trata de remédio processual destinado à reapreciação das questões controvertidas, mascaradas sob a pecha de suposta *omissão*, *obscuridade* ou *contradição ou erro material*. Os embargos de declaração constituem, a toda evidência, o recurso mais historicamente deturpado e desvirtuado do seu verdadeiro propósito processual, isto é, as partes sempre encontram uma maneira de correlacionar um pronunciamento, puro e simples, com uma das hipóteses acima indicadas, intentando assim reapreciação da matéria discutida.

Referida deturpação histórica ganhou novos contornos e matizes com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, fato que nos levou a escrever este breve ensaio.

Impõe-se, inicialmente, pequena incursão sobre os aspectos conceituais das principais hipóteses de cabimento/acolhimento dos embargos – contradição e omissão das decisões judiciais.

De início, com relação à *contradição* que estaria a impor o acolhimento, é de se esclarecer que trata da hipótese de inconsistência entre as premissas lógicas internas do próprio decisório. A *contradição* hipoteticamente imaginada, tal como atualmente prevista no artigo 1.022, inciso I, do CPC/15, não é, pois, entre a decisão e a prova dos autos; não é entre a decisão e regra que o embargante julga mais aplicável ou mais jurídica ao caso; não é entre a decisão e a jurisprudência que eventualmente venha em socorro da tese sustentada pelo embargante, enfim, *não é entre a decisão e o interesse defendido pelo recorrente, assim considerado de uma forma ampla – prova, regra ou jurisprudência.*

Nesse cenário, ainda que a premissa legal adotada esteja juridicamente incorreta (questão de índole eminentemente interpretativa) e que, portanto, careceria de nova valoração pelo julgador ou que a premissa fática resulte de interpretação ineficiente/ruim da prova dos autos (também questão de natureza interpretativa), tais hipóteses refletiriam eventual *error in iudicando*, questão discursiva não comportada na restrita sede dos embargos declaratórios.

De semelhante forma, pertinente à *omissão*, justificadora do acolhimento dos embargos, não é aquela decorrente da inobservância de prova, regra ou jurisprudência tendentes à concretização do interesse da parte embargante, mas sim aquela que decorre da sonegação de parte ou todo da prestação jurisdicional vindicada ao julgador competente.

Nesse quadrante, talvez o mais amplo deles, o CPC/15 trouxe importante inovação ao consignar que a *omissão* também se verifica quando incorre o julgador em quaisquer das condutas estampadas no seu artigo 489, § 1º, trazendo exigências quanto à fundamentação exposta, senão vejamos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De ver que o legislador visou minimizar a ocorrência da chamada *jurisprudência defensiva*, conceito associado à hipótese em que o julgador emprega fundamentação genérica e por vezes até desconexa dos aspectos controvertidos para justificar suas conclusões, não cuidando de fazer uma correlação direta e objetiva com os fatos da causa.

Trata-se de inovação processual elogiável a toda evidência, evitando que sejam as demandas encerradas e as questões incidentes resolvidas sem justificativas suficientes – de ordem racional, fática e principalmente lógica.

Ocorre todavia que, como qualquer norma, o novo CPC também carece de ser interpretado, em grau mais profundo que o literal. E uma interpretação mais substancial da referida regra impõe concluir acerca da necessidade de se ponderar, de um lado, a exigência de uma fundamentação efetiva dos atos judiciais (garantia constitucionalmente prevista no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal), mas de outro, também a necessidade de solução dos litígios em tempo hábil (prevista no texto magno, artigo 5º, inciso LXXVIII).

Com efeito, a exigência de pressupostos mínimos da fundamentação não pode corresponder a um esforço abstrato sobre-humano do julgador para demonstrar as razões do seu convencimento, ou mesmo

sua escravização à capacidade criativa dos advogados para protelarem os pronunciamentos desfavoráveis aos interesses dos seus constituintes.

A uma porque, por tratar a função jurisdicional diretamente com interesses subjetivos em litígio, é bastante evidente que a parte derrotada na lide jamais estará plena ou mesmo minimamente satisfeita com as razões de decidir lançadas em seu desfavor, existindo aí um evidente inconformismo natural com tudo que nos é prejudicial.

A duas porque, a se entender de forma diversa, exigindo do julgador o completo exaurimento de absolutamente todas as proposições suscitadas pelos sujeitos do processo – ainda que não tenham o mínimo condão de influir no seu convencimento, e mais, impondo também que explicita não apenas por que adota um determinado argumento ou razão de decidir, mas também por que deixa de aplicar outro(a)(s), transformar-se-ia a jurisdição numa função destinada mais ao desenvolvimento de teses jurídicas que propriamente à solução de conflitos intersubjetivos, não nos parecendo ser este o objetivo do novo Código de Processo Civil, por óbvio.

Ainda inserto no contexto, chama-nos a atenção o disposto no inciso IV acima ementado, donde se considera não fundamentada a decisão que “*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”.

Proeminentes juristas e processualistas, do escol de Lenio Streck, Freddie Didier Júnior e Dierle Nunes, vêm propugnando que referida alteração extinguiu o princípio do convencimento livre do magistrado, impondo ao julgador que se manifeste sobre absolutamente todos os argumentos que foram suscitados pela parte para influir na conclusão.

Em que pese o profundo respeito que nutrimos pelos doutrinadores destacados, dentre outros não menos brilhantes que também adotam tal posicionamento diante das inovações trazidas pelo novo CPC nesse quadrante, não podemos concordar incondicionalmente com tal ideia.

Ora, não enfrentar *todos os argumentos deduzidos, capazes de, em tese, desconstruir a conclusão alcançada*, é diferente de enfrentar *toda e qualquer argumentação aduzida pelas partes*; destarte, o julgador está sim compelido a enfrentar os arazoados, mas desde que possam vir a modificar seu entendimento, afigurando-se possível desprezar aqueles

que nem mesmo abstratamente têm ou teriam qualquer influxo sobre seu convencimento, sem que isso viole o disposto na regra em tela.

E quem realiza este juízo de valor, por óbvio, deve ser o próprio julgador, e não a parte embargante, pois em última análise somente ele é quem está apto a se convencer que determinada construção argumentativa é ou não apta a modificar o que inferiu. Assim é que, confrontado com ponderação que possa vir a derruir sua conclusão, deverá enfrentá-la. Do contrário, não nos parece necessário esmiuçá-lo com esforço racional e jurídico inócuo, já que, em última análise, imagina-se que referido apelo (omitido) não era nem é suscetível de desconstruir a conclusão erigida.

É dizer que a parte embargante não tem o poder processual de escolher *qual argumento supostamente não enfrentado poderia, em tese, mudar o que foi decidido*; ora, se o convencimento (íntimo, pessoal, enfim, qualquer nome que se queira atribuir) é o do julgador, é evidente que somente ele pode valorar se o apontamento omitido possui ou não aptidão em abstrato para desconstruir uma primeira dedução alcançada.

Já há jurisprudência do STJ sustentando a subsistência do princípio da persuasão racional ou livre convencimento motivado no CPC/15, nos termos em que ora consagramos:

Processual civil. Embargos de declaração em mandado de segurança originário. Indeferimento da inicial. Omissão, contradição, obscuridade, erro material. Ausência. 1. Os Embargos de Declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. *O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. [...] 4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora ata-*

cada, não se dividando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal decisum. 5. Embargos de Declaração rejeitados (EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Primeira Seção, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016).

Adotando um exemplo alegórico para mostrar o que acabamos de afirmar, a aplicação do artigo 489, inciso IV, do NCPC tal como vem sendo imaginada por uma determinada classe de juristas, conduziria à absurda hipótese em que, ainda que a parte suscite, em meio à sua argumentação, uma receita de *bolo de laranja*, teria o julgador que explicitar expressamente porque referida receita não tem qualquer repercussão na sua conclusão a fim de que seu decisório tivesse fundamentação válida.

Venia concessa, pensamos não ser este o objetivo da norma. Acreditamos que o objetivo do legislador foi tornar mais bem delineada, mediante interposição de embargos, a hipótese onde o julgador não se atenta para algo que, se tivesse observado, lhe importaria decisão diversa.

Ademais, se é exigência do novo CPC que o julgador enfrente tais questões omitidas, pensamos que também deve ser ônus do embargante demonstrar, de forma lógica, como e de que forma o enredo sonogado impõe influxo desconstrutivo sobre a premissa adotada pelo julgador; não basta apenas arguir a omissão quanto a alegação que torna o desfecho favorável ao seu interesse, mas sim evidenciar que o argumento omitido derrui, por completo, a premissa adotada pelo magistrado.

Dworkin já preceituava que os casos judiciais, mormente os complexos (*hard cases*), deveriam ser decididos não por discricionariedade do julgador, e sim pela análise dos princípios da comunidade onde o caso difícil está em debate, e pela diferenciação dos princípios das regras (2007, p. 43).

Não é injurídica a adoção de uma solução em detrimento das demais. E não é injurídico desprezar outras soluções jurídicas, desde que demonstrado de forma racional o porquê da adoção da que foi preferida no caso concreto, ponderando-se as normas incidentes.

Neste ponto regressamos à premissa posta nas primeiras linhas deste modesto artigo: o espírito dos embargos de declaração segue o mesmo, e eles não se prestam à reapreciação da causa; acrescentando-se que não nos parece que a transposição dos códigos tenha ido muito além da supressão do vocábulo “livremente” quando da transformação do artigo 131 do CPC/73 no artigo 371 do CPC/15.

A otimização da prestação jurisdicional que perpassa pela necessidade de adequada fundamentação dos pronunciamentos judiciais não pode encontrar óbice na isquemia e completo assoreamento do ofício judicante que se avista caso esteja o julgador compelido ao completo exaurimento de tudo quanto for suscetível de arguição pelas partes beligerantes.

Entendemos que o magistrado segue, sim, livre para julgar a demanda dentro dos seus limites de conformidade com o direito posto. Livre para escolher uma solução e não outras, e que não tem que dizer por que deixou de escolher outra, porque esta explanação já se encontra a princípio implícita na escolha feita, de tal sorte que cabe também às partes demonstrar, pela via dos embargos de declaração, que o argumento sonogado é capaz de influir no resultado e impor conclusão diversa.

Em remate e resumo, pensamos que o novo CPC, ao dar novos contornos ao recurso de embargos de declaração e instituir pressupostos de validade da fundamentação judicial, não quis exigir do julgador uma técnica negativa de decisão.

É dizer, observados os novos preceitos contidos no artigo 489, § 1º, do CPC/15, o dever de fundamentação não pode impor ao magistrado demonstração de razões que conduzam ao completo esgotamento de absolutamente todas as teses jurídicas suscitadas pelas partes, mas tão somente daquelas que, de alguma forma, se relacionem com a conclusão alcançada, de tal sorte que o não enfrentamento de argumento nem mesmo minimamente capaz de infirmar o decidido não há de ser capaz de invalidar o pronunciamento ou exigir-lhe integração, sob

A otimização da prestação jurisdicional não pode encontrar óbice na isquemia e completo assoreamento do ofício judicante

pena de inviabilização da atividade judicante e eternização dos litígios, mormente nos casos complexos.

Notas

1. Otávio de Abreu Portes. Desembargador do TJMG.
2. Rubens Augusto Soares Carvalho. Assessor Judiciário no TJMG.
3. Bruna Fernandes Assunção Vial. Assessora Judiciária no TJMG.

Referência

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Tutela provisória. Medidas coercitivas. *Contempt of Court?*

Jorge de Oliveira Vargas¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Giuliano di Carlo Tambosi²

Assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

ESTE ARTIGO DISCORRE SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DA DESOBEDIÊNCIA das decisões judiciais, de maneira especial daquelas que decorrem das medidas de urgência.

Não basta que um direito seja declarado; o que importa é que ele se realize. A atividade satisfativa é a razão de ser do processo.

Substituindo o instituto da tutela antecipada, que era disciplinado no art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, e o processo cautelar, o novo diploma processual trouxe, a partir de seu art. 294, um livro dedicado à tutela provisória, a qual divide-se em tutela de urgência e tutela de evidência.

Quando se fala em tutela de urgência, verifica-se que esta exige a presença do *periculum in mora*, subdividindo-se em tutela de urgência de natureza antecipada, que visa a satisfação imediata de uma pretensão, e tutela de urgência de natureza cautelar, que visa garantir o resultado útil do processo.

Já a tutela de evidência, por sua vez, não exige a presença do *periculum in mora*, sendo cabível em duas hipóteses, a saber: abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte.

Merece destaque o contido no art. 297 do novo CPC, que diz: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória.”

É a teoria dos poderes ínsitos do juiz, ou seja, quando se lhe atribui uma função, atribui-se também os instrumentos necessários para fazê-la cumprir.

O poder de o juiz reprimir a desobediência injustificada de sua ordem, quer por medidas civis ou penais, é um poder que está por sua natureza inseparavelmente ligado ao exercício da jurisdição. Não haverá real poder jurisdicional se o juiz não puder fazer cumprir suas ordens.

No sistema do *Common Law* há o instituto do *Contempt of Court* (desacato à Corte), que torna impensável o descumprimento de uma ordem judicial.

Kazuo Watanabe lecionando sobre a tutela antecipada e específica, bem como obrigações de fazer e não fazer, alerta sobre a diferença que existe entre o sistema da *Civil Law*, a que pertencemos, e o sistema da *Common Law*, no que diz respeito à jurisdição:

No sistema continental, da *Civil Law*, a desobediência ou o descumprimento da ordem do juiz são vistos mais como uma ofensa ao direito da parte contrária, ao passo que no sistema anglo-saxão, a desobediência à ordem do juiz é considerada embaraço ao exercício da jurisdição. Portanto, eles consideram isso como atentado à dignidade da Justiça e têm, por isto, um instrumento denominado *Contempt of Court*, que pode trazer, inclusive, consequências penais, de constrição da liberdade pessoal.³

Mas ao mesmo tempo em que faz este alerta, Watanabe expressa sua percepção de que “o nosso sistema começa a se aproximar bastante da *Common Law*”, e que há “um grande esforço no sentido da concepção de provimentos mais efetivos, eficazes e adequados, porque processo é um instrumento, e como tal deve ter efetividade para a tutela adequada, efetiva e tempestiva de direitos”⁴.

Eventual desacato importa a imediata prisão do desobediente, a qual irá durar até que o mesmo se disponha a cumprir a ordem, ou imposição de multa diária.

Não há previsão constitucional em nosso sistema a respeito, pois a vedação da constituição, prevista no art. 5º, LXVII, no sentido de que não haverá prisão por dívida (com exceção do inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia), diz respeito a sentença

com carga de eficácia condenatória (pagar quantia) e não a sentença com carga de eficácia mandamental (obrigação de fazer ou deixar de fazer).

Nesse sentido importa citar a lição de Rogéria Fagundes Dotti:

“A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXVII, prevê que: não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia”. Tal dispositivo constitucional levou vários processualistas a se posicionarem contra a adoção de meios de coerção pessoal para o cumprimento das ordens judiciais, afirmando se tratar de medidas claramente inconstitucionais. Se não existe prisão civil por dívida, à exceção do caso previsto na Constituição, como se poderia permitir um alargamento?

[...]

Ocorre, porém, que a situação que se está a analisar é absolutamente diversa. De fato, não é possível ampliar os casos de prisão civil por dívida. Todavia, o que se pretende é a adoção de pena de prisão em face da desobediência clara e injustificada da ordem judicial. Não se está a defender a prisão por dívida, mas a prisão por qualquer forma de inadimplemento obrigacional, desde que em tal conduta esteja o demandado obrigado por força de decisão (mandamento) judicial.⁵

Permite nosso sistema adotar, embora indiretamente, o instituto do *Contempt of Court* para fazer cumprir uma tutela provisória?

A resposta é positiva.

Relativamente a pena de prisão, temos em nosso Código Penal o crime de desobediência previsto no art. 330, que diz: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público. Pena – detenção, de 15 dias a 6 meses, e multa.”⁶

Alguns diriam: *mas esse crime não alcança os funcionários públicos, os representantes da Fazenda Pública, porque trata-se de crime contido no capítulo “dos crimes praticados por particulares contra a administração geral”*.

Esse raciocínio não merece prosperar porque: a uma, seria interpretar o direito pelo absurdo, ou seja, de que os funcionários públicos podem impunemente descumprir uma ordem judicial; e, a duas, porque, na lição de Magalhães de Noronha “a função pública não abrange atos abusivos ou arbitrários. O funcionário, que os pratica, despe-se dessa qualidade para agir como particular”⁷, o que significa dizer que o funcionário público quando age em desacordo com suas funções (dentre elas a de cumprir decisão judicial), não está agindo em nome do Estado, mas em nome próprio.

Funcionário público quando age em desacordo com suas funções não está agindo em nome do Estado, mas em nome próprio

Acrescente-se, ainda, que esse crime foi reproduzido no art. 26 da Lei 12.016/09⁸, que trata do mandado de segurança, o que significa dizer que pode sim, ser sujeito passivo do crime de desobediência, o representante da Fazenda Pública.

Mas ainda haveria um outro argumento. *Mas esse crime não é de menor potencial ofensivo? De competência dos juizados especiais?*

A resposta é negativa, porque a desobediência da ordem do juiz é crime permanente e como tal, nos termos do art. 303 do Código de Processo Penal, o agente estará em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Outra discussão a respeito do tema é em relação às *astreintes*, ou seja, multa diária. É também um meio para se fazer cumprir uma ordem judicial.

Mas a questão é que a multa era aplicada à pessoa jurídica de direito público e não à pessoa da autoridade, sendo que a posição do Superior Tribunal de Justiça era nesse sentido.

A respeito, o REsp 747.371, cuja ementa diz:

Processo civil – Execução de fazer – Descumprimento – *Astreintes*. Aplicação contra a Fazenda Pública. Cabimento. Extensão da multa diária aos representantes da pessoa jurídica de direito público. Impossibilidade. 1. Conforme jurisprudência firmada no

âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, a Fazenda Pública. Precedentes. 2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicado à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade. 3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno. 4. 5. Recurso especial provido.⁹

Ora, a imposição só ao órgão não leva o agente a cumprir a ordem, porque o mesmo fica a salvo da multa, e aí quem é punida é a sociedade, os contribuintes.

Todavia, a posição desse colendo tribunal está mudando, e isso extrai-se da leitura do Recurso Especial 1.399.842, da relatoria do ministro Sérgio Kukina, que diz na ementa: “é possível a fixação de *astreintes* a incidir sobre o patrimônio pessoal da autoridade coatora, tendo em vista o caráter coercitivo de tal multa”.

Do corpo do acórdão consta:

Nessa linha de compreensão, assevera Jorge de Oliveira Vargas que ‘a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio, porque o órgão, como parte que é da administração pública em geral, não pode deixar de cumprir determinação judicial, pois se assim agir, estará agindo contra a própria ordem constitucional, que o criou, ensejando inclusive a intervenção federal ou estadual, conforme o caso; seria a rebeldia da parte contra o todo. Quando a parte se rebela contra o todo, ela, a parte, deixa de pertencer àquele (As consequências da desobediência da ordem do juiz cível. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125).¹⁰

No mesmo sentido o REsp 1175165 da relatoria do ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Para Luiz Guilherme Marinoni:

Não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não-cumprimento da decisão é exteriorizada por determinado agente público. Se a pessoa jurídica exterioriza sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão jurisdicional.¹¹

Quanto à titularidade da multa diária, tem-se que o CPC de 1973 foi vago neste aspecto, ou seja, caso não fosse cumprida uma determinada obrigação, a qual foi fixada pelo juiz, quem se beneficiaria da multa? A outra parte do processo? Ou o próprio Estado?

Duas correntes se seguiram desde então, a que entende que quem se beneficiaria seria a parte; já a outra buscou uma aproximação ao instituto já mencionado, qual seja o *Contempt of Court*, afirmando, assim, que a multa deveria ser revertida ao Estado.

Porém o STJ se manifestou sobre o tema mantendo o entendimento de que a multa seria de titularidade da parte, conforme decisão proferida no REsp 949.509, sendo o tema objeto do informativo 497 do mesmo tribunal, de 7 a 18 de maio de 2012, no sentido de que “a Turma, por maioria, assentou o entendimento de que é o autor da demanda o destinatário da multa diária prevista no art. 461, § 4º, do CPC – fixada para compelir o réu ao cumprimento de obrigação de fazer.”¹²

O novo Código de Processo Civil seguiu tal posicionamento, principalmente quando analisado o disposto em seu art. 537, § 2º, na medida em que “o valor da multa será devido ao exequente”¹³. Isso em se tratando de multa aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, relativamente a obrigação de fazer ou não fazer.

Verifica-se, então, que o NCPC reafirmou que a multa é revertida à parte, afastando, dessa forma, a possibilidade do Estado perceber tal benefício, a não ser na hipótese prevista no art. 77, §§ 2º e 3º, desse diploma.

Quanto à incidência da multa em obrigação de pagar, vemos que no CPC de 1973 tal obrigação consistia em penhora como ato preparatório para expropriação dos bens do devedor para a satisfação do credor (arts. 646 a 652). Agora, com o advento do novo código, temos uma inovação, a possibilidade de medidas coercitivas para a satisfação de obrigações de pagar quantia.

Nesse sentido, extrai-se do art. 139, IV do NCPC:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Um exemplo de aplicabilidade de tal dispositivo, foi a decisão proferida pela juíza Andrea Musa, da 2ª Vara Cível de Pinheiros/SP.

Nesta decisão, a magistrada suspendeu a carteira de habilitação, bem como apreendeu o passaporte de um réu, até que este pague uma determinada dívida.

Ou seja, utilizou-se de uma medida excepcional diante do esgotamento dos meios de satisfação do crédito.

Porém, no Tribunal de Justiça de São Paulo, foi concedida liminar em sede de habeas corpus no processo 2183713-85.2016.8.26.0000, onde foi afirmado que:

[...]

em que pese a nova sistemática trazida pelo art. 139, VI, do CPC/2015, deve-se considerar que a base estrutural do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que em seu art. 5º, XV, consagra o direito de ir e vir. Ademais, o art. 8º, do COC/2015, também preceitua que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz não atentará apenas a eficiência do processo, mas também aos fins sociais e às exigências do bem comum, devendo ainda resguardar

e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade¹⁴.

Veja-se que, no caso, a magistrada utilizou o contido no art. 139, IV, do CPC, pois, da análise do texto legal, verifica-se que tais medidas são utilizadas para que se cumpra determinada ordem judicial, inclusive em obrigações de fazer. Assim constou da fundamentação:

O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Isso porque o processo tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução.

Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não tem recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, manter tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva.

Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e **suspendo** a Carteira Nacional de Habilitação do executado M. A. S., determinando, ainda, a **apreensão** de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida.¹⁵

A questão é polêmica e merece uma reflexão diante do contido no art. 4º do NCPC que diz: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Porém, qualquer decisão judicial, mesmo visando a atividade satisfativa, não pode deixar de observar os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme art. 8º do citado diploma.

Outro aspecto que merece abordagem é da aplicabilidade ou não da tutela provisória frente à Fazenda Pública.

Pois bem, dessa forma, o novo CPC, em seu art. 1.059, dispõe que à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei 8.437/92¹⁶, e no art. 7º, § 2º da Lei 12.016/09, na medida em que:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

Configura-se um privilégio à Fazenda Pública que já deveria ter sido extirpado de nosso sistema processual, pois é dito que esse privilégio existe para atender ao interesse público, mas sabemos que o interesse da Fazenda Pública não se identifica com o interesse público.

Quando falamos em interesse público, significa dizer que todos sejam tratados igualmente perante a lei; que a garantia constitucional do prazo razoável seja uma realidade; que a prestação jurisdicional tempestiva e adequada aplique-se indistintamente.

Essa discriminação é inconstitucional, pois o art. 5º, XXXV da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito”¹⁷.

A tutela provisória é o instrumento que melhor atende, quer pelo aspecto satisfativo, quer pelo aspecto cautelar, à proteção frente a ameaça de lesão a direito, bem como ao direito da prestação jurisdicional tempestiva e adequada.

Essa norma (art. 5º XXXV da Constituição Federal) é de eficácia plena; não pode ser reduzida pelo legislador infraconstitucional. Há uma vedação constitucional à lei que venha tornar ineficaz essa prestação; portanto, as mencionadas leis, na parte que limitam o alcance do citado dispositivo constitucional, não merecem ser canceladas.

Destaque-se aqui, ainda, o contido no art. 1º, § 3º da Lei 8.392, que diz: “Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.”

Esse dispositivo na verdade quer dizer que não serão concedidas liminares satisfativas irreversíveis, ou seja, aquelas cuja execução produz resultado prático que inviabiliza o retorno ao *status quo ante*, em caso de revogação. (STJ – 1ª Turma. REsp 664.224, Min. Teori Zavascki, DJ 1.3.07.)

Essa irreversibilidade, infelizmente, é ainda reproduzida no art. 300, § 3º, do novo CPC, mas isso vem sendo abrandado pela jurisprudência, veja-se:

Ainda que o art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92 vede a concessão de liminar contra atos do poder público no procedimento cautelar, que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, há que se considerar que, tratando-se de aquisição de medicamento indispensável à sobrevivência da parte, impõe-se que seja assegurado o direito à vida da requerente. (STJ-1ª T., MC 11.120, Min. José Delgado, DJU 8.6.06).

Acrescente-se que além desse aspecto, qual seja, o da ponderação dos bens de vida em jogo, bastaria, quando possível e fosse razoável, exigir-se uma caução como contracautela, conforme previsto no art. 300, § 1º.

Portanto, com essa possibilidade de arbitramento de caução, não se justifica a impossibilidade de deferimento de tutela provisória frente à Fazenda Pública.

Conclusões

A prestação jurisdicional, como serviço público essencial, deve ser eficiente, tempestiva, adequada e efetiva.

As medidas de urgência se constituem num instrumento eficaz para alcançar esses objetivos.

Os poderes ínsitos do juiz podem e devem ser utilizados com observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, para que o jurisdicionado obtenha em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

A multa diária, para se fazer cumprir uma decisão judicial, pode incidir sobre o patrimônio pessoal da autoridade que não a cumprir.

O crime de desobediência à ordem judicial é permanente, e, assim sendo, o agente estará em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Os privilégios da Fazenda Pública, relativamente às medidas de urgência, não atendem ao interesse público, mas apenas ao da Fazenda Pública.

Notas

1. Jorge de Oliveira Vargas. Mestre, Doutor e Pós-doutor pela Universidade Federal do Paraná, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Professor Universitário (UTP, Unibrasil e Opet), e membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.
2. Giuliano di Carlo Tambosi. Assessor jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
3. WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer*, 1999.
4. Idem. WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer*.
5. DOTTI, Rogéria Fagundes. *A crise do Processo de Execução*.
6. BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940).
7. NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, 4 volume, p. 360.
8. BRASIL. Lei 12.016/2009 – Lei que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.
9. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 747.371. Relator Ministro Jorge Mussi – 5ª Turma. Brasília. Data da publicação: 06/04/2010.
10. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.399.842. Relator Ministro Sérgio Kukina. 1ª Turma. Data da publicação: 03/02/2015.
11. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 662.
12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo 497, de 07 a 18 de maio de 2012.
13. BRASIL. Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).
14. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas Corpus* – Processo 2183713-85.2016.8.26.0000. Decisão monocrática. Relator Desembargador Marcos Ramos. 30ª Câmara de direito privado. Data do Julgamento: 09/09/2016.
15. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de São Paulo. Foro Regional XI. Pinheiros. 2ª Vara Cível. Processo 4001386-13.2013.8.26.0011. Juiz relator, Andrea Ferraz Musa. Data de julgamento: 25/08/2016.

16. BRASIL. Lei 8.437/1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências.
17. BRASIL. Constituição Federal de 1988.

Referências

- BRASIL. Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.
- BRASIL. Código Penal (Decreto-Lei 2848/1940). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.
- BRASIL. Lei 8.437/1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm
- BRASIL. Lei 12.016/2009 – Lei que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de São Paulo. Foro Regional XI. Pinheiros. 2ª Vara Cível. Processo 4001386-13.2013.8.26.0011. Juiz relator, Andrea Ferraz Musa. Data de julgamento: 25/08/2016.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Habeas Corpus* – Processo 2183713-85.2016.8.26.0000. Decisão monocrática. Relator Desembargador Marcos Ramos. 30ª Câmara de direito privado. Data do Julgamento: 09/09/2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160909-17.pdf>>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo 497, de 07 a 18 de maio de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.399.842. Relator Ministro Sérgio Kukina. 1ª Turma. Data da publicação: 03/02/2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2013%2F0279447-6+ou+201302794476&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 747.371. Relator Ministro Jorge Mussi – 5ª Turma. Brasília. Data da publicação: 06/04/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2005%2F0073682-7+ou+200500736827&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>.
- DOTTI, Rogéria Fagundes. *A crise do processo de execução*. In: Internet. <http://www.genedit.com.br/3rdpc/2/doutnac/rogeria.htm>, página da W, 20.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004, p. 662.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, 4º volume, p. 360.
- WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer*. In: Internet: <http://eu.ansp.br/~trfsinf/revista/doutrin4.htm>, página da W, 10.

“Embargos infringentes obrigatórios” no novo CPC

Flávio Renato Correia de Almeida¹

Professor de Direito Processual Civil na Universidade Estadual de Ponta Grossa e na Escola da Magistratura do Paraná. Juiz no Paraná

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a nova técnica de julgamento pelos tribunais, trazida pelo novo Código de Processo Civil, e suas possíveis consequências para o sistema processual.

1. Introdução

O SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO sempre foi objeto de enorme preocupação, especialmente pela doutrina, mas também por todos os que se preocupam com a atividade jurisdicional (tanto aqueles que litigam ou já litigaram, como também pela imprensa, por sociólogos etc.). Alvo de críticas, algumas delas absolutamente procedentes, já foi apontado como a principal causa da indesejável morosidade processual.

Há muito a doutrina vem expressando essa preocupação, como menciona João Bonumá²:

O que é incompatível com os supremos princípios norteadores da doutrina do processo é a proliferação dos recursos de primeira instância, no curso da preparação da causa e com virtude de interromper a marcha do procedimento, nem a existência de recursos de terceira e quarta instância, com devolução integral do conhecimento do feito, porque esses serão, a despeito dos nomes com que

os batizem, recurso de recurso, novas e sucessivas apelações, tão condenáveis como as que entorpeciam o processo medieval e o tornavam tão demorado que, aos litigantes era mais fácil chegar ao fim da vida do que alcançar o termo final da demanda.

Não se trata de exagero. No sistema do revogado código de 1973, com a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias por exemplo, era comum se deparar com processos que se prolongavam por anos a fio. Ainda que, por regra, o recurso a elas cabível, o agravo, não tivesse efeito suspensivo, na prática o que se via era a prodigalidade de concessão de efeito suspensivo, e em muitas vezes de molde a “travar” o desenvolvimento procedimental, gerando indesejável e inaceitável demora em se alcançar a efetiva prestação jurisdicional.

É certo que o código revogado sofreu inúmeras alterações (as denominadas “reformas do código”), mas que não foram suficientes para impactar significativamente na demora processual. A respeito, a sempre respeitável palavra de Humberto Theodoro Júnior³:

Nada obstante toda essa modernização processual, a justiça brasileira continua desacreditada aos olhos da sociedade pela excessiva demora na solução dos litígios. É a dura e lastimável realidade.

Outra crítica, bastante contundente, diz respeito ao número excessivo de espécies de recursos. Com raras exceções, praticamente qualquer provimento jurisdicional era passível de recurso no sistema do código de 1973. E não apenas a quantidade de recursos existentes sempre foi preocupação da doutrina, mas também sua complexidade, que, segundo alguns, levava o processo a delongar-se em razão dos meandros procedimentais do sistema.

Dentre os recursos que foram alvos de inúmeras críticas, estava o de embargos infringentes, hoje inexistentes.

Sua extinção, no novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015 (NCPC), se deve ao objetivo, claramente expressado na exposição de motivos, de dar celeridade ao processo, demonstrando que o legislador, sensível às críticas ao regime anterior, preocupou-se com o sistema recursal, como expressa Cintia Regina Guedes⁴:

A Exposição de Motivos deixa claro, ainda, que a grande preocupação do legislador em relação ao sistema recursal foi diminuir a sua complexidade, simplificando o sistema e resolvendo problemas de ordem prática que impedem a realização dos direitos. Ou seja, ver o processo como "método de resolução dos conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais" (Exposição de Motivos do novo CPC).

Todavia, não parece ter sido alcançado tal propósito. Como adiante se exporá, o que ocorreu em relação ao recurso de embargos infringentes foi o oposto, uma vez que, de facultativo, passou a ser "obrigatório".

2. A posição da doutrina acerca dos embargos infringentes

Nas legislações anteriores, e especialmente durante a vigência do código de 1973, o recurso de embargos infringentes sempre foi alvo de acirrada discussão na doutrina. Muitos o criticavam como sendo recurso desnecessário ao perfeito funcionamento do sistema recursal. Outros o entendiam como forma de aprimoramento dos julgamentos, ainda que, em parte, contribuíssem para o prolongamento dos processos.

A respeito, mencionam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini⁵:

Os embargos infringentes são recurso cuja subsistência é muito criticada, porque se considera que, pelo menos em parte, a excessiva duração dos processos no Brasil se deve a recursos como esse, sem os quais o sistema poderia tranquilamente sobreviver, como ocorre em outros países, já que os embargos infringentes são um recurso tipicamente luso-brasileiro. Todavia, a experiência tem mostrado sua importância para o aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional, na exata medida em que permite nova reflexão a respeito das questões trazidas ao tribunal, a partir do voto divergente obtido no julgamento colegiado.

Aliás, a primeira crítica, contundente, foi do próprio Alfredo Buzaid, que não o desejava no código de 1973, mas cuja opinião não foi acatada pelo legislador, como explica Rogério Lauria Marçal Tucci⁶, em profundo estudo sobre o tema:

Ainda assim, não faltaram críticas sempre no sentido de obstar a tão almejada celeridade processual. No mais, o próprio Alfredo Buzaid após claramente opinião contrária na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil, especificamente nos itens 35 e 36, os quais não constaram da publicação oficial da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, uma vez que o recurso foi incorporado ao diploma durante a tramitação no Senado Federal.

Para melhor compreensão, aqui se reproduz o pensamento de Alfredo Buzaid, na exposição de motivos acima mencionada⁷ (os itens 35 e 36 sequer constam na publicação oficial):

a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação do recurso; porque pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão.

Por aí se vê que a polêmica sobre a necessidade de subsistência dos embargos infringentes não é nova e divide opiniões, como expressa Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁸, escrevendo sob a égide do revogado código de 1973:

Há muito se cogita da supressão desse recurso de entre o rol do art. 496, sob o argumento de que ele implica um retardamento do processo. Mas ficou demonstrado que com muita frequência ele é provido, e se preferiu mantê-lo, impondo determinados limites, que reduziram seu cabimento.

Vozes respeitáveis da doutrina alteraram seus posicionamentos: se, em determinado momento o criticavam como recurso desnecessário, posteriormente passaram a entendê-lo aceitável, como José Carlos Barbosa Moreira⁹:

Nas três primeiras edições deste livro, enunciamos conclusão desfavorável à sobrevivência dos embargos infringentes. A experiência judicante levou-nos a atenuar o rigor de nossa posição. Passamos a preconizar que se mantivesse o recurso, mas lhe restringisse o cabimento, excluindo-o em alguns casos, como o de divergência só no julgamento de preliminar, ou em apelação interposta contra a sentença meramente terminativa, e também o de haver o tribunal confirmado (embora por maioria de votos) a sentença apelada, à semelhança do que se dava no sistema primitivo do estatuto de 1939, ante do Dec.-Lei 8.570, de 08.01.1946.

Outros doutrinadores, respeitadíssimos, o defendiam abertamente, como Athos Gusmão Carneiro¹⁰:

É interessante esse recurso ordinário, atualmente, ao que saibamos, sem similar em direito processual comparado (excelente notícia histórica em Embargos de nulidade e infringentes do julgado, E. D. Moniz de Aragão, São Paulo: Saraiva, 1965). Propondo sua abolição já se manifestara tempos idos, mestre Alfredo Buzaid, ao redigir a Exposição de Motivos do atual Código de Processo Civil (1973), referindo no azo que "a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de recurso". Apesar disso, os embargos infringentes foram, no Código de Processo Civil de 1973, mantidos no elenco dos recursos, no que, em nosso sentir, bem agiu o legislador, não só pela ancianidade venerável dos embargos (e se tanto tempo persistiram, motivos não terão faltado), como, principalmente, por razões de ordem pragmática. Juiz de segundo grau quase vinte anos, a experiência do signatário foi no sentido de que os embargos infringentes, embora o inconveniente de retardar a decisão final, apresentam-se como um recurso com frequência provi-

do, e cujo julgamento se reveste de mais amplo debate e confronto de posições, sob maior densidade doutrinária.

Bem equacionando a questão, pondera Pedro Miranda de Oliveira¹¹, analisando já sob a ótica do NCPC:

Outro ponto é a extinção dos embargos infringentes. Ao que tudo indica, este recurso foi taxado por alguns como o grande vilão da demora na entrega da prestação jurisdicional. Tal crítica não procede, haja vista sua incidência ser pequena, sobretudo após o advento da Lei 10.352/2001, que delimitou significativamente o seu cabimento. Mais importante é reconhecer que esse remédio recursal cumpre papel de grande importância no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o de dar sobrevida aos votos divergentes nos tribunais, arejando a jurisprudência.

Vê-se, pois, que a supressão dos embargos infringentes, no atual código, não foi decisão fácil, pois embora muitos o execrassem como causador de morosidade processual, outros o elogiavam, por representar um sistema de aperfeiçoamento dos recursos pelos tribunais, acenando com a prática forense que mostrava o elevado número de tais recursos providos.

3. O antigo recurso de embargos infringentes

No revogado código de 1973, o recurso de embargos infringentes estava previsto no art. 530¹², com as alterações promovidas pela Lei 10.352/11 (que restringiu as hipóteses de cabimento), e tinha por pressuposto basilar, no que aqui interessa, a não unanimidade no julgamento (da apelação ou da ação rescisória). O entendimento era que, uma vez que um dos julgadores do órgão colegiado divergia do entendimento dos demais, havia a possibilidade de o voto divergente prevalecer, caso o recurso fosse interposto e a matéria levada a novo julgamento, agora com a presença de outros julgadores, em complemento ao quórum do julgamento primevo, e que viessem a acompanhar a divergência.

Logo, o objetivo almejado pelo recorrente era fazer prevalecer o entendimento do voto divergente, como explica Elpídio Donizetti¹³:

Busca-se com os embargos infringentes, em síntese, a prevalência do(s) voto(s) vencido(s) sobre os votos vencedores no julgamento da apelação ou da ação rescisória.

Melhor esclarecendo, a questão era quase que matemática. Se, por exemplo, no julgamento do recurso de apelação, em que o órgão colegiado é composto por três julgadores, um deles divergisse dos demais, o resultado do julgamento seria dois a um. Logo, resultado não unânime.

Caso a parte que eventualmente pudesse se beneficiar do entendimento do julgador divergente pretendesse levar a matéria a novo julgamento, a ele caberia o ônus de interpor embargos infringentes, cujo único fundamento seria o voto em contrário à maioria.

A supressão dos embargos infringentes, no atual código, não foi decisão fácil

Admitidos os embargos infringentes, nova sessão de julgamento seria incluída em pauta, com a presença de, no mínimo, mais dois julgadores, e preferencialmente com o sorteio de novo relator (art. 534, do CPC/73¹⁴), de acordo com o regimento interno do tribunal.

Nessa reapreciação da mesma matéria (que, recorde-se, havia resultado em dois votos contra um), se os dois novos julgadores, que não haviam participado do julgamento anterior, houvessem por bem entender no mesmo sentido do voto dissidente, o resultado, matematicamente, se alteraria, pois de dois a um se passaria a três a dois.

Logo, faculdade que era, os embargos infringentes possibilitavam a inversão do resultado do julgamento, com a reanálise da matéria, agora com mais julgadores do que no julgamento anterior.

Essa era a lógica dos embargos infringentes, qual seja, o de aprimorar a qualidade dos julgamentos, sempre que não houvesse unanimidade.

Mas, e é necessário ressaltar, se tratava de um recurso. Logo, além de voluntário como qualquer recurso, estava sujeito ao juízo de admissibilidade, como expressamente dispunha o revogado art. 531 do CPC/73¹⁵.

A respeito, a clareza de pensar de Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim¹⁶, comentando o artigo revogado (evidentemente todos os artigos de lei mencionados se referem ao código de 1973):

Os requisitos de admissibilidade para interpor os embargos infringentes não se diferenciam dos comuns. O recurso deve ser interposto no prazo de quinze dias (art. 508), que fluirá a partir da publicação das conclusões do acórdão no diário oficial (art. 506, III). Aplicam-se à contagem do prazo as normas gerais (arts. 184 e 191). A petição de interposição dos embargos deverá conter a identificação do embargante e do embargado, a exposição das razões da inconformidade e o pleito de reforma do julgado para fazer prevalecer o voto vencido. Cumpre observar a necessidade de se contrapor aos fundamentos da maioria, e não, simplesmente, reproduzir o teor do voto vencido. O recurso deve ser endereçado ao relator do acórdão embargado. Cabe, ainda, ao embargante, anexar prova do preparo, a teor do art. 511, salvo se legalmente dispensado de preparar o recurso (art. 511, § 1º) ou a legislação local dispensar o preparo.

Essa explicação foi necessária não apenas para recordar como era o procedimento dos embargos infringentes, mas especialmente para ressaltar que, recurso que era, e por essência voluntário, somente ocorria se houvesse o desejo de se recorrer.

Além disso, e esse ponto deve ser bem destacado, havia o ônus natural a qualquer recurso, do juízo de admissibilidade, como acima demonstrado. Vale dizer, não era todo recurso de embargos infringentes que chegavam a alcançar o juízo de mérito. Como é natural, muitos encontravam óbice na admissibilidade.

Disso decorre que, contrariamente à opinião, na época, de que os embargos infringentes eram em grande medida uma das causas da mo-

rosidade dos processos, se tratava tão somente de mais um recurso, e de cabimento expressivamente estrito¹⁷.

O NCPC, expressamente excluiu do rol dos recursos os embargos infringentes, tanto porque a exposição de motivos assim o expressa¹⁸, quanto porque, sabido que é que o atual art. 994¹⁹ (como já era o revogado art. 496, do CPC/73) é *numerus clausus*, uma vez que não comporta interpretação extensiva, a sua ausência no rol significa sua extinção. Vale dizer, não existem recursos que não estejam expressamente previstos em lei.

Todavia, o atual estatuto criou um mecanismo de julgamento, pelos tribunais, que ousamos chamar de "embargos infringentes obrigatórios". É o que se passa a analisar.

4. A nova técnica de julgamento pelos tribunais

Assim como no revogado código de 1973²⁰, o NCPC possui espaço específico para tratar da forma de julgamento pelos tribunais²¹, iniciando com regramentos quase desnecessários, porque óbvios (por exemplo, art. 926, *caput*²²), passando por questões procedimentais, tais como a forma de registro no protocolo do tribunal (e até mesmo a possibilidade de protocolo descentralizando), a distribuição, as atribuições do relator e culminando com o método de julgamento, em sessão.

Nisso, nenhuma novidade. Codificações anteriores sempre contiveram regramentos acerca do método a ser seguido pelos tribunais em seus julgamentos²³, tanto em questões meramente procedimentais (registro e distribuição, por exemplo) como a respeito ao próprio julgamento (as atribuições do relator são bom exemplo). O legislador sempre se preocupou em uniformizar a forma de julgamento pelos tribunais.

O que chama a atenção no NCPC é o contido no art. 942²⁴, que dispõe que o julgamento não se encerra se houver um voto divergente, como regra geral (as exceções estão no § 3º, por exclusão, e no § 4º). É o que ousamos chamar de "embargos infringentes obrigatórios".

5. A obrigatoriedade do prosseguimento dos julgamentos

A primeira questão relevante a ser verificada em relação à nova norma é a obrigatoriedade do prosseguimento dos julgamentos nos tribunais, quando houver um voto divergente.

É mister recordar que a função precípua dos tribunais é julgar recursos, consequência natural do princípio do duplo grau de jurisdição (é claro que, nas hipóteses de competência originária dos tribunais, estes também julgam ações, como a rescisória; porém basicamente a função dos tribunais é julgar recursos). Embora pareça dizer o óbvio, é necessária uma rápida pincelada sobre o tema, para a verificação da estranheza que causa o disposto no mencionado art. 942.

O melhor conceito de recurso é dado por José Carlos Barbosa Moreira²⁵:

Pode-se conceituar *recurso*, no direito processual civil brasileiro, como o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.

Extraí-se da lição que a atividade realizada pelos tribunais, ao julgar os recursos, somente ocorre quando a parte cumprir com o ônus de recorrer, uma vez que só é recurso se for voluntário (exatamente por isso, abalizada doutrina exclui do conceito de recurso o reexame necessário).

Além disso, o conceito acima claramente demonstra que o desejo do recorrente é a revisão da decisão que lhe é desfavorável, seja para reformar ou invalidar (o esclarecimento e a integração são características apenas dos embargos de declaração).

Disso resulta que os tribunais somente podem se pronunciar se a matéria já julgada em instância inferior for submetida a recurso. Vale dizer, os tribunais não podem reapreciar julgamentos se não for essa a vontade da parte.

Mas não é o que se verifica com o novo art. 942. Nele, expressamente, consta que “o julgamento terá prosseguimento” caso ocorra um voto divergente. Não depende da vontade da parte, é obrigatório.

Já aí se encontra situação de absoluta estranheza. Afinal, se o recurso é ônus processual, e totalmente voluntário, causa espécie verificar a possibilidade de um recurso não se encerrar apenas pela existência de um voto divergente, mas ao contrário ter seu julgamento prolongado, sem qualquer consulta à vontade da parte.

Essa é a razão de ousarmos chamar a nova técnica de julgamento dos recursos de "embargos infringentes obrigatórios". Ora, se antes a matéria julgada pelo tribunal somente seria reapreciada, havendo um voto divergente, ante a expressa manifestação da parte, com a interposição dos embargos infringentes, o qual, recorde-se, era um recurso, agora não mais se cogita de ônus processual ou mesmo de se consultar se é o desejo da parte. O prosseguimento do julgamento é obrigatório.

Mas, aí, vem a perplexidade. Se o tribunal está julgando um recurso (apelação, por exemplo), é difícil compreender que esse recurso tenha seu julgamento prolongado sem a expressa manifestação da parte. O que causa estranheza consiste em haver, hoje, uma atividade típica dos tribunais (julgar recurso) que deixa de ser voluntário, tendo em vista que é da natureza jurídica dos recursos o fato de serem voluntários.

Há quem entenda que a nova técnica de julgamento não representa a apreciação, pelo tribunal, de um novo recurso, mas sim apenas de um prolongamento do recurso já interposto. Essa é a opinião de José Miguel Garcia Medina²⁶:

O art. 942 do CPC/2015 dispõe sobre técnica de julgamento aplicável a casos de julgamento não unânime, nas hipóteses que especifica. Embora não se trate de recurso, mas de mero prosseguimento de julgamento com ampliação do *quórum* de juízes que proferirão votos, tal mecanismo surgiu, na tramitação legislativa do CPC/2015, como algo que faria as vezes dos embargos infringentes, recurso antes previsto nos arts. 530 a 534 do CPC/1973.

Todavia, é de se recordar que tal atividade somente ocorre se não houver unanimidade. Logo, novamente se frise: independe da vontade da parte. Se não houver voto divergente, o julgamento do recurso se

encerra. Caso contrário, prosseguirá. Ainda que se entenda que se trate do *mesmo* recurso já interposto, a realidade é que não se cogita de manifestação alguma da parte, o que parece afrontar o conceito geral de que todo e qualquer recurso somente deverá ser objeto de manifestação do tribunal se houver a intenção da parte.

Neste momento se poderia objetar: se a parte já manifestou seu desejo de recorrer, seria necessária nova manifestação para o prosseguimento do julgamento? A resposta só pode ser positiva.

Os tribunais somente podem se pronunciar se a matéria já julgada em instância inferior for submetida a recurso

É possível imaginar que a divergência no julgamento não seja expressivamente significativa para o recorrente. Por exemplo, se no julgamento de uma apelação, o órgão fracionário do tribunal entender em, reformando a sentença objeto do recurso, determinar uma condenação em dinheiro, com a devida atualização monetária, mas um dos julgadores tenha posição divergente dos demais em relação ao

índice a ser aplicado para o cálculo da atualização, e em função disso profira voto divergente, tão somente quanto ao índice. Se há divergência (e nesse tópico o art. 942 não esclarece se a falta de unanimidade há de ser total ou pode ser parcial²⁷), a nova técnica de julgamento determina seu prosseguimento (e com número de julgadores suficientes para “garantir a possibilidade de inversão do resultado final”).

Ora, sem qualquer manifestação do recorrente, o julgamento não se encerra, ainda que isso não seja seu desejo. Suponha-se que seja mais interessante para o recorrente (que já obteve êxito em seu recurso, pois conseguiu a reforma da sentença) o mais rápido trânsito em julgado, e não aguardar que outros julgadores sejam convocados para o prosseguimento, pois isso apenas retardaria a obtenção do que mais lhe interessava: a condenação da parte contrária. Afinal, a adoção de um ou outro índice para a atualização do cálculo pode não ser tão relevante para o vencedor.

Vale dizer, a nova técnica de julgamento retira do recorrente a possibilidade de interferir no julgamento de seu recurso. De ônus proces-

sual, passou-se para obrigatoriedade, ainda que isso possa significar um prejuízo para o recorrente. Ou, no mínimo, que o prosseguimento do julgamento não lhe seja interessante.

O mais preocupante na nova técnica de julgamento é que sua aplicação pode representar maior morosidade no encerramento dos processos, o que beira a afronta à regra constitucional da razoável duração do processo.

Corroborando com esse entendimento, expressam Fabrício Bittencourt da Cruz e Walter Godoy dos Santos Júnior²⁸:

O artigo trata, em essência, do que poderíamos denominar "embargos infringentes automáticos", porquanto julgamentos não unânimes ensejarão a inusitada abertura de nova fase decisória, dentro da própria apelação, independentemente de provocação da parte vencida. A prerrogativa de apresentar embargos infringentes esteve, tradicionalmente, ligada ao juízo de conveniência e oportunidade da parte vencida, a partir do detido exame dos fundamentos do voto divergente e da perspectiva de se inverter o julgamento, em razão da *consistência* desse voto. As regras do art. 942 retiram da parte vencida tal prerrogativa, podendo causar-lhe inclusive prejuízos, seja sob a perspectiva da demora pela necessidade de convocação de novos julgadores ou mesmo da possibilidade, muito presente, de se reforçarem os argumentos dos votos vencedores. Assim, a técnica prevista neste artigo, ao prever nova fase de julgamento dentro da apelação, a torna um recurso complexo, subvertendo-se a lógica subjacente à inércia da jurisdição e contrariando os princípios da economia processual, da razoável duração e da instrumentalidade do processo, bem como da efetividade das decisões judiciais. Essa complexidade decorre justamente da necessária conjugação de dois julgamentos para se chegar a um único veredicto, cumprindo salientar que o primeiro, quando não unânime, constitui mera etapa preparatória, desprovida de qualquer eficácia, a indicar que o próprio julgador primário tenderá a imunizar-se por meio de simples ressalvas e não propriamente de divergências.

O que mais sobressai da nova técnica é a possibilidade, real e palpável, da demora nos julgamentos. Basta lembrar que, não mais se cogitando de expressa manifestação da parte para que o julgamento prossiga, basta a ocorrência de um voto divergente para a aplicação da nova técnica. Embora, como antes se viu, respeitável parcela da doutrina defendia os antigos embargos infringentes como forma de aprimoramento da atividade jurisdicional, é evidente que, ao retirar da parte a possibilidade de expressar seu desejo no prosseguimento do julgamento, haverá grande número de recursos que não serão resolvidos prontamente.

É claro que só o tempo dirá se essa demora será ou não significativa. A norma é nova, e ainda não há estatísticas a respeito de sua aplicação. Mas fica a preocupação. Se, antes, mesmo existindo voto divergente, era possível se chegar imediatamente ao trânsito em julgado (bastava não ser manejado o recurso de embargos infringentes), agora a obrigatoriedade do prosseguimento do julgamento não mais permite que o julgamento primevo seja definitivo.

Mas não é apenas a demora do processo que preocupa. Há outras questões a levantar, que o novo dispositivo suscita.

6. A dificuldade de obediência da nova técnica por alguns tribunais

Em um país de dimensões continentais como o nosso, há tribunais que poderão facilmente se adaptar à nova regra. No Estado do Paraná, por exemplo, cada uma das dezoito câmaras cíveis do Tribunal de Justiça é composta por cinco desembargadores²⁹. Certamente não haverá dificuldade em atender à nova disposição. Basta que o presidente de cada câmara cível convoque todos os seus integrantes para todas as sessões de julgamento. Proferidos os votos dos três primeiros julgadores, se houver discordância, basta que o julgamento prossiga, na mesma sessão, na qual os demais integrantes já estarão presentes.

Todavia, não é o que ocorre, por exemplo, com o Estado do Acre, cujo tribunal é composto, ao todo, por doze desembargadores, distribuídos

em duas câmaras cíveis e uma câmara criminal, cada qual composta por apenas três desembargadores³⁰. Os outros três integram a cúpula diretiva (presidente, vice-presidente e corregedor). Nesse caso, é simplesmente impossível o prosseguimento do julgamento na mesma sessão, pelo fato de que não há julgadores em número suficiente integrando cada órgão fracionário. Necessariamente deverá o Tribunal de Justiça do Acre adaptar seu regimento interno para que haja sessões suplementares, aglutinando julgadores provenientes de outro órgão fracionário para que se atenda à nova norma.

Mas, obviamente, isso representará um retardamento significável no funcionamento do tribunal. Afinal, se as câmaras, da forma como hoje estão compostas, possuem suas pautas para julgamento dos recursos a cada qual atribuídos, necessariamente deverá o regimento interno dispor sobre nova elaboração das pautas, abrindo-se espaço para que alguns integrantes de determinada câmara possam participar do prosseguimento do julgamento de outra câmara. Logo, não mais poderá o Tribunal de Justiça do Acre manter a mesma rotina de atividade que ora possui.

Além desse aspecto, pragmático, há outra questão grave a apontar. Convocar julgadores um outro órgão fracionário do tribunal, que não aquele que originalmente obteve competência para o julgamento do recurso, parece afrontar o princípio do juiz natural.

Isso não passou despercebido a Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello³¹:

Se na teoria essa técnica de julgamento parece bem interessante, na prática, podem surgir sérios problemas. Imagine-se, por exemplo, os Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais cujas Câmaras ou Turmas são compostas de apenas 3 (três) desembargadores. Nesse caso, não haverá alternativa senão convidar desembargadores de outras turmas a compor o julgamento. Tal solução, segundo alguns, poderá violar o princípio do juiz natural. Enfim, seguramente haverá discussão a respeito do assunto.

A respeito do princípio do juiz natural, assevera Cassio Scarpinella Bueno³²:

O “princípio do juiz natural” diz respeito à identificação do “juiz” *constitucionalmente* competente. É fundamental, destarte, compreender em que condições a Constituição Federal cria e aceita determinados órgãos jurisdicionais para julgar determinados assuntos, determinadas pessoas e assim por diante. Será “juiz natural” aquele que a Constituição indicar como competente ou, quando menos, quando ela, Constituição Federal, permitir que o seja.

Ora, se as raízes do princípio do juiz natural são constitucionais, e é ela quem determina a competência para o julgamento dos recursos pelos tribunais, atribuir competência para integrantes de outro órgão fracionário, que não aquele que originalmente detinha competência, parece afrontar tal princípio, na medida em que a Constituição Federal não agasalha exceção nesse sentido.

O Tribunal de Justiça do Acre não é caso isolado. O Tribunal de Justiça do Piauí é composto por dezenove desembargadores, distribuídos em quatro câmara cíveis e uma câmara criminal, também cada uma composta por apenas três desembargadores³³. Logo, também no tribunal nordestino não será possível o prosseguimento do julgamento na mesma sessão. É bem verdade que tal tribunal possui, em sua composição, um grupo de câmaras cíveis reunidas, como ocorre em outros tribunais. Mas, o fato é que será necessário, para dar cumprimento à nova legislação, uma adaptação da pauta de julgamentos, sempre que houver um voto divergente.

E, note-se, que a existência de grupo de câmaras cíveis reunidas não facilita muito. Antes, a pauta desses grupos de câmaras somente continha os embargos infringentes interpostos. Certamente a quantidade de julgamentos era expressivamente menor, uma vez que somente seriam pautados julgamentos quando houvesse a interposição dos embargos infringentes. Repita-se, por vontade da parte.

Agora, com a obrigatoriedade da continuidade do julgamento em todos os recursos em que houver voto divergente, o que certamente

ocorrerá é um assoberbamento de sessões de julgamento, uma vez que não depende mais de expressa manifestação de vontade de se recorrer. Agora, o prosseguimento é obrigatório.

7. A possibilidade de um resultado unânime em julgamento inicialmente com voto divergente

Outra questão que espanta é a possibilidade, na técnica ora em comento, de o resultado final do julgamento restar unânime em razão de ter prosseguido pela existência da divergência.

Suponha-se que, no julgamento de uma apelação, ocorra um voto divergente. Na dicção do art. 942, o julgamento prosseguirá (obrigatoriamente, recorde-se), com a convocação de outros julgadores, em número suficiente para possibilitar "a inversão do resultado inicial". Seja na mesma sessão, caso isso seja possível, ou se mostre necessária a designação de outra sessão para o prosseguimento, outros julgadores proferirão seus votos, havendo a possibilidade de o resultado final ser revertido.

Ocorre que, além da nova norma possibilitar nova sustentação oral, agora perante os novos julgadores, o § 2º do art. 942 possibilita a revisão dos votos proferidos por ocasião do primeiro julgamento. Ou seja, em face dos fundamentos trazidos pelos novos julgadores, é possível que aqueles que, inicialmente, votaram em sentido diverso ao voto divergente, alterem seus entendimentos e "revejam" aquilo que já haviam decidido, agora no sentido dos votos majoritários.

Se isso acontecer, a situação é, no mínimo, insólita. O que se terá é um resultado por unanimidade, que só se obteve porque houve um voto divergente. Note-se que a diferença desse modelo com o anterior é gritante. Quando existiam os embargos infringentes, era perfeitamente assimilável que o resultado final (julgamento dos embargos infringentes) fosse o inverso do ocorrido no julgamento em que houve a divergência. Mas o resultado continuaria a ser por maioria. É dizer, ainda que os embargos infringentes fossem providos, sempre lá estariam os votos que restaram vencidos. Agora não.

Com a possibilidade de revisão dos votos já proferidos, o atual sistema permite que, ao final, todos os votos sejam idênticos.

Aliás, a alteração de voto já proferido é uma novidade que altera tradicionalíssima posição no direito brasileiro. Com sua tradicional sapiência, expressa José Carlos Barbosa Moreira³⁴ ao comentar o fato ocorrido em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal:

Deliberando sobre questão de ordem, assentou a Corte, com três votos vencidos, que seus Ministros “podem, excepcionalmente, modificar os votos que proferiram na resolução da causa, mesmo que já proclamado o resultado da decisão colegiada, desde que o façam, no entanto, no curso da *mesma* Sessão em que efetuado o julgamento do processo” (copiei *ipsis literis* da ementa, com o grifo nela contido). A doutrina brasileira, em peso, vem sustentando entendimento divergente. Ela parte da premissa de que o julgamento colegiado se encerra quando, colhidos os votos, o presidente do órgão, ou quem esteja a substituí-lo, anuncia o resultado.

E, mais adiante³⁵, conclui:

Parece inútil ir mais adiante. A proibição de retificações de voto após a proclamação do resultado, permito-me observar, antes que decorência de qualquer texto legal específico, é imposição de princípios básicos e, afinal de contas, do puro e simples bom senso. (...) Julgamento colegiado não é competição esportiva em que, num “segundo tempo”, fique o resultado sujeito a modificar-se, quiçá a inverter-se.

É claro que se pode objetar que o pensamento do brilhante doutrinador foi expressado em época na qual ainda não havia norma prevendo a revisão dos votos já proferidos, como hoje há. Porém, isso não retira a atualidade de sua posição.

Ao proferir seu voto, no primeiro momento do julgamento do recurso, o integrante do órgão fracionário do tribunal demonstra seu entendimento acerca da matéria em julgamento. Mais, expressa que analisou as argumentações já realizadas pelas partes e as provas produzidas. Trata-se, pois, de julgamento maduro.

Supondo-se que, como permitido pela nova norma, o prosseguimento ocorra na mesma sessão, dificilmente os novos integrantes do julgamento terão tido acesso a todos os elementos do processo, especialmente no que se refere às provas. Assim, é de se entender que os primeiros julgadores estarão em melhores condições de julgar do que os demais, que somente passaram a integrar o órgão fracionário após a ocorrência do voto divergente.

Ou seja, é muito mais esperável que aqueles que já proferiram seus votos os mantenham. Todavia, pela nova regra, é possível o inusitado resultado de, em caso de reversão dos votos já proferidos, o resultado final reste unânime, e por consequência da ocorrência de um voto divergente.

8. O risco da falta (ou deficiência) da sustentação oral

A sustentação oral pelo advogado, no momento do julgamento de recursos (naqueles em que ela é permitida³⁶), sempre foi uma faculdade e não um ônus processual. Tanto nas codificações anteriores como na atual, a previsão é de que é *vedado* impedir o advogado de sustentar oralmente (normalmente o procedimento para isso é tratado nos regimentos internos de cada tribunal), mas tal atividade não é ônus. Vale dizer, nenhuma consequência advirá ante a falta de sustentação oral.

A respeito, explica Humberto Theodoro Júnior³⁷:

Na sessão de julgamento, exceto em casos de embargos declaratórios e agravo de instrumento, os advogados das partes poderão fazer sustentação oral de suas razões, pelo prazo improrrogável de 15 minutos para cada uma (art. 554). (o destaque não é do original).

No mesmo sentido, entende Carlos Alberto Lopes³⁸:

O Regimento Interno do E. TJSP procurou regulamentar e dar contornos à sustentação oral, *que constitui apenas faculdade do advogado*, na defesa do seu constituinte, nos seguintes termos:

Art. 146. Ressalvado o direito ao adiamento, o advogado, pretendendo fazer sustentação oral em sessão já designada, deverá comunicar o oficial da câmara até o início dos trabalhos e no local de sua realização, devendo observar-se a ordem dos pedidos. (o destaque não é do original).

À toda evidência, se trata de uma faculdade. Na praxe forense, sempre foi comuníssimo o julgamento sem sustentação oral, especialmente quando o recurso é oriundo de comarcas distantes do tribunal. Tanto por razões técnicas (o advogado pode entender que o recurso está suficientemente fundamentado) como por questões econômicas (não se olvida que a presença do advogado no tribunal, na sessão de julgamento, gera despesas), sempre ocorreu de recursos serem julgados sem a ocorrência de sustentação oral. Sempre foi, pois, opção do advogado.

E, disso, não decorria o menor prejuízo. Se, porventura, sobreviesse um voto divergente, no modelo do extinto recurso de embargos infringentes, o advogado poderia realizar a sustentação oral no momento do julgamento destes, o que necessariamente se dava em *outra* sessão.

Já pela técnica de julgamento prevista no NCPC a situação mudou. Como o julgamento não se encerra em havendo um voto divergente, certamente os advogados não mais se sentirão seguros em não comparecer à sessão de julgamento, e sustentar oralmente suas razões, já que outros julgadores serão chamados a votar.

Parece que isso passou despercebido pelo legislador, tornando quase que obrigatória a sustentação oral, pois o risco é elevado se o advogado não estiver presente para fazer sua sustentação oral.

9. O indesejável elemento surpresa ao prejudicado com o prosseguimento do julgamento em influir do resultado final

Talvez o aspecto mais preocupante em relação à nova técnica de julgamento dos recursos seja a real possibilidade de ocorrer a *decisão surpresa*, algo que o NCPC fez questão de tentar eliminar do sistema processual.

A respeito, explica José Miguel Garcia Medina³⁹, ao comentar o art. 10 do NCPC⁴⁰:

Vê-se que, como uma das consequências do princípio, o órgão jurisdicional não pode proferir decisão com surpresa para as partes. Reconhece-se que, mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se *ex officio*, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada, evitando-se, com isso, a prolação de "decisão surpresa" para a parte, o que não se coadunaria com o princípio do contraditório.

Trata-se do que a doutrina vem denominando de *contraditório efetivo*. Para impedir a "decisão surpresa", cuidou o legislador de, expressamente, determinar a prévia possibilidade de manifestação das partes, até mesmo acerca de matéria que possa ser conhecida de ofício.

Não é o que se vislumbra com a nova técnica de julgamento dos recursos.

Na forma disposta pelo art. 942, o que se vê é a imensa dificuldade, para aquele que possa ser prejudicado com a nova técnica de julgamento, de participar efetivamente e influir no resultado final.

Em um exemplo: é possível imaginar que alguém, vencido na instância inferior, obtenha sucesso em sua apelação, mas com um voto divergente. Ou seja, dois julgadores votaram pela reforma da sentença e um em sentido oposto. Nesse primeiro momento, o recorrente saiu-se vitorioso (e, perdão pela insistência, apenas porque manejou o recurso adequado; logo, porque manifestou sua intenção de ver o julgado reformado).

Pela nova técnica de julgamento, este prosseguirá independentemente da vontade do até então vencido. Não se cogita se pretende ele a prevalência do voto vencido ou não. Basta a divergência.

Como antes referido, há tribunais que poderão dar o prosseguimento do julgamento *na mesma sessão*, bastando que o presidente do órgão colegiado convide os demais integrantes da câmara ou turma presentes a proferir seus votos.

Ainda que o *caput* do art. 942 assegure às partes o direito de proferir nova sustentação oral, agora perante os novos julgadores, o fato é que o advogado que até então se encontrava em situação confortável (sua tese de apelação foi vencedora, ainda que por maioria), agora se verá na incômoda situação de realizar nova sustentação oral, mas não mais para reforçar seus argumentos, o que já fizera por ocasião do início do julgamento. Agora deverá ele argumentar sobre o contido no voto vencido, na tentativa de não vê-lo prevalecer, porém em uma verdadeira “decisão surpresa”, pois em muitos casos o conteúdo do voto vencido pode ser matéria até então não ventilada nos autos.

Para impedir a “decisão surpresa”, cuidou o legislador de, expressamente, determinar a prévia possibilidade de manifestação das partes

Levando em consideração que a sustentação oral deverá, necessariamente, ocorrer imediatamente após a proclamação do resultado não unânime, e tem o exíguo prazo improrrogável de 15 minutos⁴¹, é visível o prejuízo que isso pode acarretar.

Para efeito de comparação, no sistema anterior, havendo voto vencido e sendo caso de cabimento dos embargos infringentes, e sendo estes opostos pelo vencido no julgamento do recurso (já que os embargos somente poderiam versar sobre o contido no voto vencido, evidentemente o único a deter interesse recursal, na hipótese, era o vencido), o recurso era interposto por petição, contendo as razões pelas quais se pretendia a prevalência do voto divergente.

Pela redação do art. 531 do revogado código⁴², se respeitava o contraditório, como de resto sempre foi em relação a qualquer recurso. Isso significa que o vencedor inicial tinha oportunidade de, com tempo, apresentar seus argumentos contrários ao voto divergente, por escrito, além de se preparar para nova sustentação oral, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes⁴³, que necessariamente deveria ocorrer *em outra sessão*, que não a que originou o voto contrário.

Com isso, inexistia a possibilidade de o advogado que alcançou sucesso em seu recurso ser tolhido de surpresa na sessão de julgamento, nem a possibilidade de se ver na desconfortável situação de ter de sustentar oralmente, agora versando matéria que não aquela contida no

recurso que interpusera, mas em relação àquilo tratado no voto divergente, sem a indispensável preparação para tanto.

Não calha argumentar que, desde o início da causa (e, evidentemente, no recurso inicialmente interposto) já existem duas teses jurídicas confrontantes, e por essa razão o recorrente, ainda que vencedor na primeira etapa do julgamento, já deveria estar preparado para a hipótese de um dos julgadores acolher a tese contrária.

Há hipóteses em isso não ocorre, como, por exemplo, o reconhecimento de ofício da prescrição. É bastante factível que, na primeira etapa do julgamento, um dos julgadores divirja dos demais, para reconhecer a prescrição, matéria até então não ventilada no processo, mas que pode ser conhecida de ofício.

Ora, sendo a prescrição passível de interrupção (art. 202 do Código Civil⁴⁴), é possível que o advogado do vencedor não esteja preparado para, em nova sustentação oral, rebater os argumentos referentes à prescrição. Quiçá necessitará produzir prova da interrupção da prescrição, o que não é possível em sustentação oral. O prejuízo é evidente.

10. Conclusão

Não se olvida que o legislador de 2015 tentou conciliar duas correntes doutrinárias antagônicas: a que entendia que os embargos infringentes eram recurso desnecessário e causador de morosidade e a que sustentava que eram notável mecanismo de aprimoramento dos julgados.

Porém, a solução adotada parece ter sido infeliz, na medida em que pode ocasionar mais uma causa de demora na prestação jurisdicional, além de interferir na esfera de disponibilidade dos litigantes, retirando-lhes a opção de ter um julgamento único dos recursos.

Não existe certeza, ao menos por enquanto, de que realmente os julgamentos dos recursos serão *melhores* com a nova técnica. O que se pode, desde logo, afirmar é que se trata de uma severa alteração no procedimento recursal, e que demanda adaptações, pelos tribunais, até mesmo na composição de seus órgãos fracionários.

Como toda norma inovadora, somente a prática determinará se a alteração é positiva ou não.

Notas

1. Flávio Renato Correia de Almeida. Professor de Direito Processual Civil na Universidade Estadual de Ponta Grossa e na Escola da Magistratura do Paraná. Juiz no Paraná. Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica – São Paulo.
2. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946, v. 3, p. 24.
3. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *RePro* 125, p. 61-78. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/2005.
4. Os recursos cíveis no projeto de novo código de processo civil. *RePro* 207, p. 265-278. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2012.
5. *Curso avançado de processo civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 2011, p. 705.
6. Perfil histórico dos embargos infringentes (das ordenações afonsinas ao código de processo civil de 2015). *RePro* 249, p. 275-293, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2015.
7. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2004, p. 514.
8. *Novo curso de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol 2, p. 130.
9. *Op. cit.*, p. 516.
10. Os “novos” embargos infringentes e o direito intertemporal. *RePro* 107, p. 241-247. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/2002.
11. Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. *RePro* 250, p. 265-286. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/2015.
12. Para melhor compreensão do leitor, todas as normas mencionadas no texto serão reproduzidas em nota de rodapé.
Art. 530. “Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.
13. *Curso didático de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 759.
14. Art. 534. “Caso a norma regimental determine a escolha de novo relator, esta recairá, se possível, em juiz que não haja participado do julgamento anterior.”
15. Art. 531. “Interpostos os embargos, abrir-se-á vista ao recorrido para contra-razões; após, o relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso.”
16. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.201.
17. Se é que se pode atribuir ao sistema recursal brasileiro qualquer responsabilidade pela morosidade, melhor seria criticar o revogado sistema da ampla recorribilidade das interlocutórias.
18. Consta na exposição de motivos ao NCPC: “Uma das grandes alterações havidas no sistema recursal foi a supressão dos embargos infringentes. Há muito,

doutrina da melhor qualidade vem propugnando pela necessidade de que sejam extintos. Em contrapartida a essa extinção, o relator terá o dever de declarar o voto vencido, sendo este considerado como parte integrante do acórdão, inclusive para fins de prequestionamento.”

19. Art. 994. “São cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – agravo de instrumento; III – agravo interno; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – agravo em recurso especial ou extraordinário; IX – embargos de divergência.”
20. Título IX, do Livro I – DO PROCESSO NOS TRIBUNAIS.
21. Título I, Capítulo II, do Livro III – DA ORDEM DOS PROCESSOS NO TRIBUNAL.
22. Art. 926. “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”
23. Por exemplo, no código de 1939: Título VIII, do Livro VII: Da ordem do processo na superior instância.
24. Art. 942. “Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. § 1º. Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado. § 2º. Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento. § 3º. A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em: I – ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno; II – agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito. § 4º. Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento: I – do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas; II – da remessa necessária; III – não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.”
25. *Op. cit.* 233.
26. *Novo código de processo civil comentado*. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.273.
27. No código revogado isso era expresso, pois o art. 530, última frase, dispunha: “Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.”
28. *Código de processo civil comentado*. Coord. José Sebastião Fagundes Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.298.
29. Confira-se em <https://www.tjpr.jus.br/composicao-dos-orgao-julgadores>.
30. Confira-se em <http://www.tjac.jus.br/tribunal/jurisprudencial/>.

31. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.341.
32. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115.
33. Confira-se em <http://www.tjpi.jus.br/site/modules/etjpi/Composicao.mtw>.
34. Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado? *Temas de direito processual*. 7. Série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 107.
35. *Op. cit.*, p. 109.
36. No código de 1973 não se admitia sustentação oral nos embargos de declaração e no agravo de instrumento (art. 554). No NCPC admite-se no agravo de instrumento apenas quando interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou de evidência (art. 937, VIII).
37. *Curso de direito processual civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1997, p. 622.
38. Sustentação oral no tribunal. *RePro* 256, p. 139-145. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun/2016.
39. *Op. cit.*, p. 62.
40. Art. 10. “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”
41. No que interessa: Art. 937. “Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões (...)”
42. CPC/1973, Art. 531. “Interpostos os embargos, abrir-se-á vista ao recorrido para contra-razões; após, o relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso.”
43. CPC/1973, Art. 554. “Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa pelo relator, o presidente, se o recurso não for de embargos declaratórios ou de agravo de instrumento, dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem as razões do recurso.”
44. Art. 202. “A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II – por protesto, nas condições do inciso antecedente; III – por protesto cambial; IV – pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.”

Referências

- ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo de Arruda. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BONUMÁ, João. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1946.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Os "novos" embargos infringentes e o direito intertemporal. *RePro* 107, p. 241-247. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set/2002.
- CRUZ, Fabrício Bittencourt da; SANTOS JÚNIOR, Walter Godoy dos. *Código de processo civil comentado*. Coord.: José Sebastião Fagundes Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- GUEDES, Cintia Regina. Os recursos cíveis no projeto de novo código de processo civil. *RePro* 207, p. 265-278. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai/2012.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 2012.
- LOPES, Carlos Alberto. Sustentação oral no tribunal. *RePro* 256, p. 139-145. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun/2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2004.
- _____. Julgamento colegiado – modificação de voto após a proclamação do resultado? *Temas de direito processual*. 7. Série. São Paulo: Saraiva, 2001.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. *RePro* 250, p. 265-286. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez/2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 1997.
- _____. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *RePro* 125, p. 61-78, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.2005.
- TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Perfil histórico dos embargos infringentes (das ordenações afonsinas ao código de processo civil de 2015). *RePro* 249, p. 275-293, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2015.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 2011.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O custo do direito e a reserva do possível

Iverson Kech Ferreira¹

Advogado Criminalista atuante no Estado do Paraná

HÁ UM CONSENSO DOUTRINÁRIO DE QUE TODO DIREITO TEM CUSTOS. Não somente aqueles que exigem diretamente uma prestação positiva do Estado, mas também as liberdades públicas e os direitos políticos. Isso se torna um problema na medida em que o Estado fiscal arrecada menos do que gasta para a promoção de tais direitos. Além disso, a satisfação de um direito pleiteado pela via judicial poderá, muitas vezes, esgotar a capacidade do ente estatal, impossibilitando a prestação de outros direitos.

Para cada direito existem despesas ao erário público, uma vez que a prestação estatal é necessária para a efetivação de qualquer aventura judicial. Há assim que ressaltar o custo para os cofres públicos que o direito reserva devido à manutenção da máquina judiciária, que é realizada pelo contribuinte de forma coletiva². Considerando que a aplicabilidade dos direitos, individuais ou sociais, advém da necessidade dos cidadãos contribuintes ou não do Estado, entende-se que os recursos financeiros que são arrecadados em forma de impostos individuais é que servem de propulsor ao serviço prestado. Destarte, considerar que “direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”³ não seria contraditório nem abusivo.

Dessa forma, segundo os pesquisadores americanos Holmes e Sunstein, direitos são serviços públicos que o governo presta em troca de tributos⁴. Sendo assim, um Estado sem os recursos advindos de seus tributos não poderia tutelar o direito de seus cidadãos, mesmo sendo ele, Estado, o detentor do monopólio do direito. Assim, conferem os autores:

Na medida em que a aplicação dos direitos depende de uma vigi-
lância judicial, os direitos custam, no mínimo, tudo quanto custar
para recrutar, treinar, fornecer, pagar, e, em seguida, monitorar os
guardas judiciais de nossos direitos básicos. (tradução nossa)⁵

Portanto, não há possibilidades de entender um direito em que
não exista a participação do ente público e o seu financiamento por
parte do Estado. Da mesma forma que, na medida em que um pro-
cesso judicial vai se avolumando, maiores são as chances de um efe-
tivo gasto e de uma cobrança financeira significativa, assim também
o é em questões de políticas públicas. A possibilidade da escolha feita
pelo Estado a respeito do que deva ser priorizado é referência aos gas-
tos que possam ocorrer futuramente. Escolher entre o que deve ser
realizado em primeira mão é uma das opções do Estado, tendo em
vista suas finanças:

Os direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptó-
rios e determinados. Entretanto, isto é mero floreio retórico. Nada
que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja eficácia
pressupõe o gasto seletivo dos recursos dos contribuintes pode, em
última instância, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem
observância das consequências orçamentárias que afetam a com-
petência dos outros poderes e geram responsabilidade. (tradução
nossa)⁶

Ainda para os estudiosos americanos, valorizar um entre outros di-
reitos está amplamente ligado ao menor custo que deve ser escolhido:

Escolher 'x' sobre 'y' significa desistir de 'y', que, se for a alterna-
tiva perdida mais valorizada, é definido como o custo de escolher
X. Quando um direito é efetivado, alguém ganha e alguém perde.
A aplicação de um direito é "aceita" pela parte vencida porque
essa parte não tem escolha, ou seja, porque todo o poder do Esta-
do está ao lado do detentor do direito e, portanto, contra a parte
vencida.⁷

Para Galdino, o agente público faz a opção entre qual direito deve produzir frutos, sem se importar com os princípios envolvidos, mas apenas com o controle orçamentário:

De toda sorte, havendo escassez de bens, seja qual for a sua natureza, surge o conflito, e esse conflito intersubjetivo em tomo a bens escassos pode ser observado de vários prismas diferentes. Dois deles importam aqui. Enquanto para o estudioso do Direito a alocação de recursos normalmente (mas não exclusivamente) envolve uma colisão de normas jurídicas a ser solvida através da ponderação dos princípios envolvidos, para o agente político envolve uma opção.⁸

O custo do direito, portanto, é responsável pela escolha que faz o Estado em sua locação de recursos, embora ainda nem todos os direitos dessa forma serão concretizados. Há a separação dos valores entre aquele que deve ser realizado e aquele que ficará em *segundo plano*⁹. Legitimar tais decisões, de quais direitos devem ser tutelados no âmbito dos direitos sociais, faz com que o Estado efetive certas escolhas entre um e outro, ou seja, diante de uma situação de impotência financeira, afirmar certos direitos em relação a outros é uma alternativa utilizada pelo Estado. Todavia, conforme a lição de Luís Roberto Barroso,

o novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de mudanças de paradigma.¹⁰

Destarte, ensina o mestre que a luz constitucional deve ser seguida em todo o ordenamento infraconstitucional, conforme o novo paradigma da constitucionalização do direito. Não se pode deixar de vincular à sua ordem as questões de políticas públicas e de ordem social em busca da finalidade norteadora do bem-estar e da justiça social. Dessa forma, sendo abrangido pelo constituinte todo um rol de direitos sociais, não deveria ter o administrador a discricionariedade para afirmar a implementação ou a conveniência de certa política pública, ou de determinado direito, nem de se negar a prestá-lo, uma vez que o constituinte

elencou certos direitos em texto constitucional. Todavia, mesmo tais políticas públicas ainda são escolhidas pelo Estado, que opta por concretizar alguns direitos em detrimento de outros, criando assim uma espécie de escolha entre um e outro. A inteligência de Galdino traz a percepção de que entre essas escolhas possivelmente existirá aquele direito que deixará de ser prestado, muitas vezes de forma trágica para quem dele necessita:

Assim, quando afirmados direitos que demandam prestações estatais entram em choque, e inevitável uma opção, trágica no sentido de que algum não será atendido.¹¹

Entretanto, é através do orçamento e do planejamento que as metas e objetivos são pelo Estado fixados, buscando a atenção às despesas, a contenção e a realização como um instrumento de ação. Assim, para Oliveira o orçamento vincula o Estado ao cumprimento obrigatório de suas metas:

...lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do agente público.¹²

O orçamento torna-se assim o caminho por onde se permite efetivar as políticas públicas que são primordiais à realização dos direitos fundamentais sociais, existindo então nesse ponto o elo entre os direitos sociais e o orçamento. Assim, segundo Guido Calabresi e Philip Bobbitt:

Orçamento se perfaz no *locus* adequado para a realização *das escolhas trágicas públicas*, também chamadas de *escolhas políticas*.¹³

Busca-se uma maneira de conjumar o prelecionado constitucionalmente com a realidade dos Estados e suas limitações econômicas, em um país com suas mazelas e carências bem destacadas. Contudo, os

limites que existem, como a reserva do possível, no âmbito dos direitos fundamentais, devem servir não apenas como um limitador do alcance estatal, mas sim como um garantidor de tais direitos, visando os menos favorecidos e a população carente de nosso país.

O termo reserva do possível surgiu na Alemanha, em 1972. O Tribunal Constitucional Federal daquele país, ao decidir sobre a restrição do número de vagas em algumas universidades, consignou que *“algumas prestações estatais ficam sujeitas àquilo que o indivíduo pode exigir da sociedade de forma razoável, ou seja, há prestações que ficam restritas a uma reserva do possível”*, que nada mais é do que a capacidade fática de o Estado prestar o direito. Ingo Sarlet, ensina:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantias dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.¹⁴

Na busca da satisfação dos direitos sociais, há que se resguardar a razoabilidade e proporcionalidade da pretensão em face à necessidade da realização do direito, pois a prestação de alguns direitos pode afetar economicamente a possibilidade da realização de outros. Nesse sentido, a reserva do possível pode ser entendida como o condicionamento da efetividade dos direitos sociais à existência de meios e recursos financeiros e, ainda, à possibilidade de dispor desses recursos. Esses dois aspectos compõem o que se conhece por três dimensões da reserva do possível.

A primeira dimensão é a fática, consubstanciada na falta de recursos ou na maneira como os recursos existentes são distribuídos, o que muitas vezes amplia a desigualdade no acesso a prestações positivas do

Estado. A reserva do economicamente possível não é considerada uma presunção absoluta; deve ser provada e não somente alegada, sob pena de responsabilidade do administrador.

Importa observar que quando se fala em indisponibilidade de recursos deve-se considerar a inexistência total de meios, mesmo após atendidos os mínimos constitucionais. Isso porque a Constituição brasileira trouxe regras pontuais sobre a destinação de recursos públicos à satisfação de direitos sociais. Exemplos disso são as previsões de destinação de um percentual mínimo à saúde, à educação e à seguridade social.

A reserva do economicamente possível não é considerada uma presunção absoluta

Conclui-se que a falta de recursos resulta em necessidade ainda maior de repartir corretamente o orçamento público, sobretudo porque os recursos existentes devem estar afinados com as vinculações constitucionais.

A segunda dimensão é a jurídica. Nesta esfera, os recursos existem, mas por alguma razão não podem ser utilizados. A indisponibilidade de recursos abrange duas hipóteses: orçamento público já aprovado que não pode ser modificado por meio de determinação judicial e ausência de lei orçamentária que autorize a realização de gastos.

A escassez de recursos para a promoção dos direitos fundamentais deve ser uma escassez real e não artificial, ou seja, aquela que surge quando o administrador decide alocar recursos para determinados fins que não sejam os vinculados constitucionalmente. A limitação de realização de despesas públicas dirige-se ao administrador e não ao Judiciário. O Judiciário deve levar em conta tão somente a existência real de recursos e não a forma como estes foram alocados dentro do orçamento do respectivo ente, pois a vinculação ao orçamento é dirigida ao Executivo. Então, considerando que entre os objetivos da Constituição de 1988 está a promoção dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, o Judiciário pode determinar a prestação de determinado direito quando verificar que a falta deste se dá em decorrência não dá inexistência total de recursos, mas da forma como o orçamento é constituído.

Assim, a eficiência do custo-benefício e a relação de interesses coletivos e individuais devem sopesar ao administrador, nessas duas dimensões da reserva do possível.

A terceira dimensão é negativa. Cuida da proteção contra o esvaziamento de outras prestações. Partindo da ideia de que não haja recursos disponíveis para satisfazer todas as prestações positivas exigidas, a dimensão negativa atua para que a satisfação de uma prestação não comprometa a das demais. Isso nos faz retornar à questão da razoabilidade e proporcionalidade comentada no início desse tópico. Assim, a obrigação de o Estado prestar o direito não pode ser demasiadamente onerosa a ponto de esvaziar seus recursos para satisfazer prestações universais.

Pelas considerações traçadas até o momento, pode-se concluir que a reserva do possível é um limite à concretização dos direitos sociais. Porém, esse instituto deve ser invocado com cautela, visto que, via de regra, os direitos sociais devem ser satisfeitos, por tratarem de vontade expressa do legislador constituinte.

Conclusão

O problema maior para a efetivação dos direitos sociais jaz na economia, em quanto arrecada o Estado e em quanto este gasta, uma vez que como vimos todo direito tem um custo. O Poder Judiciário poderá ser invocado pelo cidadão no possível descumprimento de direitos fundamentais por parte do Estado, atentando ao mínimo existencial.

Resta lembrar que o princípio da reserva do possível é um limitador da concretização dos direitos sociais, que deve ser posto em prática com extrema cautela, devendo ter sua forma bem documentada e rigorosamente fundamentada. Mas também, por outro lado, é um limitador das escolhas trágicas realizadas pelo administrador em sua discricionariedade.

As escolhas definidas pelo administrador passam a ser trágicas para as pessoas não alcançadas pelo direito. Estas nem sempre são reconhecidas e muitas vezes sofrem mazelas que poderiam ser evitadas. Uma

maneira de evitar malfeitos é a união de todos os cidadãos como forma de proteger o direito alheio e o próprio direito, uma vez que é ele, o cidadão, a razão de ser do Estado.

A dignidade da pessoa e o mínimo existencial passam também pelas mudanças do tempo e da globalização, havendo a necessidade do cidadão consciente e que possa, por meio do diálogo e do discurso, propagar o direito das pessoas, maximizando a ideia dos direitos fundamentais em prol da inserção social e não da exclusão, tão crescente nos dias atuais. De maneira alguma deve o critério econômico estar contra o homem e seus anseios por igualdade, justiça e afirmação social.

Por outro lado, as escolhas trágicas devem ser traçadas de modo a não atingir direitos considerados essenciais como a saúde, educação e moradia, setores que são os primeiros a ser escolhidos e que são recorrentes em nossos tribunais.

Ainda, cumpre salientar que os direitos fundamentais sociais de forma alguma perfazem capricho, honraria ou mera liberalidade, mas sim uma necessidade essencial, e sua desvalorização ou omissão ofende os rudimentares valores da vida humana. Destarte, a eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais sociais precisa ser constante objeto de otimização, mesclado sempre com o permanente desenvolvimento do princípio da dignidade da pessoa, que, por si só, é a maior expressão e o mais puro ideal da verdadeira justiça.

Notas

1. Iverson Kech Ferreira. Advogado Criminalista atuante no Estado do Paraná. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal (Academia Brasileira de Direito Constitucional). Professor de Direito Penal, Criminologia e Prática Jurídica Penal.
2. HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 19.
3. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 209.
4. HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. p. 151.
5. Idem, p. 156.

6. HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*, p. 97.
7. Idem, p. 98.
8. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: 2005, p. 159.
9. HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 51.
10. BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 43-50.
11. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: 2005, p. 160.
12. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 318.
13. CALABRESI Guido e BOBBITT Philip. *Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Norton, New York, 1978, p. 72.
14. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CALABRESI Guido e BOBBIT Philip. *Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Norton, New York, 1978.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: 2005.
- HOLMES, Stephen et SUNSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

O depoimento sem dano como instrumento de humanização da justiça

Wanderlei José dos Reis¹

Mestre em Direito Constitucional

Resumo: A implementação do depoimento especial por parte dos tribunais pátrios se mostra adequada e necessária, haja vista que tal técnica tem como objetivo primordial respeitar as limitações da vítima, observando, portanto, a sua condição de sujeito de direito, impedindo a sua revitimização, bem como punir de forma efetiva o autor do delito e evitar a condenação de pessoas inocentes.

I. Considerações iniciais

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, estruturada dentro de um pensamento modernista, deixou de ser um diploma político para ser um pacto de cidadania, até de certo modo prolixo, preocupando-se com os direitos humanos em todas as suas dimensões.

Com efeito, a ordem constitucional atual veio consagrar os direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais, consoante refere o seu art. 227, que estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Lei 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando o art. 227 da *lex fundamentalis* de 1988, mudou a ótica com que devem ser vislumbradas crianças e adolescentes. Estas, que eram vistas na doutrina da situação irregular, são hoje reconhecidas como sujeitos de direitos civis (art. 15, ECA).

Quando a criança ou adolescente é vítima de abuso sexual, nem sempre é possível extrair dela alguma informação em juízo, seja por vergonha ou por medo de represálias, tendo em vista que o abusador pode ser uma pessoa muito próxima da família ou até mesmo um familiar.

Quando a criança ou adolescente é vítima de abuso sexual, nem sempre é possível extrair dela alguma informação em juízo

Neste sentido, o Poder Judiciário tem se mobilizado para adequar as suas instalações e capacitar os seus profissionais (magistrados e equipe multidisciplinar), com o intuito de transmitir segurança e acolhimento às vítimas de abuso sexual no momento do depoimento e para que o autor do delito seja efetivamente punido, preservando assim a paz e a ordem social. É o

caso do depoimento sem dano, que tem como desiderato obter o depoimento de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual através de profissionais capacitados, em um ambiente acolhedor e confortável, respeitando, dessa forma, a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e seres humanos em desenvolvimento.

Portanto, o presente estudo, aliado à nossa experiência profissional à frente de uma vara de infância e juventude, visa fazer um breve ensaio sobre o depoimento de crianças e adolescentes que foram vítimas de violência sexual, apontar os principais benefícios da utilização da técnica do depoimento especial, elencar medidas que podem ser adotadas por magistrados atuantes em comarcas que não possuem equipe multidisciplinar ou interprofissional e apresentar soluções para o aprimoramento dos métodos utilizados atualmente no depoimento de crianças e adolescentes.

II. Análise do tema

É cediço que não há um princípio da dignidade humana para as crianças e outro para os adultos, mas no caso das crianças e adolescentes é dever de todos velar pela sua dignidade, pondo-as a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (art. 18, ECA)².

O abuso sexual é uma das formas mais cruéis de maus tratos infantis, porque, além de afetar fisicamente a criança ou o adolescente, destrói todo o sentimento de pureza e dignidade que ela possui. Poder-se-ia analisar o abuso sexual como espécie de maltrato físico, ou, ainda, como espécie de maltrato emocional. A verdade é que a agressão de natureza sexual tem consequências sérias no desenvolvimento da criança e do adolescente, bem como os atinge tão completamente – física, psíquica e emocionalmente – que o seu estudo merece relevo³.

No vigente sistema inquisitório, os esforços costumam concentrar-se na investigação do crime e na punição do agressor, despreocupando-se com o sofrimento e as sequelas da vítima. A responsabilização do abusador se dá através de medida judicial, a qual procura impor-lhe uma perda, através de sanção penal, mostrando à sociedade a inconformidade do seu agir⁴.

Neste aspecto, a oitiva de crianças e adolescentes que foram vítimas dessa espécie de delito possui especificidades que recomendam um procedimento diferenciado.

De um lado, o depoimento reiterado possui o risco de se tornar um novo fator de sofrimento psicológico à vítima do crime – também chamado de *revitimização* –, em razão do constrangimento e do estresse que lhe são inerentes. Embora a manifestação da vítima seja de extrema relevância probatória, certo é que a criança/adolescente é, antes e acima de tudo, sujeito de direitos. Agregue-se a esse cuidado o fato de que se trata de crimes extremamente graves, em relação aos quais a eficiência da justiça penal possui inestimável valor.

Usualmente, nesses crimes, a palavra da vítima é uma das fontes de prova mais relevantes, sendo necessário assegurar que as informações prestadas sejam fidedignas, sem o risco de que perguntas indutivas fei-

tas pelo inquiridor comprometam a idoneidade da prova ou possibilitem situações de pressão sobre a criança ou o adolescente. Ademais, a metodologia de produção da prova em juízo é vinculada por princípios constitucionais relacionados ao contraditório e à ampla defesa.

Com efeito, a tomada por um juiz de depoimento de uma criança ou adolescente vítima ou testemunha de abuso sexual não é tarefa fácil. Diferentemente de estar ouvindo um adulto, a oitiva da criança ou de um adolescente, especialmente vitimado pela violência sexual, exige do profissional, além do preparo técnico, preparo emocional, haja vista a necessidade de se entender o contexto sobre a violência sexual e as consequências que dela advêm. Tem-se que a maior compreensão em relação à dinâmica do abuso sexual sinaliza para a importância de uma escuta adequada da criança, de modo que o ciclo de abusos seja rompido.

O Conselho Nacional de Justiça, órgão fiscalizador das atividades do Poder Judiciário pátrio (art. 103-B, CF), pensando nisso, editou a Recomendação 33, de 23 de novembro de 2010, que dispõe sobre a criação, por parte dos tribunais, de um ambiente adequado para a escuta de crianças e adolescentes, a ser realizada por profissionais capacitados, de modo a lhes proporcionar segurança, privacidade, conforto e condições de acolhimento.

Contudo, é necessário que os profissionais da equipe multidisciplinar (psicólogos, assistentes sociais, pedagogos etc.) e também o magistrado se abstenham de praticar certas condutas que podem prejudicar a oitiva da criança ou do adolescente: chamar a criança ou adolescente de “senhor” ou “senhora”; não permitir o “tempo” da criança, interrompendo-a ou apressando-a; utilizar vocabulário que a criança não tem condições de compreender, ainda que tenha de estar contido na denúncia, por exemplo, “lascívia”, “concupiscência”, “libidinosos”, “genitália” etc.; mentir para a criança, declarando que o teor de seu depoimento não influenciará no resultado do processo, por exemplo; e creditar à criança algum comportamento que a culpabilize pelo abuso sofrido, como no caso de pronunciar frases do tipo: “Por que você não pediu ajuda? Por que você não contou para ninguém naquela época? Você costuma falar mentiras? Que roupa você estava usando naquele dia?”

De outro lado, as principais vantagens com a implantação das salas especiais para depoimento são as seguintes: as vítimas serão protegidas de intermináveis e repetitivos depoimentos perante diversas instituições públicas e privadas; serão reduzidas as sentenças absolutórias e a eventual impunidade, especialmente nos crimes contra a dignidade sexual, pois as vítimas sentir-se-ão encorajadas a falar a verdade; as vítimas serão tratadas com o devido respeito à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e poderão manifestar mais livremente sua vontade; e, por fim, a implantação do sistema reduzirá o tempo de tramitação dos inquéritos policiais e das ações cíveis e penais relativas à violação dos direitos infanto-juvenis⁵.

Outro ponto que merece destaque é com relação às comarcas onde este sistema ainda não foi implantado. Ainda que o Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Resolução 94, de 27 de outubro de 2009, estabeleça a existência de coordenadorias da infância e da juventude no âmbito do Poder Judiciário, com atribuição, inclusive, para dar suporte aos magistrados, aos servidores e às equipes multidisciplinares, a realidade de muitos juízes no país é a de total isolamento na hora de decidir sobre temas tão delicados como este. Por questões orçamentárias, quando há equipe técnica, esta é raramente completa, e se o é, encontra-se assoberbada, além do que tais equipes multidisciplinares muitas vezes são vinculadas exclusivamente a determinados juízos (infância e juventude ou família), deixando os juízes das demais competências em situação embaraçosa.

Nesse contexto, uma primeira alternativa que se propõe é a de o juiz se valer da *rede local*, em busca de profissionais de serviço social e psicologia que possam especialmente auxiliá-lo na produção de pareceres técnicos e – até mesmo – no momento da colheita da prova.

Ademais, os conselhos tutelares, os centros de referência de assistência Social (CRAS), a Secretaria de Saúde, a Secretaria de Educação, o Ministério Público, os centros de defesa da criança e a Defensoria

O sistema de garantias de direitos pressupõe a existência de uma rede de atenção regionalizada, sob a responsabilidade primária dos municípios

Pública devem estar preparados para acolher a criança-vítima, evitando que percorra uma via-crúcis desnecessária, seguindo um fluxo-grama que a conduza a repetir sua história o menor número de vezes possível, recebendo, de maneira coordenada, atenção profissional nos diferentes níveis a que faz jus.

O sistema de garantias de direitos pressupõe a existência de uma rede de atenção regionalizada, sob a responsabilidade primária dos municípios.

Da mesma forma, deve haver uma articulação entre os órgãos executivos de proteção à criança, sendo, também, oportuna a comunicação e a integração entre os diversos juízos perante os quais uma mesma situação de abuso/violência/exploração seja objeto de análise. Primeiro, porque viabiliza a uniformidade das decisões, especialmente aquelas que dizem respeito ao *destino* da criança-vítima: guarda a um dos genitores ou à família extensa, vedação de visitas, acolhimento institucional. Segundo, porque evita a malfadada revitimização, através da repetição, pela criança, das circunstâncias do abuso a um sem-número de profissionais. E, por fim, mas sem esgotamento das benesses, porque a própria criança poderia entender que existe desconhecimento a respeito das medidas que foram ou estão sendo adotadas por outros órgãos, o que poderia confundir a vítima e a levar a crer que teria que percorrer os corredores do fórum por um tempo indeterminado, gerando resistência e frustração – para dizer o mínimo.

Ainda, para o aprimoramento do sistema de depoimento especial, se faz mister: (i) constante qualificação dos magistrados e dos profissionais da equipe multidisciplinar para um melhor enfrentamento da questão; (ii) monitoramento da criança ou adolescente e da família; (iii) realização de parcerias entre o Poder Judiciário e o município para a atuação dos CRAS, conselhos tutelares, entre outros órgãos municipais nas comarcas desprovidas deste sistema; e (iv) maior participação da família e da sociedade no sentido de denunciar casos de abuso sexual, evitando assim a impunidade e mantendo a higidez dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, tal como estatuído no art. 227 do pergaminho político de 1988.

III. Considerações finais

A verificação de afronta à dignidade da pessoa humana – princípio disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal – legitima a atuação do Poder Judiciário nacional, já que os tribunais devem emprestar aos direitos fundamentais a maior eficácia possível.

Sempre que uma criança ou adolescente for vítima de abuso sexual, qualquer que seja a sua forma, se para fins de satisfação de libido individual ou mesmo de redes organizadas para produção de material pornográfico, há, antes de tudo, uma ofensa aos seus direitos fundamentais de liberdade sexual e dignidade da pessoa humana. Além disso, há violação também de direitos derivados do desenvolvimento e da formação psíquica, da intimidade e da moral sexual social⁶.

Se, para o Poder Judiciário, é árdua a tarefa de tomar o depoimento de uma pessoa adulta em casos de violência sexual, no caso de crianças e adolescentes a complexidade é ainda maior, haja vista que estes ainda são seres humanos em desenvolvimento, e, desta forma, são necessárias técnicas especiais para a realização da oitiva.

Assim, a implementação do depoimento especial por parte dos tribunais pátrios se mostra adequada e necessária, haja vista que tal técnica tem como objetivo primordial respeitar as limitações da vítima, observando, portanto, a sua condição de sujeito de direito, impedindo a sua revitimização, bem como punir de forma efetiva o autor do delito e evitar a condenação de pessoas inocentes.

Notas

1. Wanderlei José dos Reis. Mestre em Direito Constitucional. Doutor e pós-doutor em Direito. Juiz Titular da 1ª Vara Especializada de Família e Sucessões e da 46ª Zona Eleitoral em Rondonópolis-MT.
2. FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.
3. SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 106.
4. BALBINOTTI, Claudia. *A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso*. PUCRS, Porto Alegre, 19.06.08.

- Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/claudia_balbinotti.pdf>. Acesso em: 03.06.14.
5. SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A implantação do depoimento sem dano no sistema judicial brasileiro*. MPMG, Uberlândia/MG. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1055/1%20R%20MJ%20Implantacao%20-%20Jadir.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 03.06.14.
 6. CASTRO, Joelíria Vey de; BULAWSKI, Cláudio Maldaner. *O perfil do pedófilo: uma abordagem da realidade brasileira*. IBCCRIM, Revista n. 6. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_Liberdades_artigo/74-ARTIGO>. Acesso em: 04.06.14.

Referências

- BALBINOTTI, Claudia. *A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso*. PUCRS, Porto Alegre, 19.06.08. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_1/claudia_balbinotti.pdf>. Acesso em: 03.06.14.
- CASTRO, Joelíria Vey de; BULAWSKI, Cláudio Maldaner. *O perfil do pedófilo: uma abordagem da realidade brasileira*. IBCCRIM, Revista n. 6. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/revista_Liberdades_artigo/74-ARTIGO>. Acesso em: 04.06.14.
- FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *Direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62.
- SCHREIBER, Elisabeth. *Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 106.
- SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A implantação do depoimento sem dano no sistema judicial brasileiro*. MPMG, Uberlândia/MG. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1055/1%20R%20MJ%20Implantacao%20-%20Jadir.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 03.06.14.

Direito & estilo – Primeiras conjecturas sobre a estilística jurídica

Maria Francisca Carneiro¹

Doutora em Direito (UFPR). Pós-doutora em Filosofia (Universidade de Lisboa)

Resumo: Trata-se do conceito de estilo e de sua evolução histórica, verificando-se de que modo a estilística, como método, pode interessar ao Direito. Propõe-se que o estilo seja entendido como uma estrutura por meio da qual se expressam os mais variados discursos, inclusive o jurídico. Analisa-se a estilística jurídica por meio da sua retórica e da argumentação, concluindo-se que, sob essa ótica, podem ser revelados novos sentidos e significados de interesse para a narrativa do Direito.

1. Conceito de estilo

ESTILO É O CONJUNTO DE CARACTERÍSTICAS que distinguem determinada forma de expressão². Na origem, a ideia de estilo expressou-se, em francês, como *le style c'est l'homme même*, para considerar que o estilo é a manifestação do sujeito, tal qual ele é³. Discute-se, todavia, se o estilo está no sujeito ou no material empregado, no caso da obra de arte, pois é a matéria que toma forma e expressa o estilo. A questão remanesce aberta, pois não há respostas conclusivas a respeito. Assim, indaga-se se o estilo está no sujeito (essência) ou na coisa (matéria); ou seja, se no conteúdo ou na forma.

O estilo pode ser conceituado como a maneira ou o caráter especial de exprimir os pensamentos, falando ou escrevendo, podendo classificar-se os estilos em simples, natural, elegante, grácil, opulento, enérgico, sublime, nobre, afetado, burlesco, temperado, didático, histórico, ortodoxo etc.⁴ Os estilos podem atender ainda a diferentes escolas do pensamento ou da arte, tais como gótico, clássico, barroco, expressionista, impressionista etc. Podem ser infinitos os estilos, tão infinita quanto for a criatividade humana e a sua capacidade expressiva.

Por maior que seja a diferença entre matéria e expressão, algumas obras de arte obedecem a características comuns, como por exemplo a predominância das linhas, a representação por planos e a nitidez dos contornos, que informam um determinado tipo de visão estruturante⁵: aí está a base da classificação dos estilos. Os estilos são, portanto, categorias estruturantes, sendo que se pode passar de uma a outra historicamente, embora cada estilo tenha a sua perenidade. Nesse sentido, os estilos são temporais e atemporais, dependendo do ponto de vista sob o qual se os analisa.

O estilo relaciona-se ao gosto, dele depende e conforme ele varia. Para David Hume, “é demasiado óbvia para deixar de ser notada por todos a extrema variedade de gostos que há no mundo, assim como de opiniões”⁶. Hume procurava encontrar um *padrão do gosto*, para o qual convergiriam as diferentes opiniões, pois acreditava na existência de princípios universais do gosto, portanto, do estilo. Para Hume, tal padrão estaria principalmente na ética e na moral, das quais decorreriam, em última instância, os princípios que fundamentam o gosto. Ora, não se pode negar a plausibilidade dessa afirmativa, a qual não é de todo negada pela maior parte dos tratadistas e filósofos de todos os tempos, pois é patente a ligação que existe entre ética e estética. Desse modo, os princípios éticos influenciam, sim, o estilo.

2. Evolução social do estilo e do ornamento

O estilo é uma espécie de método que se ressentiu claramente dos sentimentos, ideias e entusiasmo dos seus artistas e autores, de acordo com as variações sociais, nas mais diversas épocas das quais se tem registro⁷. Nesse sentido, o estilo pode ser considerado um espelho das transformações históricas e, por conseguinte, dos valores que as imbuem. Enquanto há signos estilísticos ascendentes, há outros em declínio, em um movimento constante no bojo das sociedades⁸.

Cabe lembrar, todavia, que a reprodução fiel aos padrões ornamentais que caracterizam o estilo pode ser menos importante do que a contribuição de cada artesão, ao progresso infinito destes padrões. Aí está presente a questão da autoria que, no medievo, ainda não se fazia presente. Somente a partir do Renascimento é que a autoria – primórdio do direito autoral e do direito sobre as cópias – se manifesta, não por acaso em consonância com o desenvolvimento do conceito de sujeito de direitos, cada vez mais amplo e abrangente no âmbito jurídico, até nossos dias.

O ornamento é uma forma de diferenciação que caracteriza o estilo. Gilberto Paim, citando Ruskin, afirma que “a industrialização interrompeu a mutação dos padrões ornamentais, fixando-os e esvaziando-os em seu potencial expressivo”⁹. Apenas os ornamentos realizados artesanalmente, diz ele, são capazes de trazer para o mundo a variedade da natureza e da sociedade, pois a mecanização substituiu a variedade conquistada pelo trabalho artesanal por uma tenebrosa monotonia¹⁰.

Os estilos ornamentais do passado respeitaram as leis que regulam a distribuição da forma na natureza. Portanto, para interpretá-los, é preciso antes observar a natureza¹¹.

As formas abstratas são mais recentes. De qualquer modo, o impulso ornamental pode ser entendido como um poderoso e inalienável *instinto*, presente em todos os povos¹².

É interessante observar, todavia, que pela expressão estilística, principalmente dos poemas, passam também traços subliminares e irracionais, que nem sempre correspondem a um determinado saber explícito¹³. Por isso, na estilística, reside uma espécie de fenomenologia e de

uma dialética, talvez prenhe de essencialidades a serem desveladas, na qual os elos linguísticos desempenham o papel de elos vitais. As miniaturas e os panegíricos são exemplos cabais desse fenômeno, pois os elogios e as reduções são tipos de sínteses de valores e de ideias.

Entretanto, não se pode falar em estilo sem mencionar a célebre expressão “estilo de vida”, a qual, na modernidade, relaciona-se à compra e ao consumismo: *You are what you buy*¹⁴, tão diferente e tão em oposição aos primórdios do estilo e do ornamento, que se reportavam às formas encontradas na natureza.

No Ocidente, a estilística em geral foi influenciada, em seus primórdios, pela cultura grega clássica. Assim, a nobreza era considerada fonte de cultura e a educação dos heróis, modelo. O ideal espartano e platônico era inspiração e limite da beleza e da arte, inclusive da poesia¹⁵. Mas isto foi só o início, pois, com o decorrer dos séculos, as mudanças políticas e sociais trataram logo de se expressar também através dos estilos.

No Brasil Colonial, as incursões estilísticas no neoclassicismo foram esporádicas, pois a personalidade do povo não se adequava à frieza e ao intelectualismo que caracterizavam esse estilo. A tradição brasileira, na época, era marcadamente o barroco-rococó, na qual a emotividade e o sensualismo do mestiço brasileiro encontravam formas mais próprias de expressão, suscetíveis de autenticidade, embora a estilística neoclassicista fosse imposta, desde as escolas até as mais altas cortes de justiça, como que “por decreto”¹⁶.

No decorrer deste escrito, analisaremos a estilística jurídica contemporânea, no caso, expressa especificamente por meio da argumentação, embora não seja possível ignorar que há diferentes estilos permeando todo o universo jurídico, inclusive coexistindo em variados espaços e tempos.

Como síntese deste breve tópico, temos que o ornamento é a expressão prática do estilo, sendo este um método que comporta diferenças históricas e geográficas.

Vejamos, a seguir, aspectos da formação intelectual do estilo, que pode ser considerada um aporte à teoria do conhecimento.

3. Arquitetura cognitiva do estilo: estrutura ou *statement*

Não resta dúvida de que, didaticamente, podemos distinguir nossas experiências do “belo” (quer natural, quer artístico), das percepções sensoriais comuns, como a visão, o olfato, o tato e a audição. Tanto pela experiência estética como pela experiência sensorial comum, adquirimos conhecimento; e isto interessa também à gnoseologia ou teoria do conhecimento. Ora, o estilo é uma expressão do “belo” e, assim sendo, também pode ser analisado sob o prisma gnoseológico.

A análise vocabular do conceito *áistesis* nos leva a, pelo menos, duas vertentes da estética: uma, a artística, que diz respeito à apreciação da obra de arte; e a outra, a gnoseológica, que remonta à faculdade mental de apreender e conhecer, pela percepção e pelos sentidos. Observemos que ambas essas vertentes da estética originam-se nas raízes filológicas do conceito, e de cada uma delas derivam várias teorias, em diferentes campos de estudo¹⁷.

Para Michel Foucault, existem formações discursivas na mente humana. Formam-se primeiro os objetos e as suas enunciações; em seguida os conceitos, as estratégias e as suas consequências. A partir daí, adquirem-se os *statements*, que são funcionais¹⁸. Propomos que, para efeitos deste nosso estudo, o estilo seja considerado um *statement*. Vejamos o que isto significa.

Sugerimos considerar que, em princípio, o estilo seja entendido como uma espécie de estrutura ou arquitetura formada na mente humana, por meio da qual se expressam os mais variados discursos, inclusive o jurídico. Sendo uma estrutura, o estilo pode ser conceituado como um *statement*. Ora, levemos em conta que uma estrutura é uma abstração, apenas uma forma ou formação, sem conteúdo. É uma forma vazia. Nesse sentido, o estilo, como *statement* ou simples estrutura, é uma forma, e não um conteúdo¹⁹.

Para Foucault, o *statement* é um enunciado e, ao mesmo tempo, uma norma ou regra, capaz de conferir unidade ao discurso e aos seus elementos. É uma função que pertence a signos sobre cujas bases são tomadas decisões²⁰. Evidentemente, isto pode interessar sobremaneira ao direito, que se assenta sobre a tomada de decisões, portanto, vale-se

de *statements*, que são estilísticos, de acordo com esta nossa proposta de reflexão. Desse modo, o discurso jurídico, incluindo as decisões judiciais, são também de estilo.

Tomemos como primeira característica estilística do *statement* jurídico-discursivo o pressuposto de que o direito utiliza a lógica da imputação causal, que supõe ordenação do tempo. Para Paul Ricoeur, “a imputação causal singular é o procedimento explicativo que faz a transição entre a causalidade narrativa – a estrutura do um pelo outro, que Aristóteles distinguia do um depois do outro – e a causalidade explicativa que, no modelo nomológico, não é distinguida da explicação por leis”²¹.

Por tais razões, somos da opinião de que a análise do estilo discursivo do direito e de seus *statements*, a ser feita por intermédio da argumentação e da retórica por ele empregada, pode ser reveladora de sentidos e significados intrínsecos ao próprio direito.

4. Retórica como estilo no direito

Para Aristóteles, a retórica é “a faculdade de ver teoricamente o que, em cada caso, pode ser capaz de gerar a persuasão”²², acrescentando que nenhuma outra arte tem essa função. Afirmar ainda o estagirita que, através da retórica, pode-se obter provas – o que diz respeito, de maneira especial, ao direito. Algumas provas não dependem da arte (por exemplo, as confissões, particularmente as obtidas mediante tortura), como também as provas da ciência; enquanto que outras, aquelas referentes ao discurso, são provas persuasivas e relacionam-se à arte e também ao estilo, porque, em última instância, remontam às convicções mais recônditas, que são os princípios e a moral nos quais o estilo se reflete como num espelho: eis aí a base primeira do *statement*.

A retórica é útil porque o verdadeiro e o justo são, por natureza, melhores do que os seus contrários²³, donde se infere que o verdadeiro e o justo convincentes estão em conformidade com os *statements*, portanto, com o estilo e este, por seu turno, com os princípios e valores morais de uma determinada sociedade, em uma dada época. Assim,

somos da opinião de que há, sim, uma verdade possível, capaz de gerar genuíno convencimento, embora seja ela relativa no tempo, no sujeito e no lugar, assim como são variáveis os estilos, os princípios e gostos, todos inter-relacionados. O que nos parece curioso é que, estando a retórica embutida no *statement* do estilo, ela é capaz de gerar uma persuasão mais íntima e profunda, a qual é tomada e aceita como verdadeira, ou seja, internalizada.

No entanto, apesar do condicionamento oferecido pela persuasão, advinda da retórica que se adequa ao *statement*, é preciso ressaltar que existe, sim, liberdade de raciocínio: trata-se da invenção, onde reside a originalidade²⁴. Para Perelman, a liberdade de invenção, fundamento da originalidade, seria simétrica à liberdade de adesão, que é o fundamento de uma irmanação de mentes²⁵.

Assim, nessa linha de entendimento, temos que a tomada de decisão só é verdadeiramente livre na invenção; de outro modo, ela está condicionada pelo estilo estruturante da persuasão, decorrente da retórica e de sua estilística. Cabe pensar, portanto, se nos autos de um processo judicial existe sempre liberdade para a inventividade criativa ou se, ao contrário, a decisão é previamente condicionada pela estilística da retórica, condicionamento este determinado pela força e pela interação dos argumentos empregados²⁶.

Em outras palavras, indaga-se até que ponto o estilo é capaz de influenciar os sentidos e o significado do direito e de seus rumos.

5. Conclusões preliminares

Vimos, neste breve artigo, que, em suma, a estilística jurídica decorre, em aspectos, da retórica e do modo como são arranjados os argumentos no direito, visando a persuasão, em consonância com as possíveis verdades vigentes, os princípios e os gostos, que se refletem no estilo.

Em tempos nos quais se preza a democracia, concluímos ser difícil explicitar o que venha a ser a neutralidade, em se tratando de princípios jurídicos, estando aí encerrada uma certa contradição²⁷, posto que

os princípios estão sempre atrelados ao processo político e histórico, à moral em vigor e, portanto, ao *statement*; ou seja, ao estilo. Trata-se também de uma questão hermenêutica sobre a liberdade de pensar e inventar, na seara da narrativa jurídica. Nesse aspecto, cabe destacar o papel da jurisprudência, capaz de inovar e renovar o estilo, por meio de decisões inventivas.

Todavia, considerando-se que o discurso jurídico e a decisão são, via de regra, baseados na pré-compreensão, na valorização, na objetividade e na racionalidade, sendo esses seus fatores estruturantes²⁸ – portanto, estilísticos –, deparamo-nos com a discussão sobre a controlabilidade da metodologia jurídica, ao mesmo tempo em que verificamos suas principais características quanto ao estilo, que é a forma por meio da qual se expressa um conteúdo. Nesse sentido, a metodologia do direito é uma expressão estilística e também é uma retórica.

Assim, considerando-se que a estilística jurídica decorre da metodologia do direito e com ela é consoante, mister levar em conta que a maior parte dos teóricos aceita que o método jurídico da modernidade apresenta, como principais características²⁹: i) influência da racionalidade positivista da ciência; ii) estruturação lógica das proposições jurídicas e da aplicação da lei; iii) conformação e apreciação jurídica da situação de fato; iv) e hermenêutica e critérios para a interpretação das leis, entre outras. Há que se levar em conta, também, o problema da formação dos conceitos e dos sistemas e suas variações histórico-temporais³⁰.

Aceitas tais características como sendo as da metodologia e, por conseguinte, da argumentação jurídica, delas decorre o estilo do direito, porque aí está a sua estruturação.

Ora, o que se vê, como síntese das características metodológicas e argumentativas do direito é o predomínio das formações lógicas³¹ e da racionalidade científica. Portanto, deflui-se que a estilística jurídica que daí decorre é precipuamente fundamentada na objetividade, ou seja, o estilo do direito apresenta uma estética objetiva, ao menos no que tange à racionalidade lógico-argumentativa. Porém, temos que observar que a redução à ordem constitui um princípio da estética objetiva igualmente característico de uma limitação privilegiante³² de alguns

aspectos em detrimento de outros. Isto reforça a tese de que, enquanto algumas coisas ficam “dentro” do sistema jurídico, privilegiadas, outras ficam “fora”, negligenciadas.

Outros estudos sobre o estilo do direito virão, trazendo novas luzes sobre o assunto, inclusive sobre a coexistência de diferentes estilos no direito. O que se aguarda, de modo mais ligeiro, é o desvendamento e o lugar da emotividade – elemento tão humano – em meio a essa estilística argumentativa tão fortemente calcada na objetividade lógica e na racionalidade – apanágios do cânone ocidental³³ – a fim de que se possa descrever qual é o modelo perceptual das emoções³⁴ adotado pela estilística jurídica da pós-modernidade, pois mesmo os sentimentos humanos, para que se expressem, atendem a determinados modelos e estilos estruturantes.

Porque o direito, sendo um conhecimento que diz respeito a praticamente toda a atividade humana, também pode ser apreciado como uma experiência artística³⁵ e interpretado como uma obra de arte³⁶, de expressão e de organização, fruto da inventividade, que é a característica maior da humanidade.

Notas

1. Maria Francisca Carneiro. Doutora em Direito (UFPR). Pós-doutora em Filosofia (Universidade de Lisboa). Mestre em Educação (PUC/PR).
2. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. (Trad. de Alfredo Bosi), 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 375.
3. *Idem, ibidem*.
4. AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 2. ed. brasileira, Vol. II, Rio de Janeiro: Delta, 1964, p. 1612.
5. NUNES, Benedito. *Introdução à filosofia da arte*. 5. ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 102-3.
6. HUME, David. Do padrão do gosto. (Trad. de João Paulo Gomes Monteiro et al). São Paulo: Abril, 1980, p. 319-29. In: DUARTE, Rodrigo. *O belo autônomo – textos clássicos de estética*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1997, p. 55.
7. HASKELL, Francis. *L'historien et les images*. (Trad. de Alain Tachet e Louis Évrard). Paris: Gallimard, 1995, p. 411.
8. *Idem, ibidem*.

9. PAIM, Gilberto. *A beleza sob suspeita* – o ornamento em Ruskin, Lloyd Writ, Loos, Le Corbusier e outros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 26-7.
10. *Idem, ibidem.*
11. *Idem, ibidem*, p. 19.
12. *Idem, ibidem*, e HASKELL, *op. cit.*
13. BACHELARD, Gaston. *La poétique de l'espace*. 7. ed. Paris: PUF, 1998, p. 5.
14. SIM, Stuart. *Postmodern thought*. Cambridge: Icon Books Ltd., 1998, p. 53.
15. JAEGER, Werner. *Paidéia* – a formação do homem grego. (Trad. de Artur M. Parreira), 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
16. BARBOSA, Ana Mae. *Arte-Educação no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 19-20.
17. CARNEIRO, Maria Francisca. *Direito, estética e arte de julgar*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.
18. FOUCAULT, Michel. *The archaeology of knowledge*. Bristol: J. W. Arrowsmith, 1997. Veja-se também: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. 3rd. ed., Oxford: Blackwell, 1997.
19. Veja-se o primeiro tópico deste artigo, quando se discutia o conceito de estilo, indagando-se se é forma ou conteúdo, infra.
20. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 79-87.
21. RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. (Trad. de Constança Marcondes Cesar), Tomo I, Campinas: Papyrus, 1994, p. 261.
22. ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. (Trad. de Antônio Pinto de Carvalho). Rio de Janeiro: Ediouro, (s.d.), p. 33.
23. *Idem, ibidem*, p. 31.
24. PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. (Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 249.
25. *Idem, ibidem.*
26. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação* – a nova retórica. (Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 523.
27. ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Poder Judiciário e argumentação no atual Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 155.
28. MÜLLER, Friedrich. *Discours de La methode juridique*. (Trad. De Olivier Jouanjan), Paris: PUF, 1996, p. 215.
29. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. (Trad. de José Lamego), 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
30. LARENZ, Karl. *Storia del metodo nella scienza giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996.
31. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
32. TAGLIAFERRI, Aldo. *A estética do objetivo*. (Trad. de Antônio de Pádua Danesi), São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 15.

33. BLOOM, Harold. *O cânone ocidental*. (Trad. De Marcos Santarrita), Rio de Janeiro: Objetiva, 1995.
34. HJORT, Mette; LAVER, Sue (Ed.). *Emotions and the arts*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
35. DEWEY, John. *Art as experience*. New York: The Berkley Publishing Group, 1980.
36. BURCKHARDT, Jacob. *O Estado como obra de arte*. (Trad. de Sergio Tellaroli), Penguin & Companhia das Letras, 2012.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. (Trad. de Alfredo Bosi), 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Poder Judiciário e argumentação no atual Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. (Trad. de Antônio Pinto de Carvalho). Rio de Janeiro: Ediouro, (s.d.).
- AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 2. ed. brasileira, Vol. II, Rio de Janeiro: Delta, 1964.
- BACHELARD, Gaston. *La poétique de l'espace*. 7. ed. Paris: PUF, 1998.
- BARBOSA, Ana Mae. *Arte-Educação no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- BLOOM, Harold. *O cânone ocidental*. (Trad. de Marcos Santarrita), Rio de Janeiro: Objetiva, 1995.
- BURCKHARDT, Jacob. *O Estado como obra de arte*. (Trad. de Sergio Tellaroli), Penguin & Companhia das Letras, 2012.
- CARNEIRO, Maria Francisca. *Direito, estética e arte de julgar*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008.
- DEWEY, John. *Art as experience*. New York: The Berkley Publishing Group, 1980.
- FOUCAULT, Michel. *The archaeology of knowledge*. Bristol: J. W. Arrowsmith, 1997.
- HASKELL, Francis. *L'historien et les images*. (Trad. de Alain Tachet e Louis Évrard). Paris: Gallimard, 1995.
- HJORT, Mette; LAVER, Sue (Ed.). *Emotions and the arts*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- HUME, David. *Do padrão do gosto*. (Trad. de João Paulo Gomes Monteiro et al). São Paulo: Abril, 1980, p. 319-29. In: DUARTE, Rodrigo. *O belo autônomo – textos clássicos de estética*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1997.
- JAEGER, Werner. *Paidéia – a formação do homem grego*. (Trad. de Artur M. Parreira), 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. (Trad. de José Lamego), 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

- _____. *Storia del metodo nella scienza giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de La methode juridique*. (Trad. De Olivier Jouanjan), Paris: PUF, 1996.
- NUNES, Benedito. *Introdução à filosofia da arte*. 5. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- PAIM, Gilberto. *A beleza sob suspeita – o ornamento em Ruskin, Lloyd Writ, Loos, Le Corbusier e outros*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. (Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. (Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- Ricoeur, Paul. *Tempo e narrativa*. (Trad. de Constança Marcondes Cesar), Tomo I, Campinas: Papyrus, 1994.
- SIM, Stuart. *Postmodern thought*. Cambridge: Icon Books Ltd., 1998.
- TAGLIAFERRI, Aldo. *A estética do objetivo*. (Trad. de Antônio de Pádua Danesi), São Paulo: Perspectiva, 1978.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. 3rd. ed., Oxford: Blackwell, 1997.

Ativismo judicial: qual o limite do Poder Judiciário?

Leonardo Alves de Oliveira¹

Servidor Público Estadual do Tribunal de Justiça de Mato Grosso

Resumo: O presente trabalho científico versa sobre a coeva discussão acerca do ativismo judicial. Para construir o panorama temático analisou-se processos históricos de judicialização e ascensão do Poder Judiciário, pontuando-se alguns casos paradigmáticos, com o escopo de compreender o ativismo judicial, seu surgimento, conceituação e modos de utilização, à luz da interpretação constitucional, para ao final buscar traçar qual é o limite do Judiciário ao se munir do ativismo, que deve se nortear pela razoabilidade, ponderando a mora legislativa, executiva e as demandas sociais em cotejo com a efetivação dos direitos fundamentais.

1. Introdução

O HOMEM É UM SER DINÂMICO E EM CONSTANTE DESENVOLVIMENTO, estando em diuturna inteiração com tudo que o cerca. Assim, desenvolve-se e evolui, de modo que seus valores e ideais vão se alterando com o gradativo transcurso do tempo.

O direito, por outro lado, sistema de normas de conduta criado e imposto por um conjunto de instituições para regular as relações sociais, é estático, estancado, sendo que evolui lentamente, buscando acompanhar o progresso do homem.

Dito isso, é correto afirmar que o direito está sempre alguns passos atrás da evolução da sociedade, já que mister se faz aguardar o desenvolvimento desta para que o legislador possa avaliar em quais pontos e por que deverá atuar, ou, se for o caso, verificar se deverá modificar uma norma já anteriormente posta para se amoldar à eventual nova realidade.

Contudo, hodiernamente, no cenário pátrio, resta evidente que as atividades política e legislativa não são desempenhadas com o devido e necessário esmero. É de se destacar, à guisa de exemplificação, que a Constituição Federal prevê que a existência do direito de greve ao servidor público federal², bem como a existência do imposto sobre grandes fortunas³, deixando a cargo do legislador a regulamentação destes temas, contudo, passados 28 anos do advento da carta política brasileira, o legislador infraconstitucional ainda não disciplinou as aludidas matérias.

Diante desse contexto, no âmago do Poder Judiciário – atento aos clamores sociais e demandas que batem à sua porta –, ganha força um movimento denominado de ativismo judicial, tema de extrema relevância para sociedade contemporânea e pano de fundo de inúmeras discussões, já que divisor de opiniões, possuindo adeptos e opositores.

Assim, com o fito de trazer a lume esclarecimentos sobre o tema em apreço, sob o prisma de uma visão constitucionalista do direito, apresenta-se este trabalho científico, no afã de melhor compreender o ativismo judicial, seu surgimento, como e por que ocorre, para, ao final, buscar vislumbrar quais são os limites do Poder Judiciário em sua atitude interpretativa e jurisdicional ativista.

2. Desenvolvimento e análise do tema

O direito é um produto da política. Portanto, no mundo real a autonomia que se outorga ao direito é apenas relativa, haja vista que a criação do direito se dá pelo processo constituinte, atividade eminentemente legislativa, ou seja, a criação do direito emana da vontade da maioria, se originando da própria política. O direito legitima e limita o exercício do poder político⁴.

A atividade corriqueira do Judiciário não causa controvérsias. Entretanto, por exemplo, ao se declarar uma lei ou ato normativo inconstitucional, o Judiciário está a dizer que a própria atividade política criadora do direito – realizada pelo Executivo e pelo Legislativo – foi equivocada, mal feita. Isto quer dizer que a atividade do julgador, por ter a última palavra interpretativa e jurisdicional, produz decisões que interferem diretamente nos demais poderes.

Julgar, atribuição de interpretar e aplicar o direito, faz com que os juízes estejam vinculados em suas decisões a tão somente dizer o direito posto, aplicar no caso concreto o produto da política emanado do constituinte ou do legislador, o direito. Assim, aos juízes, em regra, não caberia inventar, inovar. Em regra, pois na prática em certos momentos tal conduta se faz imprescindível. É a origem do ativismo judicial.

Aos juízes é conferida a atividade de aplicação das leis aos casos concretos, sempre com os olhos voltados à guarda da Constituição, porém, no constitucionalismo contemporâneo, suas atribuições vão muito além, devendo perseguir incansavelmente a democracia, a concretização dos direitos fundamentais e a garantia da dignidade da pessoa humana⁵.

2.1 Breve esboço evolucionista e a consequente judicialização

Pode-se asseverar, sem embaraço, que a evolução do direito constitucional foi a responsável pelo crescimento da judicialização, especialmente a partir do 1º pós-guerra mundial. Com o advento da Constituição do México (1917) e da Constituição alemã (1919) surgiu o ideal que se convencionou chamar de estado social de direito, ou socialização do direito, modelo que se pauta pela busca do *welfare state*, amparando-se o trabalho e a família, incrementando-se a cultura e desenvolvendo-se a assistência social⁶, isto é, o Estado é chamado a intervir em esferas até então deixadas à liberdade individual.

Pari passu, guardadas as devidas proporções temporais, surge e evolui o movimento de constitucionalismo contemporâneo denominado neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, cuja ideologia se pauta não

somente na limitação do poder político ou incremento dos direitos sociais, tendo por principal escopo a garantia da eficácia do texto magno, a concretização dos direitos fundamentais⁷. Neste cenário, o direito constitucional migra para o centro do ordenamento jurídico, o pergaminho político ganha força normativa e suprema, assim como seus princípios (de conceituação aberta, ampla e abstrata) passam a irradiar efeitos e permear todos os demais ramos da ciência do direito, que tem suas normas reinterpretadas à luz do direito constitucional e da dignidade da pessoa humana. Tal realidade se pode constatar em constituições contemporâneas, como a italiana (1948), alemã (1949), espanhola (1976), portuguesa (1978) e brasileira (1988)⁸.

Dessarte, visando a proteção e efetivação dos direitos fundamentais que se encontram insculpidos nas leis maiores, deu-se um enfoque especial ao Poder Judiciário. As constituições passam a dar fartos poderes aos juízes frente ao Estado, o que se materializa pela jurisdição constitucional, sobretudo, desempenhada através dos tribunais constitucionais⁹. Concebeu-se que um Judiciário forte e independente é condição *sine qua non* para garantia dos direitos fundamentais e garantia da democracia.

O processo legislativo pátrio se revela lento e incapaz de solver problemas e conflitos sociais, sendo que o Executivo, muitas vezes, volta-se para o atendimento dos interesses da própria máquina estatal, ocasionando um distanciamento dos interesses públicos, bem como um estranhamento entre os representantes e o próprio povo representado¹⁰.

Dessarte, frente à ineficácia da função legislativa e do governo, cabe aos juízes, enquanto guardiões das promessas mandamentais, promover a guarda e efetivação das normas constitucionais¹¹.

Diante da nova realidade fático-jurídica instalada, a sociedade, de modo geral, passou a perceber que poderia conferir a última palavra em questões de relevante valor moral, econômico ou social (ou em qualquer outro conflito que fosse, relevante ou não) ao Judiciário, havendo verdadeira explosão de litigiosidade¹², acarretando uma ascensão do Poder Judiciário ao posto de protagonista, passando a delimitar e decidir quais os rumos a sociedade tomará, de modo que, metafori-

camente, uma parcela das atribuições é transferida dos demais poderes ao Judiciário, justamente por inércia daqueles.

No Brasil, insta salientar, o fenômeno da judicialização se deve em grande parte à própria Constituição, uma vez que possui um texto analítico, extenso, prolixo, largo, detalhado, sendo uma norma deveras abrangente, que trata de relevância. Assim, ao constitucionalizar matérias, automaticamente se retira tais questões do âmbito da política e as insere dentro do direito, convertendo-as numa norma constitucional que se torna fundamento das mais diversas pretensões deduzidas em juízo.

Outro fato que merece destaque no âmbito da judicialização pátria é o sistema híbrido de controle de constitucionalidade. Por meio do controle difuso, qualquer membro do Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, pode declarar uma norma inconstitucional, o que, por via oblíqua, faz com que as insatisfações diversas com o processo político legislativo sejam submetidas ao crivo do Judiciário, reforçando ainda mais o já citado protagonismo do Judiciário e realçando a judicialização.

Portanto, repise-se, em síntese, pode-se entender como judicialização o processo em que todas as questões problemáticas da sociedade são levadas ao Judiciário para resolução, o que, conseqüentemente, ocasiona um fortalecimento deste em detrimento do Legislativo e do Executivo, que se enfraquecem e perdem credibilidade¹³.

2.2 Definição de ativismo judicial

A concepção de ativismo, por sua vez, está jungida a uma efetiva participação extensiva e vigorosa do Judiciário na consolidação dos valores e fins preconizados constitucionalmente. É uma interpretação proativa da *lex fundamentalis* que propicia uma releitura de seu real sentido, alcance e valores axiológicos, com o objetivo de permitir a prolação de decisões modernas, reformadoras/revolucionárias, progressistas e construtivas.

Pode-se dizer que o ativismo existe por derivação lógica dos princípios da inafastabilidade judicial e indeclinabilidade da função

jurisdicional, segundo o qual o juízo não pode se esquivar de julgar um conflito e proferir decisões alegando obscuridade ou lacuna legislativa¹⁴.

Conceitua-se como sendo uma atitude, um modo proativo de interpretação, sobretudo da carta política, para disciplinar uma situação que não foi disposta por norma alguma, ou que foi disposta, mas que já não mais atende à realidade fática demandada pelos interessados que necessitam de um provimento jurisdicional.

Para muitos, ativismo se trata do Judiciário promover o atendimento das demandas da população que deveriam receber a devida atenção do Executivo e do Legislativo, mas não o fazem, nascendo essa necessidade do julgador se inserir socialmente e agir positivamente como válvula para legitimação dos mandamentos constitucionais¹⁵.

O Judiciário interfere em políticas públicas através do ativismo quando determina o fornecimento de medicamentos, internações médicas e cirurgias, não voltando seus olhos para a reserva do possível da administração pública, mas sim primando por valores constitucionais assegurados, como a vida e a saúde.

Com isso, torna-se imprescindível que o Judiciário aja com equilíbrio e prudência diante da dilemática questão, onde de um lado há a letargia comatosa de acomete de forma crônica a estrutura moral e material do Executivo e do Legislativo, cujo resultado avilta gritantemente o paradigma do estado democrático, sendo que de outro lado estão os anseios sociais, as exigências dos cidadãos e de grupos sociais que clamam ao julgador o suprimento das lacunas e a reparação dos danos gerados pela inércia dos demais poderes¹⁶.

Um Judiciário ativo, dinâmico, participativo e criativo é capaz de contribuir para a formação e evolução do direito, podendo colaborar com a democracia, desenvolvendo e difundindo valores consagrados constitucionalmente, impondo aos demais poderes a execução das tarefas que lhes são incumbidas, tudo em prol da sociedade e em tributo aos direitos fundamentais. Deve-se ser jogada uma pá de cal sobre o mito montesquieuiano de que o juiz deve ser nulo ou invisível. O Judiciário deve aceitar sua missão de interventor e criador das soluções reclamadas¹⁷.

2.3 *Leading cases*

Um grande exemplo de ativismo judicial que se pode citar, quiçá como sendo o primeiro caso, em 1803, foi a famosa lide *Marbory versus Madison*, julgada pela Suprema Corte norte-americana, à época presidida pelo juiz John Marshall – em que pese ser referência clássica dos ensinamentos de controle de constitucionalidade, cabe aqui a sua menção –, na qual entendeu-se que a constituição é a norma máxima e todas as demais leis ou atos normativos devem-lhe obediência, motivo pelo qual cabe ao Judiciário revê-los¹⁸, o que até então não era previsto expressamente.

O caso *Lochner versus New York* também é considerado um marco ativista na história, julgado em 1905, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Garantiu-se a um padeiro a liberdade contratual no que tange à jornada de trabalho, decidindo-se que o estado de Nova Iorque não poderia legislar acerca de limitação da carga horária, ou seja, houve evidente interferência do Judiciário na política legislativa do Estado¹⁹.

No ano de 1954, originou-se outro importante precedente emanado da corte máxima dos Estados Unidos da América, presidida pelo *Chief Justice Warren*, caso *Brown versus Board of Education*, em que se permitiu que uma criança negra, que não havia conseguido vaga na escola destinada a negros, se matriculasse em uma escola exclusiva para brancos, como forma de garantir seu direito fundamental à educação.

Outro importante caso de ativismo, também do direito alienígena, foi o *Roe versus Wade*, que tramitou perante a corte Suprema americana, em 1973, quando se reconhece à parte o direito à privacidade, não consagrado expressamente, adicionando-o como direito fundamental, de modo que foi deferido na aludida liça o direito ao aborto²⁰.

No que se refere ao panorama ativista pátrio, sobressaem-se dois casos paradigmáticos recentemente dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal. Um deles a respeito do reconhecimento da união estável homoafetiva (ADI 4277) e o outro acerca da permissão do aborto de feto anencefálico (ADPF 54), ambos exemplos positivos de ativismo judicial, com vistas ao respeito aos direitos fundamentais, regulamentando situações existentes no judiciário que até então pendiam de solução.

2.4 A Lei 13.300/16 e a deferência do legislador ao ativismo

Recentemente, em 23 de junho de 2016, o legislador editou a lei que regulamenta o mandado de injunção, Lei 13.300/16. O que convém expor acerca disso é que a referida lei praticamente reconhece e legitima o ativismo judicial.

O art. 8º do diploma legal em apreço reza que, em caso de ser reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção pelo juiz, que deverá estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Nota-se, do minudente volver da aludida norma, que o próprio legislador já prevê a possibilidade de ele mesmo se encontrar em mora com a política e com sua atividade típica de elaborar as leis, franqueando, assim, ao Judiciário a possibilidade de, nesses casos, promover uma atitude (pro)ativista e, concretamente, disciplinar integralmente todas as questões que foram atinentes ao direito posto em juízo e ainda sem lei que o regule.

Em sendo assim, pode-se entender que o próprio legislador, malgrado as críticas ao ativismo judicial, age com deferência frente ao movimento, reconhecendo ao órgão julgador a possibilidade de adotar medidas ativistas para disciplinar situações ainda a margem de normatização.

2.5 A face negativa do ativismo e o limite do Poder Judiciário

Desde priscas eras o Brasil carrega com um modelo histórico de autoritarismo, passando pelo absolutismo, patrimonialismo, coronelismo²¹. Talvez por conta desse histórico o ativismo não seja muito benquisto por alguns, temendo que seja uma forma de autoritarismo do Judiciário.

A própria terminologia “ativismo” tem sua utilização criticada por alguns uma vez que significaria um comportamento espontâneo e impetuoso, o que afrontaria o princípio da inércia da jurisdição²².

Não bastasse a crítica no que atine à aceção, o ativismo também é definido negativamente por parcela doutrinária que o concebe como sendo uma forma atípica e desenfreada de criação de normas pelos membros do Judiciário, usurpando a função legítima conferida pela carta magna ao Legislativo e muitas vezes influindo em competências próprias do Executivo²³, de organização econômico-financeira e políticas públicas.

Advoga-se, ainda, que ao contrário do que se poderia imaginar, o ativismo não se cuida de um reforço da figura do direito e do magistrado, mas sim o oposto, ocasiona uma erosão da juridicidade configurada numa crescente incerteza advinda pelo emprego de cláusulas gerais às lides, o que acaba por transformar os membros do Judiciário em concorrentes diretos do legislador dos espaços deixados em aberto²⁴.

Assim, a crítica também se alastra numa discussão da insegurança jurídica, na qual se alega que o ativismo judicial poderia ferir o princípio da segurança jurídica, de modo que cada vez mais não seria possível prever qual seria o posicionamento a ser adotado pelo juiz diante de um caso concreto, já que com o ideal ativista o julgador estaria se distanciando das disposições expressas da lei e, conseqüentemente, dando guarida a princípios gerais e normas abstratas de ordem constitucional.

De fato, há uma face negativa do ativismo. Na democracia os poderes se controlam mutuamente, sendo indesejável que haja um poder mais hegemônico que os outros. Em verdade, todavia, deve-se ter em mente é que o ativismo é uma atuação proativa e expansiva do Judiciário com vistas à salvaguarda da Constituição e efetivação dos direitos fundamentais.

Uma das características dos direitos fundamentais é a historicidade, que se define como sendo a modificação dos referidos direitos com o passar do tempo, já que o direito é uma ciência social, isto é, se modifica e se molda com o decurso dos anos e com o desenvolvimento do meio social. Portanto, os direitos fundamentais são modificados com o

Na democracia
os poderes
se controlam
mutuamente,
sendo indesejável
que haja um poder
mais hegemônico
que os outros

passar do tempo, ganham nova hermenêutica. Há vinte anos os direitos fundamentais não eram os mesmos de hoje, sendo que já não eram os mesmo de quarenta anos atrás e assim sucessivamente²⁵. Deste modo, é correto afirmar que o ativismo judicial não possui limites temporais, decerto sempre estará presente ante a modificação do direito e a morosidade dos poderes políticos.

O Legislativo e o Executivo, poderes políticos por excelência, muitas vezes não conseguem atuar para atender às demandas sociais a tempo, porém, no regime democrático o interessante é que se preserve a competência política destes, cujos membros foram eleitos pelo voto da população e têm a capacidade, portanto, para representar as maiorias.

O fenômeno do ativismo não pode dar ao Judiciário um crescimento ilimitado em detrimento dos demais poderes. Muitas vezes o magistrado não é o profissional mais capacitado para se imiscuir em determinadas questões, devendo ser deferente com as escolhas legislativas ou a atuação discricionária da administração, desde que ambas sejam razoáveis²⁶.

Sobreleva dizer, assim, que o Judiciário deve agir sempre dentro dos parâmetros da razoabilidade, esse é o seu limite. A razoabilidade e a própria Constituição, já que é dela que se emanam os fundamentos essenciais de uma sociedade e do ser humano.

3. Conclusão

A democracia é feita pelo equilíbrio e harmonia entre os poderes. Nenhum deles deve se valer de arroubos, arrogância ou pretensão frente aos demais, principalmente o Judiciário, que tem o poder de decisão e a soberania interpretativa.

Entretanto, deve-se tem em mente que não há um conjunto de leis (soluções) pré-prontas para dirimir todo e qualquer conflito existente, para ser aplicado em todas as realidades fáticas da vida. Não se pode conceber que o Judiciário se limite a dizer que somente o direito posto deve ser aplicado, até porque há expressões deveras subjetivas e ambí-

guas nos textos normativos. Há lacunas, situações ainda não previstas pelo legislador. Nesses casos, muitas vezes faz-se necessária uma atuação política do julgador, no sentido de criar soluções ainda não concebidas pelo legislador.

O juiz deve ter a sabedoria, serenidade, sensibilidade aguçada e clareza visionária para compreender se deve ou não ser ativista, se aquela determinada situação trazida à sua jurisdição deve ganhar uma nova roupagem jurídica e ser reinterpretada, ou se cabe à parte aguardar que os poderes políticos o façam.

Por todo o exposto, é de bom alvitre destacar que as soluções para questões até então não vislumbradas pelo legislador devem ser editadas pelo Judiciário, que deverá proferir as decisões ativistas quando entender necessário, dentro do limite da razoabilidade, guardando a Constituição e primando sempre para que sua interpretação convirja para efetivação do maior valor axiológico previsto pela *lex legum*, os direitos fundamentais, não criando situações de insegurança jurídica ou ferindo a separação dos poderes.

Notas

1. Leonardo Alves de Oliveira. Servidor Público Estadual do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduando em Direito Administrativo e em Direito Constitucional. Assessor de Gabinete da 1ª Vara de Família e Sucessões de Rondonópolis/MT.
2. Art. 37, VII, da CRFB/88.
3. Art. 153, VII, da CRFB/88.
4. BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50.
5. LEAL, Mônica Clarrisa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. *Judicialização e o ativismo judicial*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2015, p. 186.
6. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54-56.
7. PADILHA, Rodrigo. *Direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 46.
8. BULOS. Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66-89.

9. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83-92.
10. BECATTINI, Sérgio Rubens Birchal. *Dilemas da atuação do Poder Judiciário: ativismo sob a ótica do pensamento de Ronald Dworkin*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2013, p. 63.
11. MACHADO, Donisete Edinilson. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 124.
12. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280214> <acesso em 12.07.2016>
13. LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 131-132.
14. FACHIN, Tiago. *Ativismo judicial processual*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 19.
15. OLIVEIRA, Ramom Tácio de. *Ativismo judicial: multiplicidade de sentidos*. Curitiba: Prismas, 2015, p. 210-211.
16. VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva. *Ativismo judicial: uma nova era dos direitos fundamentais*. São Paulo: Baraúna, 2013, p. 283.
17. JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 197-211.
18. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 14. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 791.
19. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.
20. OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 74.
21. LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2014, p. 110-121.
22. Art. 2º, do Digesto Processual Civil.
23. PAULA, Alexandre Sturion de. *Ativismo judicial no processo civil: limites e possibilidades constitucionais*. Campinas: Servanda, p. 147-155.
24. LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Ativismo judicial e déficits democráticos*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 228.
25. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 166.
26. LUSTOZA, Helton Kramer. *Eficiência administrativa e ativismo judicial*. Curitiba: Íthala, 2015, p. 239-252.

“Antecedentes”, para os fins do art. 59 do Código Penal

Renato Marcão¹

Jurista. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo

1. Introdução

TAREFA ÁRDUA E TORMENTOSA, a individualização judicial da pena – garantia fundamental disposta no art. 5º, XLVI, da CF – configura momento sensível da prestação jurisdicional, ainda hoje falho em boa parte dos processos, e o quadro se revela ainda mais preocupante nos contornos da quase inexistente individualização executiva.

Por aqui, deveriam ser consideradas com mais acuidade algumas das preocupações criminológicas de Garofalo², Mezger³, Beristain⁴, Barratta⁵, Figueiredo Dias e Costa Andrade⁶, dentre outros que se dedicaram ao tema, bem como variados aspectos da penologia magistralmente enfrentada por Bentham⁷ e Mir Puig⁸.

Seja como for, procedente a ação penal, encontramos no art. 59, *caput*, do Código Penal, regras gerais norteadoras da dosimetria da pena, escolha do regime prisional a ser fixado, bem como elementos que devem ser valorados pelo julgador a fim de melhor concluir se, no caso concreto, se apresenta indicada, ou não, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, quando se apresentar cabível.

Conforme o dispositivo invocado, para tais deliberações, ao preferir condenação o magistrado deverá levar em conta a culpabilidade, os *antecedentes*, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do delito, bem como o comportamento da vítima.

Complexo como se apresenta o dispositivo, vem de longa data as discussões que se estabeleceram, na doutrina e na jurisprudência, a respeito do melhor alcance a ser dado a cada um dos aspectos valorativos apontados.

Não bastassem as dificuldades para encontrar a melhor interpretação teórica, na prática a situação se agrava, e muito, em razão da fraca/insuficiente (muitas vezes inexistente) colheita de prova a respeito das norteadoras apontadas, de modo a desprestigiar ou negar plena incidência ao princípio da individualização da pena, que embora dotado de inegável eficácia jurídica, tem sua existência marcada pela ineficácia social, frente ao caso concreto.

Na grande maioria dos processos, por força de condenável e generalizada despreocupação, não ocorre adequada apuração da *conduta social* do acusado, compreendida esta como seu proceder na vida cotidiana; seu agir rotineiro no meio em que vive, e eventual influência que seu “estilo de vida” possa ter na realização do delito imputado. A *personalidade do agente* – de difícil e extremamente complexa aferição – não constitui objeto de investigação profissional e por isso não é verdadeiramente sopesada. Sobre tal elemento de individualização, no mais das vezes o julgador, desprovido de conhecimentos técnicos que o habilitem a conhecer a personalidade do agente e a ela se referir com propriedade científica, se permite apontar algumas conclusões por ele tiradas da própria conduta imputada e também das circunstâncias em que o delito foi praticado, mas, convenhamos que, por melhor que seja a intenção a empolgar tal proceder, tais apontamentos dizem pouco ou quase nada a respeito da *personalidade do agente*, quando muito, aferível após longo e metucioso trabalho levado a efeito por profissionais habilitados e equipe multidisciplinar composta por psicólogo, psiquiatra e assistente social, tal como reconhecido, por exemplo, nos arts. 3º e 7º da LEP.

Alvino Augusto de Sá ensina a esse respeito que “o exame de personalidade não se volta para o ‘lado criminoso’ do condenado, mas, sim, para sua *pessoa*, na sua realidade integral e individual, incluída aí toda sua história de uma pessoa, e não mais de um *criminoso*”⁹.

Para agravar o quadro, não é muito diferente no tocante à *real apuração e valoração da culpabilidade*, dos *motivos*, das *circunstâncias e consequências do delito*, bem como do *comportamento da vítima*, sendo valiosas, por aqui, as reflexões de Pellegrino¹⁰ e Moura Bittencourt¹¹, dentre outros.

Emoldurado por tais inquietações, assim caminha, em regra, o processo individualizador frente aos casos concretos. É preciso admitir; não dá para negar esta triste e perigosa realidade estampada na rotina judiciária-penal, a desconsiderar a advertência de Ferri no sentido de que "a individualização deve ser tecnicamente sistematizada"¹².

Mas não é só.

Ainda nos quadrantes do art. 59 invocado, constitui objeto de profunda discussão determinar o que se deve entender por *antecedentes*, para as finalidades inicialmente apontadas.

Doutrina e jurisprudência fundamentadas em interpretação constitucional e sistêmica do dispositivo divergem do posicionamento adotado por aqueles que, *data venia*, procuram emprestar interpretação meramente gramatical e que, convenhamos, atende melhor aos ideais de endurecimento no trato judicial das questões penais.

Antes de apontarmos nossa conclusão (já sinalizada) a esse respeito, é preciso enveredar por algumas considerações, como as dispostas nos tópicos que seguem.

2. Princípio da presunção de inocência e *favor rei*

Dispõe o art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) que "todo acusado é considerado inocente até ser considerado culpado."¹³

Nessa mesma linha de pensamento, diz o art. 8º, § 2º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada pelo Brasil por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1993, que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprovar legalmente sua culpa", regra também disposta em outros textos internacionais.

Essa *presunção de inocência, estado de inocência*¹⁴ ou *presunção de não culpabilidade* também está assegurada no art. 5º, LVII, da CF, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A rigor, o dispositivo constitucional não fala em “presunção de inocência”, mas em “não culpabilidade”, daí a existência de discussão doutrinária com vistas a definir o real alcance da garantia em questão.

Nesse particular, conforme leciona Gustavo Badaró: “Não há diferença de conteúdo entre *presunção de inocência* e *presunção de não culpabilidade*. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isso é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito”¹⁵.

Milita em favor de todo acusado a *presunção relativa (juris tantum)* de que é inocente em relação ao cometimento do delito imputado, de tal modo que a garantia constitucional remete ao acusador o ônus de produzir prova em sentido contrário. Bem por isso, a advertência de Gimeno Sendra¹⁶ no sentido de que a carga material da prova incumbe exclusivamente ao acusador.

La Ley fundamental – ensina Mayer – “impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena”¹⁷.

Se ao final do processo restar dúvida, esta será resolvida em favor do acusado, que então deverá ser absolvido (CPP, art. 386, VII)¹⁸, porquanto não elidida a *presunção constitucional*. Incide o princípio *in dubio pro reo* (na dúvida decide-se em favor do réu).

A presunção de que ora se cuida tem duração determinada, pois deixará de existir com a superveniência do trânsito em julgado definitivo de sentença penal condenatória.

A presunção de inocência que acompanha toda e qualquer pessoa leva ao princípio do *favor rei*¹⁹, segundo o qual, *na interpretação da lei*, havendo possibilidades contrapostas, o juiz deverá adotar a que melhor atender aos interesses do acusado.

Como ensinou Bettiol, ele supõe que quando não se pode ter uma interpretação unívoca, mas uma situação de contraste entre duas interpretações de uma norma penal (antinomia interpretativa), o juiz terá que eleger a interpretação mais favorável às posições do imputado²⁰. Em verdade, o juiz não pode ser agnóstico a respeito da escolha interpretativa, pois *"Egli vive in un determinato clima politico-constituzionale nell'ambito del quale il valore supremo è la persona umana; ed è la posizione di questa che il giudice deve sposare quando è chiamato a scegliere tra due interpretazioni contrastanti di una norma di legge."*²¹

Se ao final do processo restar dúvida, esta será resolvida em favor do acusado, que então deverá ser absolvido

Acolhida a lição do mestre italiano, enquanto o princípio *in dubio pro reo* orienta a decisão do juiz diante de *prova insegura* ou não convincente a respeito de qualquer das versões existentes nos autos, o princípio do *favor rei* indica a adequada *interpretação da regra jurídica*, na vertente mais compatível com a presunção de inocência.

Essa também parece ser a opinião de Nucci²², que, após explicar o significado do princípio *in dubio pro reo* e sua conexão com a prova produzida no processo, refere-se ao *favor rei* nos seguintes termos: "Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário. Por isso, a sua posição, no contexto dos princípios, situa-se dentre aqueles vinculados ao indivíduo, sendo, ainda, considerado como constitucional implícito".²³

Nessa linha de argumentação, já decidiu o STJ que “o princípio do *favor rei* estabelece, diante do conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do acusado, a interpretação mais benéfica ao réu do texto legal”²⁴.

3. Sobre os “antecedentes”

Muito embora não esteja exposto no art. 59 do CP, ao apontar a valoração dos “antecedentes” para fins de individualização, referiu-se o legislador aos *antecedentes criminais* do acusado.

Tal conclusão resulta evidente na medida em que também determinada a valoração da *conduta social do agente*, que representa, sob o enfoque exclusivo, sua *conduta precedente*, diversa de qualquer prática delitativa, o que corresponde, num outro olhar, a seus “*antecedentes não criminais*”.

Em outras palavras, isso quer dizer que, na apuração-valorização individualizadora, os “antecedentes” se referem apenas e tão somente aos antecedentes criminais, delitos anteriormente praticados, ao passo que a *conduta social* diz com o proceder em todas as demais áreas da vida cotidiana.

Delimitado o enfoque nos termos expostos, é preciso saber o que pode, ou não, ser incluído no conceito-ideia de *antecedentes criminais*. É nesse ponto que as discussões são acirradas.

Durante muito tempo, quase sempre por maioria de votos e de maneira equivocada, com todo respeito, a jurisprudência da suprema corte entendeu correta a utilização de apontamentos existentes em folha/registro de antecedentes criminais a respeito de inquéritos policiais em curso ou arquivados²⁵ e ações penais em andamento²⁶, para o fim de fundamentar exasperação da reprimenda e do regime prisional, argumentando, em casos tais, contar o acusado com *antecedentes criminais desabonadores*.

Consignou-se, em várias decisões, que “não se pode admitir que a presunção de inocência atue como uma barreira impeditiva do exame de circunstâncias indispensáveis a individualização da pena, que tam-

bém tem assento na Constituição, art. 5, XLVI²⁷, mas, embora seja essa uma afirmação irrecusável, é preciso refletir um pouco mais para verificar se é correta a dimensão dos contornos a ela emprestada.

A *interpretação gramatical* tantas vezes praticada para o fim de se chegar à precedente orientação, mais abrangente e rígida, no sentido de se admitir como antecedentes criminais tudo o que constar em folha/registro de antecedentes do acusado, não se presta à solução do impasse. A propósito, já advertimos em outro trabalho que, "a interpretação gramatical possui acentuada importância, mas, isoladamente, nem sempre é a melhor companheira"²⁸.

A palavra, ensinou Carlos Maximiliano, "quer considerada isoladamente, quer em combinação com outra para formar a norma jurídica, ostenta apenas rigidez ilusória, exterior. É por sua natureza elástica e dúctil, varia de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização. Tem, por isso, a vantagem de traduzir as realidades jurídicas sucessivas. Possui, entretanto, os defeitos das suas qualidades; debaixo do invólucro fixo, inalterado, dissimula pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real. Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de ideias. Traçar um rumo nesse mar revolto; numa torrente de vocábulos descobrir um conceito; entre acepções várias e hipóteses divergentes fixar a solução definitiva, lúcida, precisa; determinar o sentido exato e a extensão da fórmula legal – é a tarefa do intérprete. Não lhe compete apenas procurar atrás das palavras os pensamentos possíveis, mas também entre os pensamentos possíveis o único apropriado, correto, jurídico"²⁹.

Entre nós, o único pensamento apropriado, correto e jurídico, harmônico com a ordem constitucional vigente, aponta para a necessidade de se considerar *antecedentes criminais* apenas as condenações transitadas em julgado, não utilizadas ou inaptas para o fim de afirmar reincidência.

Não se deve olvidar que a situação pendente de prestação jurisdicional definitiva pode ser decidida em favor do investigado ou acusado, de modo que argumentar com a existência de inquérito policial e/ou ação penal em curso para o fim de agravar a situação do increpado, além de configurar inaceitável inversão da presunção de inocência ou

não culpabilidade, muitas vezes terminaria por configurar decisão injusta e teratológica, ante a real e nada incomum possibilidade de arquivamento deste mesmo inquérito e absolvição na ação penal pendente ao tempo da individualização judicial da pena e do regime.

Para os mais céticos, cabe ainda mencionar que, em caso de dúvida a respeito da melhor interpretação a ser emprestada ao tema em testilha, a incidência do *favor rei* está por determinar a prevalência daquela mais favorável ao acusado.

Bem por isso, com irrepreensível acerto, diz a Súmula 444 do STJ (DJ de 13.05.2010) que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Nessa mesma linha de pensamento, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 591.054/SC, com repercussão geral, o Pleno do Supremo Tribunal Federal revisou e inverteu sua antiga orientação, também por maioria de votos, para o fim de afirmar soberanamente que “ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais”³⁰.

Há mais.

Também já decidiu a suprema corte que “decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana e do direito ao esquecimento”³¹.

4. Conclusão

Vigorante entre nós a presunção de inocência ou não culpabilidade, e também o *favor rei*, a só existência de inquérito policial ou ação penal em curso, sem solução definitiva e desfavorável ao acusado, não pode ser valorada negativamente sob o enfoque de *antecedentes criminais*, pena de se ver configurado inaceitável e inconstitucional contrassenso.

Como bem observou o ministro Marco Aurélio, é preciso ter em mente que "sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, e não este, aquele, e que os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio e, diria mesmo, coerente"³².

Notas

1. Renato Marcão. Jurista. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.
2. Rafael Garofalo, *Criminologia*, tradutora Danielle Maria Gonzaga, coord. Vair Gonzaga, Campinas, Péritas Editora, 1987.
3. Edmundo Mezger, *Criminologia*, 2. ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, trad. De José Arturo Rodríguez Muñoz, 1950.
4. Antonio Beristain, *Derecho penal y criminología*, Bogotá, Temis, 1986.
5. Alessandro Baratta, *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*, 2. ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1999.
6. Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena*, 2ª reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
7. Jeremias Bentham, *Teoria das penas legais*, São Paulo, Livraria e Editora Logos, s/ data.
8. Santiago Mir Puig, *Funcion de la pena y teoria del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2. ed., Barcelona, Bosch, 1982.
9. *Criminologia clínica e psicologia criminal*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 219.
10. Laércio Pellegrino, *Vitimologia*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.
11. Edgard de Moura Bittencourt, *Vítima*, São Paulo, Leud, 1987.
12. Enrico Ferri, *Princípios de Direito Criminal*, trad. de Paolo Capitanio, Campinas, Bookseller, 1996, p. 330.
13. "A origem desse princípio 'remonta ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26.08.1789 e que, por sua vez, deita raízes no movimento filosófico-humanitário chamado 'Iluminismo', ou Século das Luzes, que teve à frente, dentre outros, o Marquês de Beccaria, Voltaire, Montesquieu, Rousseau. Foi um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e das torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que 'a perda da liberdade sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida que a necessidade o exige' (*Dos delitos e das penas*, São Paulo: Atena Ed., 1954, p. 106)" (STF, HC 99.141/SP, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 29.03.2011, DJe 071, de 14.04.2011, RT 908/448).
14. Segundo Julio Fabbrini Mirabete: "O que se entende hoje, como diz Florian, é que existe apenas uma *tendência* à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um *estado de inocência*, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado" (*Processo penal*, 16. ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 45).

15. Gustavo Henrique Badaró, *Direito processual penal*, São Paulo, Elsevier-Campus Jurídico, 2008, t. I, p. 16.
16. Vicente Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, Navarra, Civitas, 2012, p. 129.
17. Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal – Fundamentos*, 2. ed., 4ª reimpr., tomo I, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2012, p. 490.
18. STF, AP 447/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Britto, j. 18.2.2009, *DJe* de 29.5.2009; STF, AP 430/RS, Tribunal Pleno, rela. Mina. Cármen Lúcia, j. 07.08.2008, *DJe* de 26.09.2008. “A condenação criminal não pode ser apoiada em mera presunção, desacompanhada de outros elementos de convicção” (STF, AP 330/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, j. 24.10.2002, *DJe* de 5.9.2003). “Não existindo, nos autos, prova judicializada suficiente para a condenação, nos termos do que reza o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, impõe-se a absolvição” (STJ, REsp 1.253.537/SC, 6ª T., rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. 1º.09.2011, *DJe* de 19.10.2011).
19. “O princípio processual penal do *favor rei* não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como ‘circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias’” (STF, HC 111.666/MG, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 08.05.2012, *DJe* 100, de 23.05.2012).
20. De igual teor, conferir: Raúl Washington Ábalos, *Derecho procesal penal*, 2. ed., Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2006, t. I, p. 141.
21. Giuseppe Bettioli, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1966, p. 214.
22. Há divergência na doutrina, pois alguns afirmam que esse princípio determina que a dúvida deve ser resolvida em favor do acusado, *referindo-se à prova do processo* (absolvição por insuficiência de prova); e só a defesa dispõe de certas faculdades jurídicas, tais como ação rescisória e embargos infringentes; manifestando-se, ainda, na vedação à possibilidade de *reformatio in pejus*. Conferir a esse respeito o pensamento de Tourinho Filho (*Manual de processo penal*, 15. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 75) e Fernando Capez (*Curso de processo penal*, 19. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 84).
23. Guilherme de Souza Nucci, *Manual de processo e execução penal*, 8. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.
24. STJ, REsp 1.201.828/RJ, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 1º.09.2011, *DJe* de 05.03-2012.
25. STF, HC 72.093/SP, 1ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, j. 14.02.1995, *DJ* de 31.03.1995, p. 7.774. “Incensurável a dosimetria da pena, tendo em vista tratar-se de paciente com antecedentes desabonadores, consistentes em indiciamento em outro inquérito policial instaurado para apuração de crime da mesma natureza (contra o patrimônio)” (STF, HC 72.643/SP, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, rel. p/ o Acórdão Min. Ilmar Galvão, j. 06.02.1996, *DJ* de 17.05.1996, p. 16.323).
26. STF, HC 68.290/DF, 2ª T., rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.10.1990, *DJ* de 16.11.1990, p. 13.059. “Embora tecnicamente primária, não podem ser considerados bons os antecedentes registrados na vida pregressa da paciente que responde a mais de sessenta inquéritos policiais já instaurados e a mais de vinte ações penais, oito das quais em grau de recurso interposto pela defesa no próprio tribunal

- apontado como coator" (STF, HC 73.297/SP, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.02.1996, *DJ* de 16.08.1996, p. 28.108).
27. STF, HC 70.871/RJ, 2ª T., rel. Min. Paulo Brossard, j. 11.10.1994, *DJ* de 25.11.1994, p. 32.299.
 28. Renato Marcão. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2016; Código de Processo Penal Comentado, São Paulo, Saraiva, 2016.
 29. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 18. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 16.
 30. STF, RE 591.054/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.12.2014, *DJe* n. 37, de 26.02.2015.
 31. STF, HC 126.315/SP, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.09.2015, *DJe* n. 246, de 07.12.2015.
 32. STF, RE 591.054/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.12.2014, *DJe* n. 37, de 26.02.2015.

A construção do estado de direito socioambiental a partir da ótica habermasiana: a consolidação do mínimo existencial socioambiental como elemento de afirmação da dignidade da pessoa humana

Tauã Lima Verdan Rangel¹

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense

Resumo: É necessário colocar em destaque que o Estado, na modernidade, de maneira paulatina, sofreu uma sucessão de reconstruções em prol de um estado social e democrático de direito, passando a aglutinar e refletir os anseios apresentados pela população. Tal fato deriva, sobretudo, das forças contidas na dinamicidade concreta, manifestado pelos direitos fundamentais, em especial os direitos de liberdade e de participação popular, propiciando o robustecimento do liame entre direito e democracia, de maneira que aquele não pode ficar alheio ao poder comunicativo contido nos discursos que orientam para a construção de um estado socioambiental do direito. Tratam-se de manifestar, de maneira maciça, os ideários de solidariedade e de dignidade da pessoa humana que passam a alçar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida como pilar de reconstrução do Estado, conferindo-lhe um aspecto que objetive ofertar tutela ao meio ambiente. Neste passo, a teoria da ação comunicativa, proposta por Jürgen Habermas, atua como filtro de análise para justificar a onda de juridificação contemporânea, consistente na edificação do estado socioambiental do Direito.

1. Considerações iniciais

Debruça-se o presente nos pressupostos apresentados por Jürgen Habermas, em sua *Teoria da Ação Comunicativa* e que é estendido, posteriormente, para *Direito e Democracia*, consistente no primado que as teorias sociais modernas não podem estas alheias ao efetivo papel desempenhado pelo direito, no que toca à consolidação dos ideários da democracia. Faz-se necessário considerar que o Estado, no decorrer da modernidade, de maneira paulatina, foi edificando-se em um estado social e democrático de direito, passando a refletir os anseios da população. Neste passo, as forças decorrentes da dinamicidade concreta, exteriorizada por meio dos direitos fundamentais, dentre os quais sobreleva destacar os direitos de liberdade e de participação popular, ofertaram as condições de se vindicar, de modo determinante, a consolidação do liame existente entre direito e democracia, de modo que o estado de direito não pode ficar indiferente ao poder comunicativo desencadeado pelos procedimentos discursivos, em instâncias democráticas e que, diretamente, afetam as dimensões que a própria sociedade reclama que sejam normatizadas sob a tutela do Estado. Impregnado por tais considerações, é possível, contemporaneamente, sustentar a construção de um *estado socioambiental de direito*, dispensando ao meio ambiente, em decorrência da proeminência assumida globalmente, tutela jurídica.

Desse modo, baseada em Jürgen Habermas, objetiva-se discorrer acerca da conformação do direito ao estado socioambiental, incluindo-se mais um elemento ao estado social e democrático de direito. Assim, ao erigir duas colunas essenciais, a participação sustentada e a prevalência de princípios ecológicos, o estado socioambiental de direito ambiciona, sobretudo, a construção da igualdade entre os cidadãos, manifestada a partir do controle jurídico do uso racional do meio ambiente, considerado em uma esfera de bem de uso comum. É notório que a complexidade que emoldura as questões ambientais, fortemente acentuadas em um cenário marcado por desigualdades sociais, conjugado com a massificação da pobreza e o agudo agravamento da degradação ambiental, assim como com o esvaziamento da capacidade

regulatória do Estado, afiguram obstáculos a estruturação do estado socioambiental de direito. Entrementes, é carecido que a viabilidade seja intermediada pela ação conjunta do Estado e da coletividade, ressoando, no território nacional, o aspecto de corresponsabilidade, em relação ao meio ambiente, expressado no texto constitucional de 1988, em seu artigo 225, que erige o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como elemento integrante do ideário da dignidade da pessoa humana.

Salta aos olhos que incumbe ao Estado à promoção de educação e de informação ambiental, estruturando espaços de proteção ambiental e a execução do planejamento ambiental, tal como editar normas que objetivem a proteção e a preservação do ambiente e assegurar o acesso à justiça por meio de instrumentos eficientes para a tutela do meio ambiente. Por sua vez, a coletividade responsabilizada pelo dever constitucional de preservar e proteger o meio ambiente deve, primacialmente, conscientizar-se da crise ambiental global e da importância do exercício de uma cidadania pautada na participação. Nessa linha, cuida salientar que o estado socioambiental de direito reclama uma concepção integrada do ambiente na qual a proteção ambiente ocorre de maneira global e democrática, considerando todos os impactos provenientes da instalação de atividades ou obras potencialmente causadoras de poluição.

Nessa perspectiva, o presente edificará uma análise assentada em uma ponderação ecológica, na qual os interesses e direitos envolvidos sejam analisados de maneira plural e a par da defesa do ambiente, o legislador edifica outros fitos a serem perseguidos pelo poder público, como desenvolvimento econômico, necessidade de emprego, independência energética e defesa da concorrência. De igual modo, o presente socorre-se do aporte doutrinário apresentado pelo direito ambiental e direito constitucional, calcado nos conceitos tradicionais e imprescindíveis para o fomento da discussão, utilizando, para tanto, do discurso apresentado por Paulo Affonso Leme Machado, Celso

O estado
socioambiental
de direito reclama
uma concepção
integrada do
ambiente

Antonio Pacheco Fiorillo, José Afonso da Silva e Romeu Thomé, tal como a visão apresentada por Jürgen Habermas no que se refere à ideia de dignidade e direitos fundamentais, expressado em especial na obra *Sobre a Constituição da Europa*. No que tange à edificação da ótica do estado de direito socioambiental, será utilizado como insu- mo, sobretudo, as impressões apresentadas por Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer.

2. Breve painel da estruturação do estado na modernidade: a juridificação na visão habermasiana

Em *Teoria da Ação Comunicativa*, Habermas apresenta como objeto de análise a patologia vivenciada pelas sociedades modernas capitalistas, em razão do liame e a interpenetração dos subsistemas economia e Estado, que, devido aos meios monetários e burocráticos, passam a interferir na reprodução simbólica do *mundo da vida*. Quadra salientar que o *mundo da vida* “é o espaço da interação mediada linguisticamente para o entendimento intersubjetivo orientado por pretensões de validade referentes às esferas axiológicas” (CARVALHO, 2009, p. 68). De maneira complementar, o *mundo da vida* pode ser descrito como o espaço em que ocorrem as experiências, relações intersubjetivas e valores que são familiares no trato cotidiano com os homens e as coisas. Pizzi, ao discorrer acerca do tema, coloca, com bastante ênfase, que no *mundo da vida*:

[...] o sujeito, enquanto tal, tem um mundo ao seu redor e a ele pertence – como os demais seres –, não necessitando recorrer à ciência experimental para afirmar a certeza disso. Não se trata, portanto, do mundo na virtude natural [...] mas é o mundo histórico-cultural concreto, das vivências cotidianas com seus usos e costumes, saberes e valores, ante os quais se encontra a imagem do mundo elaborado pelas ciências. (PIZZI, 2006, p. 63).

Com efeito, é patente que a introdução de elementos capazes de modificar o *mundo da vida* reflete, de maneira direta, na percepção a ser apresentada pelo indivíduo, decorrendo tal fato da representação simbólica que passa a subsistir. “A economia e o Estado asseguram a reprodução material e institucional da sociedade moderna, sem, contudo, admitir o questionamento dos princípios que regem o seu funcionamento” (FREITAG, 1995, p. 142). Assim, o processo de modernização societária está intimamente relacionado às transformações ocorridas no sistema, à modernidade cultural e às transformações no *mundo da vida*. “Em função dessa leitura é sinalizada que a interferência sistêmica no *mundo da vida* traz consigo, inevitavelmente, processos de juridificação constituídos pela tendência de as sociedades modernas ampliar significativamente a extensão do direito escrito” (BANNWART JÚNIOR; OLIVEIRA, 2009, p. 2.217).

É denotável que o direito estende, maciçamente, a sua incidência sobre novos assuntos sociais que eram tratados, principalmente, de maneira informal no *mundo da vida* tradicional. Cuida destacar que a regulação jurídica, no que se refere a novos âmbitos da sociedade, é densamente caracterizada pela extensão do direito em consonância com o desmembramento da matéria jurídica global em múltiplas searas peculiares, que reclamam especificidades próprias, a exemplo do que se observa com a questão ambiental, em especial a partir da década de 1970, com a construção de tratados internacionais a respeito do tema. Segundo Andrews (2010, p. 09), “o termo ‘juridificação’ tem um sentido próximo ao termo ‘judicialização’, que corresponde à substituição do debate político pela regulação legal; ainda assim, ele tem um sentido mais abrangente, pois se refere à formalização de todas as relações sociais e não apenas à substituição do debate político por normas e leis”. Nessa perspectiva, a juridificação é descrita como um processo pelo qual os conflitos humanos são inteiramente despidos de sua dimensão existencial própria por meio do formalismo jurídico, sofrendo, via de consequência, desnaturação em razão da respectiva submissão a processos de resolução de natureza jurídica. Trata-se, assim, de conferir aspecto jurídico a temas que florescem na dinamicidade da sociedade, a fim de dispensar tutela.

“Habermas demonstra que o processo de juridificação nos âmbitos de ação estruturados comunicativamente, passa a ser organizado sob forma do direito moderno”, consoante destaca Bannwart Júnior e Oliveira (2009, p. 2.217). Insta observar que em *Teoria da Ação Comunicativa*, especificamente no capítulo intitulado “Jornadas de Juridificação”, Habermas apresenta quadro ondas de juridificação que, em síntese, estariam estruturadas: (i) Estado burguês que se desenvolveu na Europa ocidental, na forma de sistemas de Estados na época do Estado absolutista; (ii) Estado de direito, externalizado por meio do modelo paradigmático da monarquia alemã do século XIX; (iii) Estado democrático de direito, robustamente difundido na Europa e na América do norte, como consequência advinda dos ideários defendidos e hasteados na Revolução Francesa; e (iv) Estado social e democrático de direito, estruturando no desenrolar do século XX, como fruto das lutas do movimento operário ocorrido na Europa. Em mesmo passo, Andrews coloca em observação que:

Habermas (1984) identifica quatro “ondas” de juridificação a partir do início da modernidade. A primeira teria sido a institucionalização do Estado burguês no período absolutista, correspondendo à demarcação entre Estado e o restante da sociedade. Essa fase de juridificação corresponderia à perspectiva hobbesiana: o mundo-da-vida seria apenas o *ambiente* para o Estado, este último sendo a única dimensão relevante. A segunda onda de juridificação corresponderia ao Estado burguês constitucional. Essa nova fase de juridificação seria caracterizada pela incorporação de garantias individuais contra as interferências do Estado, delimitando as fronteiras do Estado *vis-à-vis* a sociedade civil. A terceira onda de juridificação corresponderia ao Estado constitucional democrático, que introduziu o direito à participação política dos cidadãos. A partir dessa terceira onda de juridificação, as leis passaram a demandar uma base de legitimidade democrática, cujo pressuposto é a existência de interesses gerais. A emergência da tese da separação dos poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – seria típica dessa terceira onda de juridificação, pois reflete o problema de relacionamento

entre as diferentes esferas. Cabe notar que, na fase o Estado constitucional, a juridificação se refere apenas ao relacionamento entre o Executivo e o Judiciário. Finalmente, a quarta onda de juridificação corresponderia à emergência do Estado Democrático de Bem-Estar Social. Nessa etapa, os controles anteriormente introduzidos para a contenção do subsistema administrativo são estendidos ao subsistema econômico. Aqui também as políticas do Estado de Bem-Estar Social seguiram na direção da expansão e garantia das liberdades. (ANDREWS, 2010, p. 09-10).

Verifica-se, a partir do posicionamento apresentado por Habermas, que o liame existente entre a história do direito e a lógica evolutiva da consciência moral encontra guarida na premissa de que a derrocada de uma determinada forma de legitimação do direito advém em função da emergência de novos modelos e estruturas de consciência moral. “Várias indicações situam o direito moderno – com suas ideias peculiares de racionalidade interna, contrato social, relação direito e justiça sem pressupostos substanciais – dentro de estruturas pós-tradicionais de consciência moral” (BANNWART JÚNIOR; OLIVEIRA, 2009, p. 2.218). Prima sublinhar que Habermas, em sua *Teoria da Ação Comunicativa*, descreve, de maneira esquemática, que os patamares de consciência moral (pré-convencional, convencional e pós-convencional) correspondem, de maneira clara, a três espécies de direito (revelado, tradicional e formal) e a três concepções éticas (mágica, estatuto da lei, e a da intenção e da responsabilidade). Dessa feita, a relação vinculativa do direito moderno ao nível pós-convencional possibilita a formação de condições procedimentais para que as normas estabelecidas sejam avaliadas e fundamentadas em harmonia com princípios universais. É possível assinalar que as normas não são concebidas de maneira sacralizada, impassíveis de serem tocadas ou modificadas; ao reverso, ao erigir os princípios universais como filtros de validação e, concomitantemente, flâmulas a serem observadas, é facilmente observável que aqueles passam a gozar de status de metaregras, influenciando, de modo direto, as estruturas procedimentais a serem edificadas.

3. Anotações ao processo de edificação do estado socioambiental de direito a partir da teoria da ação comunicativa de Habermas

Em decorrência das ondas de juridificação apresentadas por Habermas, notadamente em seu desdobramento na condição de mola propulsora para a evolução do Estado, o presente busca estruturar a visão do denominado estado socioambiental de direito, colocando em destaque que a problemática ambiental apresenta moldura que se estende além da dimensão dos direitos humanos, assumindo aspecto caracterizador de uma percepção contemporânea do Estado. Com efeito, para a edificação do estado socioambiental do direito é imprescindível a existência do Estado que ostente as características de ser de direito, democrático e social, que para prevalecer reclama todos os elementos ora descritos, considerando como inseparáveis e indispensáveis para a sua amoldagem. Em um contato inicial, quadra ponderar que o estado socioambiental do direito deriva da construção de um desenvolvimento duradouro, aplicando-se os feixes axiomáticos encerrados no ideário de solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento pautado na sustentabilidade, orientando a busca pela igualdade robusta entre os cidadãos, por meio do controle exercido pelo sistema jurídico do uso racional do patrimônio natural. Trata-se, com efeito, de lançar mão dos ideários proveniente dos direitos de terceira dimensão que são, segundo Bonavides (2007, p. 569), dotados de proeminente teor de humanismo e universalidade, cristalizando, no final do século XX, os direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Estado específico.

A miséria e a pobreza, como claras manifestações da falta de acesso aos direitos sociais essenciais, tais como: saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação e renda mínima, caminham juntas com a degradação e a poluição do meio ambiente, atentando contra a dignidade das populações de baixa renda. Em razão de tais aspectos, imperioso faz-se a adoção de uma tutela que alcance, concomitantemente, os direitos sociais e os direitos ecológicos, com o fito exclusivo de assegurar as condições mínimas para a preservação e manutenção

da qualidade de vida, promovendo, deste modo, o superprincípio norteador da Constituição da República Federativa do Brasil (2013a), qual seja: o da dignidade da pessoa humana. Desta feita, com o escopo de promover a ampliação do núcleo de direitos sociais, impende salientar que aqueles compreendem tanto os direitos relacionados à educação, formação profissional e trabalho, como os direitos à alimentação, moradia, assistência médica e os demais que, no transcurso do tempo, podem ser encarados como integrante da concepção de vida digna. Destarte, a partir da novel interpretação concedida ao direito a um meio ambiente saudável, é possível colocar em evidência a proeminência de tal tema, constituindo, inclusive, a extensa rubrica dos direitos sociais.

Ainda neste passo, como bem evidencia Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 101), cogente faz-se frisar, notadamente em razão da consolidação do entendimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a existência de uma dimensão social quanto de uma dimensão ecológica constituintes da dignidade da pessoa humana. Desta feita, a configuração do Estado Socioambiental de Direito apresenta como questão dotada de relevância a segurança ambiental, que passa a assumir posição central, incumbindo ao Ente Estatal a função de salvaguardar os cidadãos contras novas formas de violação de sua dignidade e dos seus direitos fundamentais, em razão dos efeitos devastadores dos impactos socioambientais produzido pela sociedade de risco contemporânea. Com efeito, com o escopo de ilustrar tais ponderações, é possível utilizar a manifestação do Ministro Celso de Mello, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540/DF, em especial quando destaca que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão,

no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. – A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural (BRASIL, 2013c).

É fato que a construção do Estado Socioambiental de Direito não se faz de maneira a apenas afixar limites aos direitos, liberdades e garantias, em uma clara acepção da tradição liberal de Estado de direito, o que desencadearia uma visão pautada no minimalismo ambiental. Doutrina. O Estado Socioambiental de Direito, com o fito de promover a tutela da dignidade humana, em razão dos diversos riscos ambientais e da insegurança propiciados pela sociedade tecnológica, deve ser capaz de conjugar os valores fundamentais que são ejetados das relações sociais e, por meio de suas instituições democráticas, garantir aos cidadãos a segurança carecida à manutenção e proteção de vida com qualidade ambiental, observando, inclusive, as consequências futuras resultantes da adoção de determinadas tecnologias. “É precisamente

nesse contexto que assume importância o reconhecimento dos deveres de proteção do Estado, em especial a partir da assim chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 102). Subsiste, *in casu*, um dever estatal de garantia da segurança ou de prevenção de riscos, o que é verificável em todas as dimensões da socioambientalidade, tais como a segurança alimentar ou mesmo na produção e comercialização de medicamentos, e da própria segurança pública e pessoal.

Assentado em tais ideários, é possível salientar que, por meio da concretização dos deveres de proteção em relação aos direitos fundamentais e a dignidade humana, o Estado contemporâneo deve se ajustar, e em sendo necessário se remodelar, às novas ameaças e riscos ecológicos, os quais têm o condão de fragilizar a própria existência humana. Assim, em consonância com a proteção do meio ambiente, enquanto um reforço da proteção da dignidade da pessoa humana, a ordem constitucional brasileira, conforme se extrai dos dispositivos 170, 186 e 225, todos da Constituição Federal (2013a), inauguram um modelo jurídico-político-econômico em harmonia com o princípio do desenvolvimento sustentável. Com efeito, com o escopo de ilustrar tais ponderações, curial se faz citar a manifestação do Ministro Celso de Mello, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540/DF, em especial quando destaca que:

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações (BRASIL, 2013c).

Denota-se, assim, que “o novo modelo de Estado de Direito objetiva uma salvaguarda cada vez maior da dignidade humana e de todos os direitos fundamentais (de todas as dimensões), em vista de uma (re)construção histórica permanente dos seus conteúdos normativos” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 103). Ao lado do esposado, o modelo de Estado de Direito Socioambiental revela tão somente a incorporação de uma nova dimensão, com o intuito de contemplar o elenco dos objetivos fundamentais do Estado de Direito contemporâneo, a saber: a proteção do ambiente, que se articula, de modo dialético, com as demais dimensões já consagradas, de maneira plena, no decorrer do percurso histórico de formação do Estado de Direito, notadamente no que concerne à proteção dos direitos fundamentais, consistente na realização de uma democracia política participativa, a disciplina e regulação da atividade econômica pelo poder político democrático e a materialização dos objetivos de justiça social. Ora, em uma acepção última, é possível afirmar que o Estado Socioambiental de Direito, de maneira cristalina, configura a afirmação dos direitos de terceira dimensão e a influência que passam a apresentar na configuração contemporânea. Nesta linha, é possível ilustrar o apresentado com a manifestação do ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível (BRASIL, 2013c).

Com efeito, o corolário constitucional da solidariedade apresenta-se como um axioma do Estado Socioambiental de Direito, conjugado com a liberdade e a igualdade, com o escopo de concretizar a dignidade em todos os seres humanos. Ademais, no contexto das relações jurídicas que se trava no âmbito ambiental, é possível, dada a proeminência do tema, reconhecer e tutelar a dignidade das gerações futuras, valorando a denominada solidariedade transgeracional. “O discurso da necessidade de preocupação das gerações presentes com as futuras gerações ganha força nas últimas décadas com o desenvolvimento da técnica e sua utilização de forma irracional pelo sistema capitalista” (SCARPI, 2008, p. 76). Da mesma forma, não se pode olvidar que é imperioso a garantia de um mínimo, em termos de qualidade ambiental, na perspectiva das gerações humanas futuras, materializando a tutela insculpida no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 (2013a). “A responsabilidade pela preservação de um patamar ecológico mínimo deve se atribuída, tanto na forma dos deveres de proteção do Estado como na forma de deveres fundamentais dos particulares, às gerações humanas presentes” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 106), materializando para estas o dever de preservar as bases naturais mínimas para o desenvolvimento da vida das gerações futuras.

4. A construção histórica da dignidade da pessoa humana

É perceptível que a edificação de um Estado Socioambiental de Direito guarda umbilical relação, no cenário nacional, com o ideário da dignidade da pessoa humana, sobremaneira devido à proeminência concedida ao tema na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Cuida assinalar que a acepção originária de dignidade rememora a priscas eras, tendo seu sentido evoluído, de maneira íntima, com o progresso do ser humano. Em sua gênese, as bases conceituais da dignidade se encontravam sustentadas na reflexão de cunho filosófico, proveniente de um ideal estoico e cristão. Por oportuno, prima evidenciar que o pensamento estoico, ao edificar reflexões no que tange ao tema, propunha que “a dignidade seria uma qualidade que, por ser

inerente ao ser humano o distinguiria dos demais. Com o advento do Cristianismo, a ideia grande reforço, pois, a par de ser característica inerente apenas ao ser humano” (BERNARDO, 2006, p. 231). No mais, ainda nesta trilha de raciocínio, não se pode olvidar que o pensamento cristão, em altos alaridos, propugnava que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus. Ora, salta aos olhos que aviltar a dignidade da criatura, em último estágio, consubstanciaria violação à própria vontade do Criador. Com efeito, a mensagem, inicialmente, anunciada pelo pensamento cristão sofreu, de maneira paulatina e tímida, um sucedâneo de deturpações que minaram o alcance de suas balizas, maiormente a partir da forte influência engranzada pelos interesses políticos. Desta sorte, uma gama de violações e abusos passou a encontrar respaldo e, até mesmo, argumentos justificadores, tendo como escora rotunda o pensamento cristão, subvertido e maculado pelas ingerências da ganância dos detentores do poder.

Nesse prisma, impende realçar que o significado da dignidade da pessoa foi, de modo progressivo, objeto de construção doutrinária, sendo imprescindível sublinhar as ponderações, durante a Idade Média, de São Tomás de Aquino que, na obra *Summa Theologica*, arquitetou significativa contribuição, precipuamente quando coloca em evidência que “a dignidade da pessoa humana encontra fundamento na circunstância de que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus” (SCHIAVI, 2013, p. 04), ajustado com a capacidade intrínseca do indivíduo de se autodeterminar. Resta evidenciado, a partir do cotejo das informações lançadas alhures, que o ser humano é livre, orientando-se, negrite-se com grossos traços, segundo a sua própria vontade. Ainda no que concerne ao desenvolvimento dos axiomas edificadores da acepção da dignidade da pessoa humana, durante o transcurso dos séculos XVII e XVIII, cuida enfocar a atuação de dois pensadores, quais sejam: Samuel Pufendorf e Immanuel Kant. Aduzia Samuel Pufendorf que incumbia a todos, abarcando o monarca, o respeito da dignidade da pessoa humana, afigurando-se como o direito de se orientar, atentando-se, notadamente, para sua razão e agir em consonância com o seu entendimento e opção. Immanuel Kant, por sua vez, “talvez aquele que mais influencia até os dias atuais nos delin-

eamentos do conceito, propôs o seu imperativo categórico, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo” (BERNARDO, 2006, p. 234). Não pode o homem nunca ser coisificado ou mesmo empregado como instrumento para alcançar objetivos.

Afora isso, é necessário destacar que as coisas são dotadas de preço, já que podem ser trocadas por algo que as equivale; as pessoas, doutro modo, são dotadas de dignidade, sendo repudiável a estruturação de uma troca que objetive a troca por algo similar ou mesmo que se aproxime. Oportunamente, Martins (2008, p. 07) leciona, em conformidade com os ideários irradiados pelo pensamento kantiano, que todas as ações norteadas em favor da redução do ser humano a um mero objeto, como instrumento a fomentar a satisfação de outras vontades, são defesas, eis que afronta, de maneira robusta, a dignidade da pessoa humana. No intento de fortalecer as ponderações estruturadas até aqui, há que se trazer o magistério de Schiavi:

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a idéia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. A dignidade da pessoa humana era considerada como a liberdade do ser humano de optar de acordo com a sua razão e agir conforme o seu entendimento e opção, bem como – de modo particularmente significativo – o de Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto. É com Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais. Sustenta Kant que o Homem e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. (SCHIAVI, 2013, p. 04).

Não se pode perder de vista que, em decorrência da sorte de horrores perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, os ideários kantianos foram rotundamente rememorados, passando a serem detentores de vultosos contornos, vez que, de maneira realista, foi possível observar as consequências abjetas provenientes da utilização do ser humano como instrumento de realização de interesses. A fim de repelir as ações externadas durante o desenrolar da Segunda Grande Guerra Mundial, o baldrame da dignidade da pessoa humana foi maciçamente hasteado, passando a tremular como flâmula orientadora da atuação humana, restando positivado em volumosa parcela das Constituições promulgadas no pós-guerra, mormente as do Ocidente. “O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado e dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas” (HABERMAS, 2012, p. 09). É perceptível que a moldura que enquadra a construção da dignidade da pessoa humana, na condição de produto da indignação dos humilhados e violados por períodos de intensos conflitos bélicos, expressa um conceito fundamental responsável por fortalecer a construção dos direitos humanos, tal como, de maneira atrelada, de instrumentos que ambicionem evitar que se repitam atos atentatórios contra a dignidade de outros indivíduos.

Por óbvio, a República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 (2013a) concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Com avult, o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, inda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de

modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Nesse almiré, verifica-se que a principal incumbência do Estado Democrático de Direito, em harmonia com o ventilado pelo dogma da dignidade da pessoa humana, está jungido na promoção de políticas que visem a eliminação das disparidades sociais e os desequilíbrios econômicos regionais, o que clama a perseguição de um ideário de justiça social, ínsito em um sistema pautado na democratização daqueles que detém o poder. Ademais, não se pode olvidar que “não é permitido admitir, em nenhuma situação, que qualquer direito viole ou restrinja a dignidade da pessoa humana” (RENON, 2009, p. 19), tal ideário decorre da proeminência que torna o preceito em comento em patamar intocável e, se porventura houver conflito com outro valor constitucional, aquele há sempre que prevalecer. Frise-se que a dignidade da pessoa humana, em razão da promulgação da Carta de 1988, passou a se apresentar como fundamento da República, sendo que todos os sustentáculos descansam sobre o compromisso de potencializar a dignidade da pessoa humana, fortalecido, de maneira determinante, como ponto de confluência do ser humano. Com o intuito de garantir a existência do indivíduo, insta realçar que a inviolabilidade de sua vida, tal como de sua dignidade, faz-se proeminente, sob pena de não haver razão para a existência dos demais direitos. Neste diapasão, cuida colocar em saliência que a Constituição de 1988 consagrou a vida humana como valor supremo, dispensando-lhe aspecto de inviolabilidade.

Evidenciar se faz necessário que o princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede ao próprio ordenamento jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. Nesse viés, o aludido bastião se apresenta como o maciço núcleo em torno do gravitam todos os direitos alocados sob a

O princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede ao próprio ordenamento jurídico

epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da Constituição Cidadã. Ao perfilar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos basais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos” (BERNARDO, 2006, p. 236).

Comparato (1998, p. 76) alça a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que “se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa”, sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. A própria estruturação do Ordenamento Jurídico e a existência do Estado, conforme as ponderações aventadas, só se justificam se erguerem como axioma maciço a dignidade da pessoa humana, dispensando esforços para concretizarem tal dogma. Mister se faz pontuar que o ser humano sempre foi dotado de dignidade, todavia, nem sempre foi (re)conhecida por ele. O mesmo ocorre com o sucedâneo dos direitos fundamentais do homem que, preexistem à sua valoração, os descobre e passa a dispensar proteção, variando em decorrência do contexto e da evolução histórico-social e moral que condiciona o gênero humano. Não se pode perder de vista o corolário em comento é a síntese substantiva que oferta sentido axiológico à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determinando, conseqüentemente, os parâmetros hermenêuticos de compreensão. A densidade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana, no sistema constitucional adotado, há de ser, deste modo, máxima, afigurando-se, inclusive, como um corolário supremo no trono da hierarquia das normas.

A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integralidade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em idealismo que não as conforme como funda-

mento. Atentando-se para o princípio supramencionado como standard, o intérprete deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserta. Ao lado disso, nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha. Como bem salientou Sarlet (2002, p. 83), “um Estado que não reconheça e garanta essa Dignidade não possui Constituição”. Ora, considerando os valores e ideários por ele abarcados, não se pode perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no Ordenamento Brasileiro, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito em destaque. Diante da construção da dignidade da pessoa humana, cuja afirmação dá-se em plurais âmbitos, é possível colocar em destaque que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado apresenta-se como um dos plurais pilares sustentadores do denso conceito encerrado no superprincípio, devido, primordialmente, à proeminência da questão ambiental e a estruturação do ideário de uma solidariedade que ultrapassa a presente geração, reclamando uma ótica preocupada com as futuras gerações e ao acesso às condições mínimas de desenvolvimento.

5. Fundamentos constitucionais do direito ao mínimo existencial socioambiental: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquanto manifestação do superprincípio da dignidade da pessoa humana

Ao adotar como ponto inicial de análise o meio ambiente e sua relação direta com o homem contemporâneo, necessário faz-se esquadriñar a concessão jurídica apresentada pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981 (2013), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Aludido diploma, ancorado apenas em uma visão hermética, concebe o meio ambiente como um conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Nesse primeiro momento, salta aos olhos que o tema é dotado de complexidade e fragilidade, eis que dialoga uma

sucessão de fatores distintos, os quais são facilmente distorcidos e deteriorados devido à ação antrópica.

José Afonso da Silva (2009, p. 20), ao traçar definição acerca de *meio ambiente*, descreve-o como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 77), por sua vez, afirma que a concepção definidora de meio ambiente está pautada em um ideário jurídico despido de determinação, cabendo, diante da situação concreta, promover o preenchimento da lacuna apresentada pelo dispositivo legal supramencionado. Trata-se, com efeito, de tema revestido de maciça fluidez, eis que o meio ambiente está diretamente associado ao ser humano, sofrendo os influxos, modificações e impactos por ele proporcionados. Não é possível, ingenuamente, conceber, na contemporaneidade, o meio ambiente apenas como uma floresta densa ou ecossistemas com espécies animais e vegetais próprios de uma determinada região; ao reverso, é imprescindível alinhar o entendimento da questão em debate com os anseios apresentados pela sociedade contemporânea. Nesta linha, o Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.029/AM, já salientou que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal. (BRASIL, 2013c).

Pelo excerto transcrito, denota-se que a acepção ingênua do *meio ambiente*, na condição estrita de apenas condensar recursos naturais, está superada, em decorrência da dinamicidade da vida contemporânea.

nea, içado à condição de tema dotado de complexidade e integrante do rol de elementos do desenvolvimento do indivíduo. Tal fato decorre, sobretudo, do processo de constitucionalização do meio ambiente no Brasil, concedendo a elevação de normas e disposições legislativas que visam promover a proteção ambiental. Ao lado disso, não é possível esquecer que os princípios e corolários que sustentam a juridicidade do meio ambiente foram alçados a patamar de destaque, passando a integrar núcleos sensíveis, dentre os quais as liberdades públicas e os direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente” (THOMÉ, 2012, p. 116).

A construção do direito ao meio ambiente enquanto direito de todos exige uma perspectiva republicana de bem comum, enquanto bem da comunidade, que não se ajusta com perfeição às teses liberais. A construção – e não a declaração – do direito ao meio ambiente exige um fundamento ético que não se funda na competição, mas antes na solidariedade. Exige uma construção ética que pensa a figura do outro, não como adversário, mas como parte da construção por todos de um projeto comum de humanidade. (SCARPI, 2008, p. 77-78)

Em ressonância com o preceito de necessidades humanas básicas, na perspectiva das presentes e futuras gerações, é colocada, como ponto robusto, para reflexão a exigência de um patamar mínimo de qualidade e segurança ambiental, sem o qual o preceito de dignidade humana restaria violentado em seu núcleo essencial. A seara de proteção do direito à vida, quando confrontado com o quadro de riscos ambientais contemporâneos, para atender o padrão de dignidade alçado constitucionalmente, reclama ampliação a fim de abarcar a dimensão no seu quadrante normativo. Insta salientar, ainda, que a vida se apresenta como condição elementar para o pleno e irrestrito exercício da dignidade humana, conquanto esta não se limite àquela, porquanto a digni-

dade não se resume a questões existenciais de natureza essencialmente biológica ou física, todavia carece a proteção da existência humana de forma mais ampla. Desta maneira, é imprescindível que subsista a conjugação dos direitos sociais e dos direitos ambientais para identificação dos patamares necessários de tutela da dignidade humana, a fim de promover o reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial socioambiental, “precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie, no sentido de uma proteção do homem contra a sua própria ação predatória” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 116).

A exemplo do que ocorre com o conteúdo do superprincípio da dignidade humana, o qual não encontra pontos limítrofes ao direito à vida, em uma acepção restritiva, o conceito de mínimo existencial não pode ser limitado ao direito à simples sobrevivência na sua dimensão estritamente natural ou biológica, ao reverso, exige concepção mais ampla, eis que almeja justamente a realização da vida em patamares dignos, considerando, nesse viés, a incorporação da qualidade ambiental como novo conteúdo alcançado por seu âmbito de proteção. Arrimado em tais corolários, o conteúdo do mínimo existencial não pode ser confundido com o denominado “mínimo vital” ou mesmo com o “mínimo de sobrevivência”, na proporção em que este último tem seu sentido atrelado à garantia da vida humana, sem necessariamente compreender as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida dotada de certa qualidade.

O conteúdo normativo ventilado pelo direito ao mínimo existencial deve receber modulação à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal, inclusive numa perspectiva evolutiva e cumulativa. Destarte, é natural que novos elementos, decorrentes das relações sociais contemporâneas e das novas necessidades existenciais apresentadas, sejam, de maneira paulatina, incorporados ao seu conteúdo, eis que o escopo primordial está assentado em salvaguardar a dignidade da pessoa humana, sendo indispensável o equilíbrio e a segurança ambiental. Nesta esteira, com o escopo de promover a conformação do conteúdo do superprincípio da dignidade da pessoa

humana, é imperioso o alargamento do rol dos direitos fundamentais, os quais guardam ressonância com a concepção histórica dos direitos humanos, porquanto a tendência é sempre a ampliação do universo dos direitos fundamentais, de maneira a garantir um nível cada vez maior de tutela e promoção da pessoa, tanto em uma órbita individual como em aspectos coletivos.

Ademais, o processo histórico-constitucional de afirmação de direitos fundamentais e da proteção da pessoa viabilizou a inserção da proteção ambiental no rol dos direitos fundamentais, de maneira que o conteúdo do mínimo existencial, até então restrito à dimensão social, deve necessariamente compreender também um mínimo de qualidade ambiental, no sentido de encampar o mínimo existencial ecológico, que assume verdadeira feição socioambiental. Ao se adotar os paradigmas ventilados pelo artigo 225 da Constituição Federal, é verificável que a promoção da sadia qualidade de vida só é possível, enquanto desdobramento da vida e saúde humanas, dentro dos padrões mínimos estabelecidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, num ambiente natural com qualidade ambiental.

O ambiente está presente nas questões mais vitais e elementares para o desenvolvimento das potencialidades humanas, além de ser imprescindível à sobrevivência do ser humano como espécie natural. Desta feita, com o intento que se contribuir para a construção de uma fundamentação do mínimo existencial ecológico e, em uma perspectiva mais ampla, socioambiental, é adotado, portanto, uma compreensão alargada do conceito de mínimo existencial, com o escopo de alcançar a ideia de uma vida com qualidade ambiental. “A dignidade da pessoa humana, por sua vez, somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 120), o que, com efeito, passa, por imperioso, pela qualidade, equilíbrio e segurança do ambiente em que a vida humana se encontra sediada.

6. Comentário final: o mínimo existencial socioambiental como afirmação dos cânones de democracia e justiça social

É possível salientar que com a adoção do mínimo existencial socioambiental, configura verdadeira ampliação do rol dos direitos fundamentais, notadamente no que concerne à sua dimensão sociocultural, abarcando novas demandas e desafios existenciais provenientes da matriz ecológica. Trata-se, com efeito, do processo de reestruturação do Estado e juridificação de questões peculiares, estendendo a incidência do direito a questões florescidas na contemporaneidade, objetivando emprestar uma visão normativa ao tema, utilizando, como filtro de análise, a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e sua densidade no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta senda, incumbe ao legislador promover a ampliação do rol dos direitos fundamentais, garantindo, via de consequência, o alargamento do conjunto de prestações socioculturais indispensáveis para assegurar a cada indivíduo uma vida condigna e a efetiva possibilidade da inserção na vida econômica, social, cultural e política, refletindo um processo dinâmico e fortemente receptivo ao contexto.

Nesta esteira, a edificação e fortalecimento dos valores atrelados ao mínimo existencial socioambiental inauguram um novo patamar, no qual aspectos essenciais da tutela ambiental e de outros direitos. Desta feita, com o intento que se contribuir para a construção de uma fundamentação do mínimo existencial ecológico e, em uma perspectiva mais ampla, socioambiental, é adotado, portanto, uma compreensão alargada do conceito de mínimo existencial, com o escopo de alcançar a ideia de uma vida com qualidade ambiental. O piso mínimo vital de direitos que deve ser assegurado pelo Estado a todos os indivíduos, dentre os quais insta salientar o direito à saúde, para cujo exercício é imprescindível um ambiente equilibrado e dotado de higidez, como afirmação dos valores irradiados pela democracia e justiça social.

Nota

1. Tauã Lima Verdan Rangel. Bolsista CAPES. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, vinculado à linha de Pesquisa “Conflitos Socioambientais, Rurais e Urbanos”.

Referências

- ANDREWS, Christina W. Os Conceitos de Burocracia e Burocratização: Teoria da Modernidade e a Condição Periférica. *In*: 34º Encontro Anual da ANPOCS. ANAIS..., 2010, Caxambu, 25-29 out., p. 1-22. Disponível em: <http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1386&Itemid=350>. Acesso 16 set. 2013.
- BANNWART JÚNIOR, Clodomiro; OLIVEIRA, Valéria Martins. A Consolidação do Estado Democrático de Direito e do Estado do Ambiente: Estudo a partir do processo de juridificação de Jürgen Habermas. *In*: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. ANAIS..., 2009, Maringá-PR, p. 2.215-2.239. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso 15 set. 2013.
- BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 08, p. 229-267, junho de 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08>>. Acesso em 16 set. 2013.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 set. 2013a.
- BRASIL. *Lei n. 6.938, de 31 de Agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 set. 2013b.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (STF)*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 15 set. 2013c.
- BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. *Revista Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 15 set. 2013.
- CARVALHO, Gustavo Lourenço de. Jürgen Habermas e a Modernidade: Desdobramentos preliminares para uma filosofia da história. *Revista de Teoria da História*,

- Goiânia, ano 1, n. 1, ago. 2009, p. 64-75. Disponível em: <http://www.historia.ufg.br/uploads/114/original_jurgen.pdf>. Acesso em 15 set. 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). *Direito Constitucional*. 1a. ed. Brasília: Consulex, 1998.
- FARIAS, Talden. *Introdução ao Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FREITAG, Bárbara. Habermas e a Teoria da Modernidade. *Caderno CRH*, Salvador, n. 22, jan-jun.1995, p. 138-163. Disponível em: <www.cadernocrh.ufba.br>. Acesso em 15 set. 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. São Paulo: Editora UNESP, 2012.
- _____. *Teoria de la Acción Comunicativa*. Tomo II. Madrid: Taurus Humanidades, 1999.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental*. 6 tir. Curitiba: Juruá, 2008.
- PIZZI, J. *O mundo da vida. Husserl e Habermas*. Ijuí: Editora: Unijuí, 2006.
- RENON, Maria Cristina. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua relação com a convivência familiar e o direito ao feto*. 232f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em 16 set. 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SCARPI, Vinicius. Equidade Intergeracional: Uma Leitura Republicana. In: MOTA, Maurício (coord.). *Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.
- SCHIAVI, Mauro. *Proteção Jurídica à Dignidade da Pessoa Humana do Trabalhador*. Disponível em: <www.lacier.com.br>. Acesso em 16 set. 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

A prova pericial na Lei 13.105/15 – novo Código de Processo Civil

Carlos Alberto Del Papa Rossi¹

Advogado, Especialista em Direito Tributário (PUC/SP)

Introdução

AO DISCIPLINAR A PROVA PERICIAL, a Lei 13.105/15 trouxe relevantes alterações, enriquecendo o sistema do direito positivado na medida em que o respectivo regramento restou mais detalhado e atento a questões que, sob a égide do código de 1973, deram ensejo a inúmeras discussões perante os nossos tribunais.

Neste singelo artigo, tentaremos trazer ao leitor os aspectos mais importantes da nova legislação, e na medida do possível, apresentaremos posições jurisprudenciais alcançadas na vigência do diploma processual revogado, demonstrando que as mesmas parecem ter sido incorporadas pelo atual *codex*.

1. Jurisdição

De uma forma bastante resumida, o direito pode ser entendido como um sistema de normas jurídicas válidas em tempo e espaço específicos, cuja finalidade é disciplinar as relações humanas intersubjetivas. Dentre todas essas normas há uma parcela destinada a reger a composição das lides, ou seja, o ordenamento jurídico estatui como as pessoas devem agir na hipótese de terem direitos lesados ou colocados em situação de risco. Da mesma forma, num estado democrático de direito, as normas

jurídicas dispõem, ainda, como o Estado-juiz deve se conduzir para pacificar os conflitos de interesses que lhe são submetidos.

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

Para que se inicie a prestação da tutela jurisdicional é necessário que o interessado exerça o seu direito de ação, provocando o Poder Judiciário. O direito ameaçado ou violado só torna-se objeto de apreciação pelo Estado-juiz após o seu titular solicitar, através de uma ação, a prestação jurisdicional (art. 2º, CPC).

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

Quando dizemos que o Estado tem o dever de compor a lide, o fazemos porque “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CRFB/1988), e o “juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” (art. 140, CPC). Desta maneira, atendidos os pressupostos processuais e presentes todas as condições da ação, uma vez levado o caso concreto ao Poder Judiciário, este deverá decidi-lo, ainda que não encontre expressamente as normas jurídicas reguladoras.

Jurisdição é, portanto, o encargo que o Estado tem de, por seus órgãos, e sempre que for provocado, prestar a tutela jurisdicional através da aplicação da lei aos casos concretos. Note-se que não nos limitamos a dizer que a jurisdição tem por fim a solução de litígios, pois em muitos casos haverá o desenvolvimento de atividade jurisdicional sem que haja lide a ser dirimida, como ocorre, por exemplo, com o divórcio consensual em que o casal possui filhos menores.

O princípio do devido processo legal exige que, desde a provocação do Estado-juiz até o momento em que a tutela jurisdicional é prestada em definitivo, sejam disponibilizados aos jurisdicionados todos os meios legais para defesa de seus interesses, assegurado o contraditório. Consequentemente, às partes deve ser facultada a produção de todas as provas que se mostrarem necessárias² à comprovação de suas alegações, pois só assim se desincumbem dos respectivos ônus³.

Dentre os meios de prova legalmente previstos, destaca-se a pericial, haja vista que sua natureza técnica ou científica, e a maior complexidade que geralmente gira no seu entorno, exige que o magistrado seja auxiliado por um perito.

Feitas estas breves considerações, passamos a tecer rápidos comentários sobre o perito judicial para, na sequência, tratarmos da prova pericial.

2. Perito – auxiliar da justiça

Para o exercício de suas funções o juiz necessita do auxílio constante ou eventual de outras pessoas que, tal como ele, devem atuar com diligência e imparcialidade (art. 149, CPC).

Nas causas em que a matéria envolvida exigir conhecimentos técnicos ou científicos próprios de determinadas áreas do saber, o magistrado será assistido por perito ou órgão, cuja nomeação observará o cadastro de inscritos mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado (art. 156, § 1º, CPC), sendo que esse cadastro deve ser feito de acordo com o exigido pelo artigo 156, em seus §§ 2º e 3º.

A Lei 13.105/15 inovou ao expandir a possibilidade do juiz também ser assistido por “*órgãos técnicos ou científicos*”, não estando limitado apenas a pessoas físicas na condição de “*profissionais de nível universitário*”, tal como dispunha o código revogado. Nesta hipótese, o órgão que vier a ser designado para a realização de determinada perícia deverá comunicar ao juiz os nomes e os dados de qualificação dos profissionais que forem destacados para o respectivo trabalho pericial, de modo a viabilizar a verificação de eventuais causas de impedimento⁴ e suspeição⁵ (art. 156, § 4º, CPC).

Pode ocorrer, principalmente em comarcas pequenas, que para a realização de uma determinada perícia sobre área específica do conhecimento, não haja perito ou órgão inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal. Nesta hipótese, o parágrafo 5º do artigo 156 permite que o magistrado escolha livremente um profissional ou órgão que, comprovadamente, detenha conhecimento especializado para tal mister.

Nomeado, o auxiliar do juiz – perito ou órgão – deverá empregar toda diligência para, no prazo que lhe for assinado, cumprir seu trabalho. Poderá, se for o caso, no prazo legal de quinze dias, escusar-se do encargo alegando justo motivo, sob pena de renúncia a tal direito (art. 157, § 1º, CPC).

Reforçando o dever de diligência exigido pelo artigo 157, o Código de Processo Civil, no seu artigo 466, estabelece que mesmo dispensado de assinar um termo de compromisso o perito – assim como o órgão técnico ou científico – tem o dever de cumprir escrupulosamente seu encargo.

Caso, por dolo ou culpa, o perito acabe prestando informações inverídicas, será responsabilizado pelos prejuízos que causar à parte, ficando ainda inabilitado para atuar em outras perícias por um prazo de dois a cinco anos, sem prejuízo de outras sanções. Caberá ao juiz comunicar tal fato ao respectivo órgão de classe, para que sejam adotadas as medidas cabíveis (art. 158, CPC). Dito de outra forma, para a responsabilização do perito ou órgão não é necessária a demonstração da intenção de prejudicar uma das partes, bastando ficar caracterizada a culpa pela imprudência, negligência ou imperícia.

Tecidas estas singelas considerações sobre o perito, passaremos a abordar a prova pericial.

3. A prova pericial

A prova pericial consistirá em exame, vistoria ou avaliação, e poderá ser determinada de ofício⁶ ou a requerimento das partes. Será indeferida quando: a) não houver a necessidade de conhecimento especial de técnico para prova do fato; b) o fato já estiver comprovado por outros meios de prova; e c) a verificação for impraticável (art. 464, § 1º, CPC).

Caso o objeto da perícia envolva aspectos de maior complexidade, abarcando várias áreas do saber, o juiz nomeará mais de um perito, haja vista a necessidade de que cada um seja especializado em sua respectiva área de conhecimento (art. 475, CPC).

A produção da prova pericial poderá ser dispensada quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato,

pareceres técnicos ou documentos elucidativos que forem considerados suficientes pelo magistrado (art. 472, CPC).

3.1 Prova técnica simplificada

Em muitos casos, apesar da necessidade de conhecimentos técnicos ou científicos especializados para a comprovação de determinado fato, pode ocorrer que a causa não envolva questões de alta complexidade.

Nesta hipótese o juiz poderá de ofício, ou a requerimento das partes, substituir a perícia por prova técnica simplificada, a qual consiste apenas na inquirição do especialista sobre os pontos controvertidos da causa. Durante sua arguição, o especialista poderá se utilizar de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens.

3.2 Especialização dos peritos

Na vigência do código revogado já era exigido que para assumir o encargo de perito, além de graduado em nível universitário, o profissional comprovasse sua especialização através de certidão expedida pelo órgão de classe⁷ no qual encontrava-se inscrito. Para exemplificar, numa perícia médica sobre neurologia, não bastava que o profissional fosse graduado em medicina e inscrito no CRM – Conselho Regional de Medicina –, pois devia também possuir título de especialização na área do objeto da perícia. Entretanto, e lamentavelmente, muitos foram os casos em que os tribunais desprezaram a exigência legal de que o perito deveria ser especialista na matéria sobre a qual lhe incumbia opinar.

Prestigiando a segurança, e minimizando os riscos de prejuízos às partes e ao resultado útil do processo, a Lei 13.105/15 é incisiva ao dispor que para o cargo de perito só pode ser nomeado o profissional que for *especializado* na área de conhecimento do objeto da perícia.

Com efeito, o artigo 465 do Código de Processo Civil é expresso quando impõe ao juiz o dever de nomear apenas “*perito especializa-*

do no objeto da perícia”. Ciente de sua nomeação, o *expert* deverá, em cinco dias, apresentar seu currículo com comprovação de especialização quanto ao objeto da perícia (art. 465, § 2º, II, CPC), devendo ser substituído se “faltar-lhe conhecimento técnico ou científico” (art. 468, I, CPC).

Observe-se que a exigência de especialização no objeto da perícia também deve ser atendida para a produção da prova técnica simplificada. Os parágrafos terceiro e quarto do artigo 464, em sintonia com o disposto nos artigos 465 e 468, I, do Código de Processo Civil, são expressos quando se referem ao auxiliar do juiz como “*especialista*”.

A título de ilustração, não se pode ter como segura e confiável a perícia médica que versa sobre psiquiatria, mas foi realizada por médico especializado em ortopedia. É evidente que apesar de sua formação acadêmica em medicina, o médico nomeado como perito não é especializado na área de conhecimento do objeto da perícia. Neste exemplo, resta claro o cerceamento de defesa, haja vista que à parte não foi deferida a efetiva comprovação de suas alegações.

Há, na jurisprudência, inúmeras decisões que, respeitando o ordenamento jurídico, e sob pena de cerceamento de defesa, reconheceram que o cargo de perito só pode ser preenchido por profissional “*especialista*” na respectiva área de conhecimento. Confira-se, nesse sentido, parte do brilhante voto proferido pelo desembargador Francisco Carlos Inouye Shintate, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

Caracterizou-se cerceamento de defesa, necessária a complementação da perícia médica para resposta dos quesitos suplementares formulados pela parte autora (fls. 147/148), pois o perito não respondeu aos quesitos das partes de forma adequada, afirmando a necessidade de nomeação de especialista para a análise da incapacidade decorrente. Como a sentença decidiu com base em prova que se mostrou incompleta porque não realizada perícia do grau de incapacidade, a consequência é o reconhecimento do cerceamento de defesa, o que implica a anulação da sentença para a reabertura da instrução processual.

Em face do exposto, dá-se provimento ao recurso para acolher a preliminar e anular a sentença, determinando-se a reabertura da instrução para que seja realizada perícia médica por especialista em psiquiatria (que responda, de forma analítica e fundamentada, as perguntas de autor e réu sobre a incapacidade para o trabalho), prejudicado o exame do mérito.⁸

Noutro caso, no qual uma perícia médica foi realizada por *expert* não especialista, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu pela conversão do julgamento em diligência, para que outro exame pericial fosse realizado por profissional *especializado* na área de conhecimento do objeto da perícia. Confira-se, *in verbis*:

Ora, pelo que se percebe do simplificado e objetivo laudo pericial, o mesmo foi efetuado por médico não especialista na área de medicina do trabalho (pelo menos nada consta nos autos a respeito), cuja área de atuação é a ‘neurologia’, a qual se distancia do tipo de lesão traumática que o acidentado sofreu fraturando seu fêmur direito, deixando, assim, dúvida quanto a real capacidade de trabalho do autor, bem como quanto a extensão e temporariedade da lesão ocasionada, que teria redundado na perda flexora do joelho em grau mínimo, de onde que, por cautela, recomenda-se, a realização de nova perícia, a ser feita por médico do trabalho especialista na matéria em questão, qual seja, a ‘traumatologia’ ou ‘ortopedia’.⁹

Vale ainda conferir, *in verbis*:

Responsabilidade Civil – Erro médico – Complicações durante o parto e posterior morte do bebê – Alegação de cerceamento de defesa – Ocorrência – Prova pericial – Alegação de que o perito não tem especialidade na área de ginecologia e obstetrícia como o caso requer – Perito especialista em gastroenterologia e medicina de trabalho que não se mostra competente para atuar no presente caso – Necessidade de nomeação de perito especialista na área e realização de novo laudo pericial – Recurso provido para afastar a sentença, devendo o processo retomar seu curso.¹⁰

Agravo. Perícia. Nomeação de perito especializado. Em que pese ser o juiz o destinatário da prova, detendo poderes para nomear o perito de sua confiança, ele não deve se olvidar que a prova tem a finalidade de esclarecer questões técnicas e científicas, sendo necessária a comprovação da especialidade do expert na matéria em discussão Agravo provido.¹¹

Agravo regimental. [...]. Perito. Nomeação. Afastamento. Exigência de nomeação de peritos especialistas na área, por questão de segurança no desfecho da lide. Decisão reformada. Recurso provido.¹²

Agravo de instrumento. Acidente de trabalho. Auxílio-acidente. Perícia. Impugnação. Perito especialista em ortopedia/traumatologia. Necessidade. Decisão reformada. 1) Necessária a avaliação do periciando por perito especialista na área de ortopedia/traumatologia, com a finalidade de confirmar ou não a existência de sequelas em razão de acidente de trabalho e determinar a possibilidade de recebimento do benefício, uma vez que sustenta ele ter sequelas dos dois acidentes sofridos e que elas vêm lhe causando dores nas articulações dos membros inferiores. 2) Agravo conhecido e provido.¹³

Agravo de instrumento. Ação de cobrança. DPVAT. Realização de nova perícia. Traumas psíquicos. Necessidade. Juiz. Destinatário das provas. Termo de Cooperação 103/2012-DEC. Ausência de caráter vinculante. Valor fixado em consonância com o ato 16/2014-P (atualizado pelo Ato 15/2015-P). Manutenção.

I. O valor da indenização para os casos de invalidez permanente deve ser proporcional ao grau da lesão, independentemente da data em que ocorreu o acidente automobilístico, nos termos da Súmula 474, do STJ. Assim, mostra-se necessária a realização de nova perícia. Diferentemente do alegado pela parte agravante, a perícia já realizada, não foi conclusiva no que tange aos traumas psíquicos do autor. Outrossim, o médico incumbido daquela perícia, é especialista em Ortopedia e Traumatologia, não possuindo totais condições de aferir os problemas psiquiátricos alegados pelo autor.¹⁴

Agravo de instrumento. Previdenciário. Processo Civil. INSS. Restabelecimento de auxílio acidentário. Perícia médica realizada por perito não especialista. Desatendimento ao que dispõe o art. 145 e §§ do CPC. Designação de novo perito. Necessidade. Devida concessão de tutela antecipada vez que o pagamento desse benefício foi suspenso sem amparo em laudo médico definitivo. Benefício previdenciário que visa assegurar a sobrevivência da agravada ante o seu caráter alimentar, circunstância apta a autorizar a antecipação da tutela. Decisão reformada. Agravo provido. A natureza do trauma e das enfermidades reputadas como inerentes ao quadro da agravante exigem, para análise do direito requestado, parecer médico especializado, dando indispensável suporte à Magistrada de primeiro grau, na estreita aplicação do art. 145 do CPC e seus parágrafos. Para que se dê eficiente suporte ao julgador e se produza a prova pericial adequada, faz-se necessário a nomeação de especialista que seja efetivamente capaz de produzir abalizado parecer, que se respalda nos seus atributos técnicos e sua expertise, sem os quais a segurança da prova técnica produzida perde a sua força e almejada credibilidade. Necessário ressaltar, que partindo da interpretação a contrario sensu do parágrafo 3º do mencionado dispositivo processual, o magistrado somente poderá desatender ao requisito da escolha e indicação de perito comprovadamente especialista, quando o feito for processado em localidades onde não houver profissionais experts, o que seguramente não se afigura no caso da Comarca de Salvador, plenamente sortida de especialistas na modalidade médica necessária para exame no presente caso, ortopedia.¹⁵

Apelação cível. Ação de indenização. Dano moral. Uso do medicamento VIOXX. Síndrome de STEVENS-JOHNSON. Agravo retido. Decisão que indeferiu a repetição da prova pericial. Perícia realizada por médico não especialista na área objeto da perícia. Inobservância do disposto no art. 145, § 2º, do CPC. Falhas no laudo. Necessidade de nova perícia. Anulação da sentença. Agravo retido provido. Apelação prejudicada.¹⁶

Sobre o assunto, e ressaltando que o perito tem o dever de se escusar quando não for especializado, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela reabertura da fase instrutória para que fosse nomeado novo perito especialista, *in verbis*:

Processo civil. Previdência privada. Fundação SISTEL. Alegado esvaziamento das reservas de contingência e das reservas especiais do Plano PBS. Hipótese em que se alega que tais reservas foram rateadas e indevidamente utilizadas para distribuição, em dinheiro, de benefícios aos participantes do Plano PBS que optassem por migrar para o Plano Visão. Consequente necessidade de se promover substancial aumento das contribuições dos que não fizeram a migração de planos, a fim de repor o equilíbrio atuarial. Matéria de prova. Determinação de perícia. Confirmação, pelo perito, de seu desconhecimento acerca das técnicas necessárias para promover cálculo atuarial. Questão reputada meramente acessória pelo Tribunal. Reforma do acórdão recorrido. Devolução dos autos à origem para complementação da perícia.

– Na hipótese em que o próprio perito confirma seu desconhecimento acerca das técnicas necessárias à realização de cálculos de avaliação atuarial, e considerando-se que a questão assume grande importância para a decisão da lide, torna-se necessária a nomeação de profissional especializado nessa área do conhecimento, para que complemente o laudo pericial entregue.

– A ausência de impugnação tempestiva da nomeação do perito pelo autor deve ser relativizada em determinadas circunstâncias. Não é possível exigir das partes que sempre saibam, de antemão, quais são exatamente as qualificações técnicas e o alcance dos conhecimentos do perito nomeado.

– É dever do próprio perito escusar-se, de ofício, do encargo que lhe foi atribuído, na hipótese em que seu conhecimento técnico não seja suficiente para realizar o trabalho pericial de forma completa e confiável.

Recurso conhecido e provido para o fim de determinar a reabertura da fase instrutória com a nomeação de novo perito especializado em cálculos atuariais.¹⁷

Nota-se, sem nenhuma dificuldade, que a Lei 13.105/15 reforça a exigência já constante do código de 1973, incorporando o entendimento jurisprudencial no sentido de que só deve assumir o encargo de perito o profissional que seja comprovadamente especializado na área de conhecimento do objeto da perícia.

3.3 A nomeação do perito

Ao nomear o perito, o juiz fixará o prazo para a entrega do respectivo laudo, determinando a cientificação do *expert* e a intimação das partes.

Intimadas da nomeação do perito, as partes poderão, no prazo de quinze dias, indicar assistente técnico, apresentar quesitos, e, se for o caso, arguir impedimento ou suspeição.

O perito, por sua vez, ciente de sua nomeação, e entendendo não ser o caso de se escusar (arts. 157 e 467, CPC), deverá, no prazo de cinco dias, apresentar: a) proposta de honorários; b) currículo, com comprovação de especialização; e, c) dados profissionais de contato, especialmente o *e-mail* para o qual serão endereçadas as intimações pessoais. Cumpridas estas exigências pelo perito, as partes serão devidamente intimadas a se manifestarem, oportunidade em que poderão pleitear a redução dos honorários periciais propostos quando se mostrarem excessivos, bem como, requerer a substituição do perito por falta-lhe conhecimento técnico ou científico no objeto da perícia, o que só poderá ser constatado após tomarem conhecimento de seu currículo (art. 465, § 2º, II, CPC).

Vale lembrar que, tal como citado anteriormente, “*é dever do próprio perito escusar-se, de ofício, do encargo que lhe foi atribuído, na hipótese em que seu conhecimento técnico não seja suficiente para realizar o trabalho pericial de forma completa e confiável*”, não sendo “*possível exigir das partes que sempre saibam, de antemão, quais são exatamente as qualificações técnicas e o alcance dos conhecimentos do perito nomeado.*” (REsp 957.347/DF).

Nos casos em que o objeto da perícia versar sobre a autenticidade ou a falsidade de documentos, ou tiver natureza médico-legal, o perito

será nomeado preferencialmente entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados (art. 478, CPC).

Quando a perícia tiver que ser realizada por carta, a nomeação do perito e a indicação dos assistentes técnicos será feita perante o juízo ao qual será requisitada a perícia (art. 465, § 6º, CPC).

3.3.1 Perícia consensual

Além da nomeação do perito pelo juiz, a Lei 13.105/15 passou a permitir que as partes, de comum acordo, escolham o perito que deverá atuar no caso (art. 471). Essa escolha poderá ser feita através de requerimento das partes, se plenamente capazes, e desde que a causa admita autocomposição.

No mesmo momento em que as partes, de comum acordo, escolhem o perito, deverão indicar seus assistentes técnicos e apresentar quesitos.

O trabalho pericial será realizado em local e data previamente agendados, tendo o perito que apresentar seu laudo no prazo fixado pelo juiz, assim como deverão fazer também os assistentes técnicos com seus pareceres.

A perícia consensual não enfraquece a força probante do trabalho, substituindo, para todos os efeitos, a perícia que se realizaria caso o *expert* fosse nomeado pelo magistrado.

3.3.2 Dos honorários periciais

Apresentada a proposta de honorários e oportunizada a manifestação das partes, se o valor proposto mostrar-se excessivo poder-se-á pleitear a redução com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cabendo ao magistrado decidir.

De fato, a proposta de honorários periciais apresentada em valor eventualmente exorbitante, pode acabar inviabilizando ou restringindo o direito de acesso à justiça, o que justifica e legitima a redução. Nesse sentido já se manifestaram nossos tribunais, valendo citar, dentre outras, as seguintes decisões:

1. Ação de prestação de contas. Cessão de cotas sociais. Ingresso de sócio em 2010. Direito que nasce após o ingresso do novo sócio na sociedade. Perícia contábil. Restrição do objeto da perícia. (...).

2. Honorários periciais. Redução. Quanto ao valor dos honorários periciais, a decisão merece reforma. Sem desmerecer o trabalho do *expert* e a sua importância como auxiliar do Juízo afigura-se exacerbado o valor pretendido. É certo que a estipulação de honorários periciais exorbitantes inviabiliza o próprio direito de ação das partes. Importa ressaltar, ainda, que os honorários do perito devem guardar proporcionalidade com a complexidade do trabalho a ser realizado. *In casu*, cuida-se análise de contas de restaurante de médio porte. Assim sendo, impõe-se a redução dos honorários fixados em 6.592,83 UFIRs (R\$ 15.000,00) para o valor de R\$ 5.000,00, o qual se afigura razoável e justo para remunerar o seu trabalho, para o exercício de 2010. Provimento parcial do recurso.¹⁸

Agravo de instrumento – Ação de indenização – Perícia contábil – Honorários periciais – Proporcionalidade e razoabilidade – Valor exorbitante – Redução devida – Recurso provido. – Os honorários periciais devem ser arbitrados pelo Julgador segundo a natureza, a complexidade e o tempo exigido para a realização dos trabalhos, observando-se os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.¹⁹

Acidente do trabalho. Honorários periciais. Valor reputado exorbitante. Verba reduzida a montante razoável. Os honorários periciais fixados pelo juiz da causa podem ser reduzidos em segunda instância, se não foram observados adequadamente a natureza da causa, sua complexidade, valor, dificuldade, o tempo despendido para sua realização e a qualificação do signatário.²⁰

Uma vez reduzido o valor dos honorários periciais, é certo que o perito nomeado não pode ser compelido à realização do ofício, sendo justa sua eventual recusa. Nesta hipótese, caberá ao magistrado a nomeação de outro perito para o encargo. Nesse sentido, *in verbis*:

Agravo de instrumento. Direito processual civil. Honorários periciais. Valor exorbitante. Redução. Possibilidade. I – O arbitramento dos honorários do perito deve levar em consideração o zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, o tempo exigido para a sua execução e a importância para a causa. II – Verificada a exorbitância dos referidos honorários, é cabível a redução da verba para adequá-la aos critérios legais, não estando, contudo, o profissional obrigado a realizar a perícia pelo valor da remuneração fixada, devendo, nesse caso, declinar do encargo para que o magistrado proceda à nomeação de outro perito judicial. III – Deu-se provimento ao recurso.²¹

Com efeito, o artigo 468 do Código de Processo Civil não limita a atividade do juiz quanto à substituição do perito. Assim, caso o *expert* não concorde com a redução dos honorários propostos, o juiz poderá substituí-lo. Confira-se, *in verbis*:

Perito. Fixação de honorários. Honorários considerados onerosos. Substituição por outro perito. Prova pericial considerada imprescindível.

1. Não está o magistrado, reputando imprescindível ao julgamento da lide a realização da prova pericial, impedido de substituir o perito diante de honorários considerados onerosos. A regra do art. 424 do CPC não limita a atividade jurisdicional neste aspecto. Seria contrária ao senso comum admitir que a fixação de honorários considerados onerosos, fosse causa impeditiva da substituição do perito por outro com honorários compatíveis.

2. Recurso especial não conhecido.²²

Agravo de instrumento – Execução – Avaliação de imóveis penhorados – Fixação dos honorários antes da apresentação do laudo: descabimento – Legalidade do adiantamento em garantia dos honorários periciais que devem ser fixados a vista do laudo – CPC, art. 33, § Único – Valor arbitrado em consideração da estimativa do perito – Aceitação da estimativa que indica ser o serviço bem conhecido do louvado – Redução de R\$ 3.700,00 para R\$ 2.700,00 sob

o fundamento de que é só de avaliação que se trata: fundamentação que não convence – Fixação dos honorários em R\$ 1.880,00 mínimo da tabela do IBAPE – Substituição do perito se não for aceito o valor aqui arbitrado – Agravo provido.²³

Fixado o valor dos honorários periciais, a parte que requereu a produção da prova pericial deverá adiantar o recolhimento da referida importância. Esse montante será rateado entre as partes quando a prova pericial for determinada de ofício, ou requerida por ambas (art. 95, CPC).

A parte poderá requerer ao juiz que autorize o recolhimento dos honorários periciais em duas parcelas correspondentes a 50% (cinquenta por cento) cada uma, sendo a primeira no início dos trabalhos, e a última após o perito entregar do laudo e prestar todos os respectivos esclarecimentos (art. 465, 4º, CPC).

Quanto ao levantamento dos honorários periciais, mais adiante, ao tratarmos da deficiência do trabalho pericial²⁴, abordaremos hipóteses que acarretam o indeferimento do levantamento integral do valor arbitrado.

3.3.2.1 Prova pericial e o beneficiário da justiça gratuita

Nos processos em que a parte é beneficiada pela gratuidade da justiça, a prova pericial poderá ser realizada: a) por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado; ou, b) por particulares. Será custeada, no primeiro caso, com recursos alocados no orçamento do ente público; e no segundo, com recursos alocados no orçamento da União, do estado ou do Distrito Federal, sendo seu valor fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça (art. 95, § 3º, CPC). Destaque-se que é vedado o uso de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública para realização de prova pericial (art. 95, § 5º, CPC).

Após o trânsito em julgado da decisão final, o magistrado oficiará à Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos

com a perícia particular ou com a utilização de servidor ou estrutura de órgão público. Caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade da justiça, observar-se-á o disposto no artigo 98, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.

3.3.3 Recusa ao perito

Intimadas da nomeação do perito, e não tendo este se escusado, as partes poderão, se for o caso, arguir seu impedimento (art. 144, CPC) ou suspeição (art. 145, CPC) no prazo de quinze dias (arts. 148, II; 465, § 1º e 467, CPC).

As partes também poderão, no prazo de cinco dias, recusar o perito sob o argumento de que o mesmo não possui conhecimento técnico ou científico para a realização da perícia, o que poderá ser constatado a partir da análise de seu currículo e respectivas especializações, pois como já visto o legislador foi expresso, e até repetitivo, ao exigir que a nomeação do *expert* considere sua especialização quanto ao objeto da perícia.

Atente-se que eventual ausência de impugnação tempestiva ao perito por faltar-lhe capacitação técnica ou científica deve ser relativizada, pois como já entendeu o Superior Tribunal de Justiça “*não é possível exigir das partes que sempre saibam, de antemão, quais são exatamente as qualificações técnicas e o alcance dos conhecimentos do perito nomeado.*” (REsp 957347/DF).

Julgando procedente a impugnação, seja por impedimento ou suspeição, ou ainda por falta de conhecimento técnico ou científico, o magistrado nomeará outro perito (art. 467, par. ún., e art. 468, I, CPC).

3.4 Quesitos e assistente técnico

Já vimos que pelo artigo 465, § 1º, do Código de Processo Civil, com a intimação da nomeação do perito as partes deverão, no prazo de quinze dias, indicar assistentes técnicos a apresentar quesitos. Por serem profissionais de confiança das partes é óbvio que os assistentes técnicos não podem ser alvo de arguição de suspeição ou impedimento,

mas apesar dessa obviedade, o legislador preferiu deixar expressa tal situação (art. 466, § 1º, CPC).

Entendemos que esse prazo não é preclusivo, de modo que, enquanto não iniciados os trabalhos do perito, as partes poderão indicar seus assistentes técnicos e apresentar quesitos. Disposição semelhante já era encontrada no código de 1973²⁵, porém com prazo menor (cinco dias), tendo a jurisprudência se firmado no sentido de que não se opera a preclusão, *in verbis*:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Prazo para apresentação de quesitos e assistente técnico. Ausência de preclusão. Súmula 83/STJ. Recurso não provido.

1. De acordo com firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prazo para indicação do assistente técnico e formulação de quesitos não é preclusivo, de modo que podem ser feitos após o prazo de 5 (cinco) dias previsto no art. 421, § 1º, do CPC, desde que antes do início dos trabalhos periciais.

2. O enunciado da Súmula 83/STJ se aplica indistintamente aos recursos especiais fundados nas alíneas 'a' e 'c' do art. 105 da Constituição Federal.

3. Agravo regimental não provido.²⁶

Apresentados os quesitos pelas partes, o juiz os analisará podendo, de ofício ou a requerimento, indeferir os que reputar impertinentes. Desta forma, admitida a possibilidade das partes apresentarem quesitos após o prazo do artigo 465, § 1º, e desde que antes de iniciados os trabalhos periciais, acreditamos que o perito só poderá respondê-los depois de deferidos pelo magistrado (art. 470, CPC). Além dos quesitos das partes já deferidos, no laudo o perito deverá responder também os quesitos eventualmente formulados pelo juiz (art. 470, II, CPC).

Quanto aos quesitos suplementares, poderão ser apresentados pelas partes durante a diligência, não estando o perito obrigado a respondê-los no laudo, haja vista que o artigo 469 autoriza a apresentação dessas respostas apenas na audiência de instrução e julgamento.

Com efeito, considerando que os quesitos suplementares são apresentados durante o trabalho pericial, para respondê-los previamente – no laudo – o perito carecerá da aprovação do magistrado quanto àqueles possivelmente impertinentes. Assim, caso o perito não esteja certo quanto à pertinência desses quesitos suplementares é prudente que opte por respondê-los somente em audiência, após a aprovação dos mesmos pelo juiz (art. 470, I, CPC).

Por fim, vale observar que nas perícias mais complexas, que abrangem mais de uma área do conhecimento, o juiz pode nomear mais de um perito, caso em que às partes também é facultada a indicação de mais de um assistente técnico.

3.5 Realização do trabalho pericial

Com total zelo e diligência (art. 157, CPC) o perito – ou órgão – cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido (art. 466, CPC), devendo concluir seus trabalhos dentro do prazo fixado pelo juiz, incluída sua eventual prorrogação (art. 476, CPC). Não é demais lembrar que, além de outras sanções, o perito judicial poderá ser responsabilizado pelos prejuízos que vier a causar às partes na hipótese de prestar informações inverídicas por culpa ou dolo (art. 158, CPC).

As partes serão intimadas do local e da data de início da perícia, que serão fixados pelo juiz ou indicados pelo perito, incumbindo a este o dever de comunicar, com antecedência mínima de cinco dias, todas as diligências e exames que tiver que realizar, garantindo aos assistentes técnicos total acesso e acompanhamento dos trabalhos periciais.

Aos peritos e assistentes técnicos é facultada a utilização “*de todos os meios necessários*” para o desempenho de suas funções, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia (art. 473, § 3º, CPC).

O perito não pode ultrapassar os limites de seu encargo, sendo vedada a apresentação de opiniões pessoais que excedam ao que é tra-

vejado pelo exame técnico ou científico do objeto da perícia (art. 473, § 2º, CPC).

Se a natureza da perícia for médico-legal, ou tiver a finalidade de verificação da autenticidade ou falsidade de documento, para o encargo de perito juiz dará preferência aos profissionais dos estabelecimentos oficiais especializados, casos em que autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame, aos cuidados dos respectivos diretores.

Quando o exame tiver por objeto a autenticidade da letra e da firma, o perito poderá requisitar, para efeito de comparação, documentos existentes em repartições públicas e, na falta destes, poderá requerer ao juiz que a pessoa a quem se atribuir a autoria do documento lance em folha de papel, por cópia ou sob ditado, dizeres diferentes, para fins de comparação.

Não cumprido, sem justo motivo, o encargo no prazo assinado pelo juiz, o perito será substituído (art. 468, II, CPC), devendo o juiz comunicar tal ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo impor multa ao perito, fixada com base no valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo (art. 468, § 1º, CPC). O perito substituído deverá restituir, no prazo de quinze dias, os valores eventualmente já recebidos pelo trabalho não realizado, sob pena de ficar impedido de atuar como perito judicial pelo prazo de cinco anos (art. 468, § 2º, CPC). Não ocorrendo a restituição de forma voluntária, a parte que tiver realizado o adiantamento dos honorários periciais poderá promover execução contra o perito, na forma de cumprimento de sentença (art. 513, CPC), com fundamento na decisão que determinar a devolução do numerário (art. 468, § 3º, CPC).

3.5.1 O laudo pericial

O laudo deverá ser entregue no prazo fixado pelo juiz, com pelo menos vinte dias de antecedência à data da audiência de instrução e julgamento (art. 477, CPC). Havendo justo motivo, o perito poderá requerer ao juiz, uma única vez, a prorrogação do prazo para entrega do laudo, o que não excederá a metade do prazo originariamente assinado (art. 476, CPC).

Ainda que a parte seja beneficiada pela gratuidade da justiça, e a perícia fique a cargo de órgãos e repartições oficiais, o Código de Processo Civil não flexibiliza o prazo para cumprimento do encargo, devendo a determinação judicial para realização da perícia ser cumprida “*com preferência, no prazo estabelecido*” (art. 478, § 1º, CPC). Ou seja, caberá aos referidos órgãos e repartições oficiais, dentre as suas atividades, darem preferência à realização da perícia de modo a concluí-la dentro do prazo judicialmente estabelecido. Neste caso – perícia realizada por órgãos e repartições oficiais – a eventual prorrogação do prazo (art. 478, § 2º, CPC) também deverá observar o limite do artigo 476.

Caberá aos órgãos e repartições oficiais, dentre as suas atividades, darem preferência à realização da perícia de modo a concluí-la dentro do prazo judicialmente estabelecido

Dispondo sobre a estruturação do laudo pericial, o artigo 473 do Código de Processo Civil exige que o perito judicial apresente:

a) *a exposição do objeto da perícia* – trata-se de uma explanação clara do perito sobre os elementos que integram o objeto da perícia, inclusive destacando as principais questões a serem esclarecidas pelo trabalho pericial.

b) *a análise técnica ou científica realizada* – o perito deve relatar detalhadamente e através de linguagem simples como desenvolveu o trabalho técnico ou científico, de

modo a permitir que o juiz, as partes e o Ministério Público compreendam todos os fundamentos que o levaram a uma determinada conclusão.

c) *a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou* – além de relatar a “*análise técnica ou científica realizada*”, deve o perito indicar e esclarecer qual método utilizou para alcançar suas conclusões, comprovando que tal metodologia é a predominantemente aceita pelos especialistas dessa área do saber.

d) *respostas conclusivas a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público* – no laudo o perito tem o dever de apresentar “*respostas conclusivas*” a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo Ministério Público. Somente não deverá responder aos quesitos impertinentes indeferidos pelo magistrado.

Também não terá o dever de apresentar, no laudo, respostas aos quesitos suplementares formulados pelas partes durante o trabalho pericial, podendo optar por respondê-los apenas na audiência de instrução e julgamento (art. 469, CPC)²⁷.

Note-se que o artigo 473, IV, do Código de Processo Civil é expresso ao cobrar do perito “*respostas conclusivas*”, não se admitindo que quesitos sejam respondidos sem a devida fundamentação, como ocorre, por exemplo, quando o *expert* se limita a responder apenas “sim”, “não” ou “prejudicado”.

Em pesquisa jurisprudencial é possível observar que não é raro alguns peritos deixarem de responder quesitos. Em muitos casos, mas não todos, esse vício pode ser sanado com a mera intimação do *expert* para complementação do laudo. Contudo, há situações em que as respostas intempestivas dependerão, indispensavelmente, da realização de nova perícia.

Um dos principais objetivos que norteiam o trabalho pericial é encontrar “*respostas conclusivas*” para os quesitos formulados pelas partes, pelo juiz e pelo Ministério Público. Naturalmente, ao iniciar seus trabalhos o *expert* se debruça sobre o objeto da perícia almejando responder tudo que lhe foi indagado. Ora, uma vez que já foram concluídas as diligências do perito e ele deixou de responder os quesitos, pressupõe-se que durante o exame pericial não dedicou a devida atenção à obtenção das respostas esperadas e necessárias, de modo que a mera apresentação intempestiva das mesmas poderá ser prejudicial às partes, bem como comprometer a segurança e o resultado útil do processo.

Com efeito, dependendo do caso, não se pode admitir que o laudo insuficiente ou lacônico, por ausência de manifestação quanto aos quesitos, possa ser apenas complementado com respostas tardias, as quais certamente não decorrerão do atento e diligente exame do objeto da perícia (art. 480, CPC). Confira-se, *in verbis*:

Perícia insubsistente, persistindo dúvidas a respeito de existência ou não de lesão incapacitante para o trabalho. Quesitos das partes não respondidos. Conversão do julgamento em diligência para a vinda de documentos e realização de nova perícia.²⁸

No julgamento do caso acima citado, o desembargador relator bem destacou o dever dos peritos responderem os quesitos, *in verbis*:

Diante desse quadro, submetido a perícia judicial, o expert nomeado, sem se aprofundar na análise dos exames realizados e também sem trazer resposta aos quesitos apresentados, concluiu, em resumo, que a existência da exposição ao ruído a que o examinando se submetia, ‘não vem modificar o diagnóstico da disacusia que apresenta, uma presbiacusia, patologia auditiva degenerativa que não está relacionada com a exposição ao ruído e portanto, não podendo ser tecido o nexa causal’, como pretende o autor e assim, ‘nada há a indenizar do ponto de vista acidentário’ no âmbito da perícia realizada (fls. 72/75).

Ora, a perícia realizada é insubsistente para se firmar com base nela um juízo de certeza ou dele aproximante, não tendo, também, feito qualquer referência ou comentários aos quesitos apresentados, o que chega a ser inaceitável, pois o perito deve sempre responder os quesitos, não sendo, também, de boa feitura, em vez de respondê-los, apenas se reportar ao laudo pericial.

Dessa forma, nova perícia deve ser realizada, nomeando-se novo perito judicial para tal, o qual deverá trazer aos autos uma análise melhor sobre os problemas auditivos do autor, respondendo inclusive os quesitos pertinentes dentre aqueles excessivos trazidos pelas partes (fls. 7/9 e 51/53), bem como estabelecer a data provável da eclosão das supostas moléstias auditivas.”

Em todas as etapas do laudo, inclusive ao responder quesitos, “o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões” (art. 473, § 1º, CPC).

Apresentado o laudo, o juiz determinará a intimação das partes para se manifestarem em quinze dias, prazo em que poderão ser apresentados os pareceres de seus assistentes técnicos (art. 477, § 1º, CPC).

Havendo divergências ou dúvidas das partes, do juiz, do Ministério Público, ou ainda, se houver pontos divergentes entre os pareceres

técnicos e o laudo pericial, o perito judicial deverá, no prazo de quinze dias, apresentar os devidos esclarecimentos (art. 477, § 2º, CPC) em linguagem simples e com a devida fundamentação.

Se após esses esclarecimentos ainda houver dúvida ou divergência, a parte poderá requerer ao juiz a intimação do perito ou assistente técnico para comparecimento à audiência de instrução e julgamento, na qual deverão responder os quesitos que forem apresentados juntamente com tal requerimento (art. 477, § 3º, CPC). Essa intimação se realizará por *e-mail*, com pelo menos dez dias de antecedência da audiência (art. 473, § 4º, CPC).

3.5.1.1 Perícia deficiente ou inconclusiva

Inúmeros fatores podem acarretar a insuficiência do trabalho pericial e respectivo laudo, como, por exemplo, a ausência de respostas a quesitos, a falta de fundamentação e o não esclarecimento das principais questões que envolvem o objeto da perícia. A título de ilustração, vejamos alguns casos:

Previdenciário. Auxílio-doença. Aposentadoria por invalidez. Laudo pericial insuficiente. Sentença anulada. Quando a perícia judicial não cumpre os pressupostos mínimos de idoneidade da prova técnica, ela é produzida, na verdade, de maneira a furtao do magistrado o poder de decisão, porque respostas periciais categóricas, porém sem qualquer fundamentação, revestem um elemento autoritário que contribui para o que se chama decisionismo processual. Hipótese em que foi anulada a sentença para a realização de nova prova pericial.²⁹

Apelações cíveis. Ação indenizatória. Erro médico. Alegação de erro no uso de fórceps. Infante que restou com graves lesões neurológicas. Laudo pericial insuficiente. Necessidade de realização de prova complementar por especialista na área de obstetrícia. Desconstituição do ato sentencial. Insuficientes os elementos de convicção para um juízo definitivo sobre a correção ou não no uso de fórceps para o nascimento do autor Gabriel, o qual restou com graves sequelas

nerológicas em razão de fratura craniana no momento do procedimento, faz-se necessária a complementação da prova pericial realizada por neurologista, o qual deixou de responder quesitos formulados para se inferir como se deu o uso da referida ferramenta médica, devendo ser nomeado especialista na área obstetrícia para tal. Aplicação do disposto nos artigos 437 e 438 do CPC. Sentença desconstituída. Sentença desconstituída. Recursos prejudicados.³⁰

Previdenciário. Auxílio doença. Sentença improcedente. Laudo pericial insuficiente, impossibilitando o exame da presença dos requisitos para o benefício. Sentença anulada. Apelação da autora prejudicada. 1. (...). 3. O laudo pericial pouco esclarece sobre a situação da autora, notadamente: a) provável data do início das doenças; b) se incapacitantes, qual o início da incapacidade; c) se há eventual possibilidade de reabilitação profissional para exercício de outra atividade. O perito não se convenceu acerca da existência das doenças alegadas. Ademais, dada a natureza das enfermidades apontadas, afirma que seria conveniente o pronunciamento de um especialista (psiquiatra). 4. Considerando a demora na tramitação do feito e, ainda, que, não obstante sua imperfeição, o exame pericial aponta, aparentemente, para a incapacidade laborativa, determino ao INSS que implante, a favor do autor, provisoriamente, o auxílio-doença, cuja concessão poderá ser revista após a realização de nova perícia. 5. Apelação da parte autora prejudicada. Sentença anulada, de ofício, com o retorno dos autos à Vara de Origem, para a realização da perícia adequada, após o que, observadas as formalidades legais, deve ser proferida nova sentença, concedendo ou negando o benefício.³¹

Apelação – Ação indenizatória por danos materiais e morais (estéticos) – Erro médico – Laudo pericial lacônico – Respostas vagas e imprecisas aos quesitos formulados pelas partes – Imprescindibilidade de realização de nova perícia (art. 437, segunda parte, CPC), igualmente pelo IMESC (e em regime de urgência), sob pena de impossibilidade de compreensão e decisão da questão de fundo – Anulação da r. sentença devida – Recurso provido.³²

Apelação. Desapropriação laudo pericial insuficiente. Discrepância de valores. Nulidade do decisório. Cabimento. Apresentando o Perito Judicial laudo que não esclarece suficientemente as questões necessárias ao exame do mérito, de cunho eminentemente técnico, deixando quesitos sem resposta, resultando-se pela evidente discrepância de valores em prejuízo ao ente público, determina-se a realização de nova prova, em observância às formalidades pertinentes. Decisão reformada. Recurso da expropriante provido; prejudicado o do coexpropriado Banco do Brasil S/A.³³

Danos material e moral indenização – Laudo pericial não esclarece as questões principais – Prontuário odontológico não faz referência a prótese – Obrigação do dentista de possuir ficha clínica com anotações pormenorizadas do tratamento ministrado ao cliente desorganização do consultório da ré que corroboram com as alegações articuladas na inicial – Inversão do ônus da prova – Apelo desprovido.³⁴

Caso o perito não atenda às exigências legais para o exercício de suas funções e disto resulte uma perícia deficiente ou inconclusiva, o juiz poderá reduzir os honorários periciais inicialmente arbitrados.

Apesar de o artigo 465, § 5º, do Código de Processo Civil dizer que “o juiz poderá” reduzir a remuneração do perito, cremos que a interpretação sistemática implica a conclusão de que a redução dos honorários periciais é de rigor. Com efeito, não tendo desempenhado seu ofício como deveria, já que a perícia foi reputada deficiente ou inconclusiva, o recebimento do valor integral dos honorários periciais caracteriza enriquecimento ilícito, mormente pelo fato de que para a realização de nova perícia outros honorários deverão ser pagos pela parte, que acabaria sendo onerada excessivamente.

Cremos, inclusive, que o juiz pode até mesmo indeferir o levantamento de qualquer valor pelo perito quando a prova pericial for declarada nula por sua culpa. É o caso, por exemplo, do perito que, não observando seus deveres de zelo e diligência, realiza a perícia de forma desidiosa e apresenta um laudo deficiente com conclusões parcas, que

nem mesmo após os esclarecimentos é possível a valoração da prova pelo magistrado. Nesse sentido, *in verbis*:

Agravo de instrumento – Perícia declarada nula por culpa exclusiva do perito – Autorização para levantamento parcial dos honorários periciais – Impossibilidade. – Se a prova pericial foi declarada nula por culpa exclusiva do expert, nenhum efeito desta pode ser percebido, não se justificando, desse modo, o pagamento dos honorários periciais com relação a esta prova. O perito, por sua culpa, não realizou o serviço que consistia na realização de uma prova apta a auxiliar o juízo no julgamento da demanda, pelo que não merece receber a devida contraprestação.³⁵

3.5.1.2 Nova perícia

Caracterizada a deficiência da perícia, retratada por um laudo lacônico ou inconclusivo, o juiz determinará, de ofício, ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia (art. 480, CPC), que será regida pelas mesmas disposições estabelecidas para a perícia que a antecedeu (art. 480, § 2º, CPC).

A segunda perícia terá por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira, suprimindo omissões ou corrigindo inexatidões dos resultados decorrentes do trabalho pericial anterior (art. 480, § 1º, CPC).

Nos termos do artigo 480, § 3º, “*a segunda perícia não substituirá a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra*”. Pensamos que a aplicação desta regra somente será possível quando os vícios forem sanáveis. Afinal, se o trabalho pericial vier a ser considerado nulo, não há como se cogitar sua valoração pelo magistrado, hipótese na qual a segunda perícia certamente é realizada em substituição à primeira.

Se o perito não conseguiu realizar seu trabalho técnico ou científico de modo a elucidar todas as questões sobre o objeto da perícia, concluir-se-á, que além da necessidade de nova perícia (art. 480, CPC), esta deverá ser realizada por outro perito, pois resta evidente que, ainda que especializado no objeto da perícia, faltou-lhe conhecimentos para tanto (art. 468, I, CPC).

Vimos que inúmeras disposições regem a forma de realização do trabalho pericial e confecção do respectivo laudo, possibilitada, inclusive, a determinação de nova perícia e por outro perito, se assim for o caso. Isto, conseqüentemente, resulta a conclusão de que dependendo dos vícios que comprometem o trabalho pericial, este pode ser considerado nulo.

A Lei 13.105/15 mostra-se mais preocupada com a forma dos atos processuais, ou seja, com o atendimento das normas pelas quais o legislador preconcebeu a finalidade do ato. Entretanto, admite-se que mesmo não observada a forma para materialização do ato processual, será considerado válido se a sua finalidade for atingida sem trazer prejuízo às partes.

No âmbito da prova pericial, a finalidade do ato – perícia – é a elucidação de todas as questões técnicas ou científicas por perito judicial especializado no objeto da perícia, incumbido de exercer o encargo escrupulosamente, com zelo e diligência, cujo laudo deverá ser redigido em linguagem simples e plenamente fundamentado, com respostas conclusivas a todos os quesitos, e fornecendo às partes, ao juiz, aos assistentes técnicos e ao Ministério Público, os esclarecimentos necessários relativos ao objeto da perícia. Conseqüentemente, não observada a forma legalmente prevista, e não se atingindo a finalidade da perícia, esta não poderá ser considerada válida, sendo de rigor a determinação de perícia substitutiva, que deverá ser realizada por outro perito.

4. Reexame das decisões

Do que foi visto, pudemos observar que várias decisões são proferidas durante a produção da prova pericial. Porém, qualquer que seja o conteúdo dessas decisões, não desafiam agravo de instrumento, por expressa ausência de previsão legal (art. 1.015, CPC). Como já tivemos a oportunidade de expor, “a Lei nº 13.105/15 taxou as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, inviabilizando, conseqüentemente, a interposição desse recurso contra decisões interlocutórias proferidas sobre outros assuntos”³⁶.

Entretanto, ressalvada a possibilidade de impetrar mandado de segurança, a parte poderá, quando da interposição do recurso de apelação, ou em contrarrazões, em preliminar, suscitar as questões decididas e não agraváveis (art. 1.009, § 1º, CPC), submetendo-as ao reexame pelo tribunal.

Por outro lado, quando a produção da prova pericial for realizada antecipadamente (arts. 381/383, CPC), o artigo 382, § 4º, do Código de Processo Civil estabelece que nesse procedimento não se admite defesa ou recursos, salvo contra a decisão que indeferir totalmente a produção da prova pericial pelo requerente originário. Provavelmente, ao assim dispor, o legislador considerou que nesse procedimento não se discute o mérito da questão que envolve a prova produzida antecipadamente, o que justificaria vedar a apresentação de defesa ou a interposição de recursos.

Ocorre que para a produção antecipada da prova, qualquer que seja ela (pericial, oitiva de testemunha etc.), várias normas devem ser observadas, inclusive pelo magistrado, cujas decisões não desafiam agravo de instrumento. Assim, por não haver no procedimento de antecipação de provas espaço para recurso de apelação (art. 382, § 4º, CPC), a parte que se sentir lesada pela decisão interlocutória não poderá, suscitar a respectiva questão (art. 1.009, § 1º, CPC), o que nos parece ferir princípios processuais constitucionais, haja vista que a decisão singular de primeiro grau de jurisdição será, por si só, imutável.

Nesse contexto, considerando nossa posição já apresentada noutra ocasião³⁷, entendemos que a parte lesada pela decisão interlocutória irrecorrível poderá impetrar mandado de segurança. Confira-se, *in verbis*:

Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Impetração contra despacho. Ausência de recurso cabível. Inaplicabilidade da súmula nº 267 do STF. Terceiro interessado. Súmula nº 202 do STJ. Inaplicabilidade da teoria da causa madura ao recurso ordinário. Recurso provido.

1. Não há previsão no ordenamento jurídico de recurso contra despachos. É, portanto, cabível a impetração de mandado de seguran-

ça. Hipótese em que deve ser afastado o entendimento da Súmula nº 267 do STF.

(...).

4. Recurso ordinário provido, para anular o acórdão recorrido, determinando que o Tribunal de Justiça de São Paulo conheça da impetração e sobre ela decida.³⁸

Recurso ordinário em mandado de segurança – Despacho – Inexistência de recurso próprio – Mandado de segurança – Cabimento – Acesso aos autos – Vista fora de cartório – Prerrogativa do advogado – Legitimidade – Ausência de sigilo – Garantia do Estatuto da OAB e do Código de Processo Civil – Recurso provido.

(...)

2. O ato judicial que determinou a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça tem natureza de despacho, porquanto conferiu andamento ao processo. Nesse contexto, inexistindo recurso próprio para discutir o referido ato judicial (art. 504, do CPC), cabível o manejo de mandado de segurança. Escólio doutrinário.³⁹

5. Aplicabilidade das normas de direito probatório da Lei 13.105/15

Ponto importante a ser destacado é que mesmo já tendo entrado em vigor, as normas de direito probatório constantes da Lei 13.105/15 não são aplicadas às provas requeridas ou determinadas de ofício antes do início de sua vigência. É o que dispõe o artigo 1.047, *in verbis*:

Art. 1.047. As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência.

Observe-se que não é a data da propositura da ação que determina quais são as normas de direito probatório aplicáveis, mas sim o momento que a prova foi requerida pelas partes ou determinada de

ofício pelo juiz. Assim, ainda que fase instrutória seja reaberta na vigência da Lei 13.105/15, caso a prova tenha sido requerida ou determinada de ofício na vigência do código de 1973, é este que regerá a respectiva produção.

Conclusões

Tudo que foi anteriormente exposto demonstra a importância da prova pericial, pois em vários casos o juiz estará diante de fatos que versam sobre questões técnicas ou científicas cujo conhecimento não possui ou não domina, necessitando ser auxiliado por um perito especializado na respectiva área.

Como auxiliar da justiça, só poderá ser nomeado perito o profissional especializado na área de conhecimento do objeto da perícia, devendo apresentar seu currículo com prova da especialização. A exigência da efetiva especialização é mais do que adequada, pois em muitos casos o perito nomeado estará incumbido de examinar atos e procedimentos realizados por outros profissionais também especializados. Desta forma, seria absolutamente incoerente que um profissional não especialista na área do objeto da perícia seja nomeado para auxiliar o magistrado.

Para que a perícia atinja sua finalidade de levar aos autos do processo todos os esclarecimentos necessários à compreensão da matéria, viabilizando a valoração da respectiva prova, todas as regras que disciplinam a forma do ato devem ser escrupulosamente observadas, sob pena do trabalho pericial e respectivo laudo serem considerados insuficientes e lacônicos, acarretando a invalidade.

A Lei 13.105/15 – novo Código de Processo Civil – trouxe inúmeras inovações no âmbito da produção de prova pericial, e ao incorporar vários entendimentos jurisprudenciais adotados na vigência o código revogado, enriqueceu a legislação e afastou a possibilidade de discussões muitas vezes infundadas, e que tinham como origem a falta de um regramento mais minucioso.

Notas

1. Carlos Alberto Del Papa Rossi. Advogado, Especialista em Direito Tributário (PUC/SP), Especialista em Direito Processual Civil (PUC/SP), Especialista – MBA – com ênfase em Direito Empresarial (FGV/SP), Extensão Universitária em Direito Imobiliário (FMU), autor do livro “Introdução ao Estudo das Taxas” e de artigos publicados em revistas especializadas e eletronicamente.
2. “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”
3. Art. 373, CPC.
4. Art. 148, CPC.
5. Art. 467, CPC.
6. Arts. 95 e 370, do CPC.
7. CPC/1973, art. 145, §§ 1º e 2º.
8. TJ/SP – 17ª C. Dir. Priv., Ap. n. 0020202-41.2011.8.26.0348, Rel. Des. Francisco Carlos Inouye Shintate, Julg. 20.10.2015
9. TJ/SP – 17ª C. Dir. Púb., Ap. n. 0200529-60.2008.8.26.0000, Rel. Des. Pedro Menin, Julg. 15.04.2008.
10. TJ-SP – 7ª C. Dir. Priv., Ap. n. 0057863-53.2006.8.26.0114, Rel. Des. Luis Mario Galbetti, Julg. 01.12.2014.
11. TJ/SP - 2ª C. Res. Direito Empresarial, AI n. 2069249-19.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ramon Mateo Junior, Julg. 08.10.2014.
12. TJ/SP – 3ª C. Dir. Priv., Ag. Reg. n. 2061862-50.2014.8.26.0000/50000, Rel. Des. Beretta da Silveira, Julg. 03.06.2014.
13. TJ/DF – 5ª T. Cív., AI n. 0014936-73.2014.8.07.0000, Rel. Des. Luciano Moreira Vasconcellos, Julg. 27.08.2014.
14. TJ/RS – 5ª C. Cív., AI n. 70068447267, Rel. Des. Jorge André Pereira Gailhard, Julg. 02.03.2016.
15. TJ/BA 4ª C. Cív., AI n. 0014747-57.2011.8.05.0000, Rel. Des. Cynthia Maria Pina Resende, Julg. 04.02.2014.
16. TJ/PR – 8ª C. Cív., Ap. n. 0687788-3, Rel. Des. Miguel Kfoury Neto, Julg. 02.08.2010.
17. STJ – 3ªT, REsp n. 957347/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg. 23.03.2010, DJe 28.04.2010.
18. TJ/RJ – 9ª C. Cív., AI n. 0072576-69.2012.8.19.0000, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, Julg. 05.03.2013.
19. TJ/MG – 11ª C. Cív., AI n. 10024971317078008, Rel. Des. Marcos Lincoln, Julg. 19.02.2014.
20. TJ/SP – 16ª C. Dir. Púb., AI n. 11708794.2011.8.26.0000, Rel. Des. Amaral Vieira, Julg. 14.02.2012.

21. TJ/DFT – 6ª T. Cív., AI n. 20150020068466, Rel. Des. José Divino de Oliveira, Julg. 13.05.2015.
22. STJ – 3ª T., REsp n. 100.737/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 25.02.1998, p. 69.
23. TJ/SP – 38ª C. Dir. Priv., AI. N. 0055116-79.2009.8.26.0000, Rel. Des. Maury Bottesini, Julg. 15.12.2010.
24. Ver item 2.5.1.1.
25. Art. 421, § 1º.
26. STJ – 4ª T., AgRg no AREsp 554.685/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 21.10.2014
27. Ver item 2.4.
28. TJ/SP – 17ª C. Especializada, Ap. n. 0003307-83.2003.8.26.0445, Rel. Des. Pedro Menin, Julg. 14.02.2007.
29. TRF – 4ª Rg. – 5ª T., Ap. n. 0014156-92.2015.404.9999, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, Julg. 24.11.2015.
30. TJ/RS – 9ª C. Cív., Ap. n. 70065950032, Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, Julg. 30.09.2015.
31. TRF – 1ª Rg. – 1ª T., Ap. n. 0070116-65.2010.4.01.9199, Rel. Des. Fed. Ney Bello, Julg. 19.03.2014.
32. TJ/SP – 3ª C. Dir. Priv., Ap. n. 0019476-43.2003.8.26.0576, Rel. Des. Beretta da Silveira, Julg. 05.02.2013.
33. TJ/SP – 1ª C. Dir. Púb., Ap. n. 0000754-83.2006.8.26.0663, Rel. Des. Danilo Panizza, Julg. 13.11.2012.
34. TJ/SP – 37ª C. Dir. Priv., Ap. n. 0004710-06.2007.8.26.0071 – n. anterior 990.10.001292-4, Rel. Des. Dimas Carneiro, Julg. 27.01.2011.
35. TJ/MG 16ª C. Cív., AI n. 10481060647114001, Rel. Des. Otávio Portes, Julg. 20.02.2013.
36. ROSSI, Carlos Alberto Del Papa. O agravo de instrumento na lei n. 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://tinyurl.com/zuxh4w8>>. Acesso em 07/04/2016.
37. *Ob. cit.*
38. STJ – 3ª T., RMS n. 44.254/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 10.09.2015.
39. STJ – 4ª T., RMS n. 45.649/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 16.04.2015.

O juiz pragmatista

Oriana Piske¹

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT)

O TERMO PRAGMATISMO TEM SUA ORIGEM etimológica do grego *prâgma*, que significa ação². Segundo Johannes Hessen, a concepção pragmatista tem no conceito de verdade o mesmo sentido de “útil, valioso, promotor da vida”. Acrescenta, que “o homem é, antes de mais nada, um ser prático, dotado de vontade, ativo...”³.

A filosofia pragmática visa situar o pensamento filosófico mais próximo dos problemas práticos por considerar que o homem e o mundo constituem uma unidade. A experiência autêntica é a história desta unidade, exclui a possibilidade de o homem, de qualquer modo ou em alguma atividade, quer seja a arte, a ciência ou a filosofia, poder ser espectador desinteressado do mundo sem ver-se envolvido nas suas vicissitudes⁴. Não seria diferente com relação ao direito, encarado como instituição humana, surgido de necessidades humanas a exigirem sempre uma solução prática para os conflitos.

A filosofia pragmática, ao nosso sentir, desenvolve uma prudência, visto que, ao partir da experiência, busca investigar logicamente respostas capazes de resolver o problema não como uma verdade absoluta, mas como uma solução para aquele determinado problema, naquele dado momento.

Verificamos uma influência marcante da filosofia pragmática na linguagem jurídica, mormente diante do seu caráter polissêmico e das dificuldades ao enfrentar a obscuridade, a ambiguidade e a imprecisão semântica da linguagem nos textos legislativos, por vezes deliberada, em face dos difíceis processos de negociação. Em decorrência, o Poder Judiciário enfrenta a articulação de um direito positivo, conjun-

tural, evasivo, transitório, complexo e contraditório, numa sociedade de conflitos crescentes⁵. A análise pragmática permite articular certas características do funcionamento significativo (persuasão, legitimação, antecipação), explicitando em grande parte as funções dos discursos jurídicos.

Não há como dispensar o discurso argumentativo/persuasivo, conjugado com a ponderação prática (critério da razoabilidade) visando à compatibilização de valores contraditórios e flutuantes que a realidade em frequente mudança apresenta. A importância da aplicação do referido critério ao fato concreto para a solução do problema jurídico demonstra a introdução de um sentido pragmático à linguagem jurídica.

Desta forma, a pragmática, projetada ao direito, permite compreender que a ideologia é um fator indissociável da estrutura conceitual explicitada nas formas gerais. A análise pragmática é um bom instrumento para a formação de juristas críticos, que não realizem leituras ingênuas e epidérmicas das normas, mas que tentem descobrir as conexões entre as palavras da lei e os fatores políticos e ideológicos que produzem e determinam suas funções na sociedade.

Ressalte-se que não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, experiencial, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos nos quais os atores sociais estão inseridos. Ao nosso entender, o eixo central do pragmatismo, numa concepção interpretativa do direito, é no sentido de que as decisões sejam tomadas observando suas consequências e efeitos práticos, desenvolvendo uma prudência, visando harmonizar os valores da sociedade.

Na obra *Topica y Jurisprudencia*, a relevância dada por Viehweg⁶ ao fato concreto para a solução do problema jurídico e o uso da tópica no discurso persuasivo demonstram a aplicação de um sentido pragmático à linguagem jurídica. Não mostra-se diferente em face “*del logos de lo razonable*” de Recaséns Siches, jusfilósofo que percebe as insuficiências do modelo lógico-formal para o tratamento das questões jurídicas e prega a dimensão do problema, do fato social para o direito, da mesma maneira pragmática de Viehweg. Neste sentido, sustenta Margarida Maria Lacombe Camargo:

Com a ideia inicial de lógica material, Recaséns Siches se posiciona junto a autores como Viehweg e Perelman, que tratam o direito de forma assistemática. Recaséns Siches não enfrenta propriamente a questão metódica proposta pela tópica aristotélica, resgatada por Viehweg, e nem a retórica, retomada por Perelman, que adotam como base de raciocínio opiniões ‘lugar comum’. Essas bases de verossimilhança, e não de verdades, levam à formulação de um raciocínio opinativo que guarda força apenas em seus argumentos; ao contrário do raciocínio matemático, que se apóia na certeza das inferências retiradas das premissas e que levam a uma solução correta. Não obstante a possibilidade de se estabelecer um raciocínio não-sistemático, à medida que se privilegia o problema – o fragmento, em lugar do todo –, e também poder, com o auxílio da tópica, iluminar o problema sob os seus diversos ângulos, são ambas as possibilidades aproveitadas por Recaséns Siches. Na realidade, seria esta a grande contribuição de Recaséns Siches: buscar, a partir do problema, a axiologia do direito.⁷

Nesse trilhar, observamos que a filosofia pragmática vem contribuindo fortemente para uma compreensão ativa da prática judicial, desenvolvendo um pragmatismo jurídico. Este é considerado um paradigma do direito contemporâneo ao procurar situar-se diante das mudanças nos hábitos sociais através de decisões que buscam sopesar o momento histórico-social em que são proferidas.

O que denominamos hodiernamente de pragmatismo jurídico consiste no renascimento do *realismo jurídico*, movimento preponderante na esfera jurídica norte-americana do início do século XX, também conhecido como *jurisprudência sociológica*. Esta tendência doutrinária teve entre seus principais idealizadores Oliver Wendel Holmes Jr. e Benjamin Cardozo, os dois últimos juizes em atividade naquele período. Introduzindo um conceito de direito puramente instrumental, os realistas foram responsáveis por um período de efervescência na suprema corte daquele país, bem como por decisões que entraram para a história de seu ativismo.

Os anos de serviço de Holmes no tribunal, bem como a sua produção teórica, marcada pela análise sobre a natureza da lei, mostram a in-

fluência do pragmatismo. A Constituição dos Estados Unidos, defendia ele, “é um experimento, como toda a vida é um experimento”⁸. E essa é a razão por que Holmes estava sempre pronto a contestar como inconstitucionais todas as invasões das liberdades civis básicas, porque sem elas, tanto a experimentação pessoal como a experimentação social tornar-se-iam impossíveis. As premissas desenvolvidas por Holmes no livro *The Common Law* apresentam-se como um marco histórico-intelectual.

O realismo jurídico, com sua concepção instrumental de direito, foi retomado na década de oitenta, porém então renomeado de pragmatismo jurídico.

O juiz pragmatista avaliará comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências

Esclarecido este pequeno marco histórico do pragmatismo jurídico, cabe, ainda, explicitar três elementos fundamentais que operam nesta doutrina, quais sejam: contexto, consequência e antifundacionalismo. A ideia de contexto de que se vale o pragmatismo implica que quaisquer proposições sejam julgadas pela sua conformidade com necessidades humanas e sociais. Estas mesmas proposições devem também ser testadas por suas consequências e resul-

tados, configurando assim o elemento consequencialista. E, por fim o pragmatismo rompe com qualquer crença em entidades metafísicas⁹.

O pragmatismo não é uma teoria do direito, mas sim uma teoria sobre como usar teoria. Pensar o direito sob a ótica pragmatista implica compreendê-lo em termos comportamentais, como a atividade dos juízes. O juiz pragmatista avaliará comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas consequências. De todas as possibilidades de decisão, ele tentará supor consequências e, do confronto destas, escolherá a que lhe parecer melhor, aquela que melhor corresponder às necessidades humanas e sociais. Ele não se fecha dentro de seu próprio sistema, ou subsistema jurídico, pois a concepção pragmatista de direito implica a adoção de recursos não jurídicos em sua aplicação e contribuições de outras disciplinas em sua elaboração.

O pragmatismo jurídico é também um modo de desempenhar a própria prática, e cabe ressaltar que a hermenêutica adota o papel de motor do processo jurídico: ela é o pressuposto da discussão. Neste sentido, Boaventura de Souza Santos, entende que

a dimensão hermenêutica visa compreender e desvelar a ininteligibilidade social que rodeia e se interpenetra nas ciências sociais, elas que são, na sociedade contemporânea, instrumentos privilegiados de inteligibilidade sobre o social. A compreensão do real social proporcionada pelas ciências sociais só é possível na medida em que estas se autocompreendem nessa prática e não-las desenvolvem, duplamente transparente, a nós que somos o princípio e o fim de tudo o que se diz sobre o mundo. A reflexão hermenêutica permite assim romper o círculo vicioso do objeto-sujeito-objeto, ampliando o campo da compreensão, da comensurabilidade e, portanto, da intersubjetividade, e por essa via vai ganhando para o diálogo eu/nós-tu/vós o que agora não é mais que uma relação mecânica eu/nós-eles/coisas.¹⁰

O direito, em toda a sua complexidade, requer a tarefa do convencimento a respeito de certas situações, o que o torna eminentemente argumentativo e hermenêutico. A retórica exerce papel fundamental enquanto processo argumentativo que, ao articular discursivamente valores, tem por escopo a persuasão dos destinatários da decisão jurídica no que concerne à razoabilidade da interpretação prevalecente¹¹.

Necessita-se introduzir na análise discursiva, também, uma semiologia que procure refletir sobre a complexidade sociopolítica dos fenômenos das significações jurídicas, ideológicas e filosóficas. Afinal, o direito ocorre na sociedade, tanto no estrato do real concreto, na medida em que os indivíduos em comunidade necessitam de regras de convivência, quanto no estrato da representação dessa realidade. Com efeito, é de fundamental importância que a especialização dos juristas seja complementada com novas sínteses que permitam obter as perspectivas necessárias para a concretização do direito, dentre elas a concepção filosófico-pragmática.

Notas

1. Oriana Piske. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Mestre em Direito (UFPE). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Museo Social Argentino (UMSA).
2. HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 39.
3. *Idem*, p. 40.
4. ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. 4. ed. Lisboa: Presença, 2000, p. 43.
5. VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.
6. Cf. VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1963.
7. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 166-167.
8. *Apud* MURPHY, John. *O pragmatismo: de Peirce a Davidson*. Porto: ASA, 1993, p. 54.
9. POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000, p. 126.
10. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 16.
11. PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madri: Editorial Civitas, 1988.

Referências

- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ABBAGNANO, Nicola. *História da Filosofia*. 4. ed. Lisboa: Presença, 2000.
- RÊGO, George Browne. Considerações sumárias sobre os conceitos de experiência e pensamento reflexivo na filosofia de Dewey. *Revista de Cultura, Estudos Universitários*, Recife, v. 19, n. 1, jul./dez., 2001, p. 125.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.
- VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1963.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 166-167.

- MURPHY, John. *O pragmatismo: de Peirce a Davidson*. Porto: ASA, 1993.
- POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 16.
- PERELMAN, Chaim. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madri: Editorial Civitas, 1988.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1.
- FUX, Luiz. *Manual dos juizados especiais*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.
- FRIGINI, Ronaldo. *Comentários à lei de pequenas causas*. São Paulo: Livraria e Editora de Direito, 1995.

EM DESTAQUE

Proposta de Projeto para Regularização de Imóveis Irregulares (ou fundiária) – Titulação de moradias informais no Estado do Paraná

Abraham Lincoln Merheb Calixto¹

Desembargador do TJ/PR

1. Introdução

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA – por meio de seus planos e programas – é forma de viabilizar a busca ao reconhecimento constitucional do direito social de moradia, materializados através de diversos instrumentos jurídicos, dentre os quais se ressaltam as ferramentas previstas no Estatuto das Cidades (Lei Federal 10.257/01), na Lei Específica n. 11.977/09, para regularização fundiária dos assentamentos informais em áreas urbanas municipais de titularidade pública ou privada.

Da mesma forma, é maneira de reconhecimento de segurança da posse, de promoção de integração sócio espacial das áreas e comunidades, de diminuição da pobreza social e uma condição de enfrentamento do enorme passivo socioambiental gerado ao longo dessas décadas de crescimento urbano intenso nas cidades brasileiras.

Atentos à realidade dos sinuosos processos de urbanização dos municípios brasileiros, que pela formação dos assentamentos irregulares constitui uma das mais poderosas engrenagens da máquina de exclusão social/territorial de seus munícipes, o Tribunal de Justiça do Paraná, por sua legislação própria, é capaz de criar o mecanismo ideal para instrumentalizar a regularização fundiária – etapa de titulação, das moradias carentes de legalidade jurídica.

Para tanto, faz-se necessário tomar como base procedimentos análogos já em franca execução no país, em especial e diante de suas si-

milaridades, aquele realizado no Estado de Santa Catarina, que hoje colhe os bons frutos desta empreitada de inegável sucesso, denominado naquele Estado da Federação de *Projeto Lar Legal*, que tem por escopo a regularização do registro de imóveis urbanos e urbanizados loteados, desmembrados, fracionados ou não.

Por este acertado instrumento criado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina instrumentalizou os municípios com uma poderosa ferramenta que aplicada em perfeita consonância com os ordenamentos previstos pela legislação federal, viabiliza o combate à irregularidade fundiária, que atinge esta parcela marginalizada da população.

A regularização fundiária é forma de viabilizar a busca ao reconhecimento constitucional do direito social de moradia

Assim como em Santa Catarina, a realidade dos municípios do Estado do Paraná não foge à regra, visto que em prévias informações coletadas, supera a centena de milhares o número de municípes afetados pela referida problemática, que se estende ao longo de seu território.

São muitos os fatores que culminam em tal realidade, enfatizando sempre a explosão demográfica verificada ao longo do Estado, cada região de sua forma, em sua época: desde as primeiras terras litorâneas habitadas, passando pelas colonizações em direção ao interior, até a fronteira oeste com terras internacionais. Ocorre que, a exemplo da ocupação territorial ocorrida no restante do Brasil, observa-se ser impossível controlar tal intensa e veloz transformação que aconteceu e continua acontecendo pela extensão de todo o Estado do Paraná.

E, o que se observa de fato, é a falta de operação da absoluta maioria dos municípios paranaenses, os quais, desprovidos de condições e de acesso a soluções efetivas para as demandas da irregularidade fundiária, permanecem inertes na busca da referida justiça social, o que é direito do cidadão.

Para tanto, urge a implementação de projeto eficaz, e que de maneira precisa, ágil, fundamentado em salutar bom senso, promova:

(1) assegurar o direito à moradia àqueles que poderão consolidar-se onde será possível/permitido;

(2) apontar as localidades com necessidade de remoção, o que se realizará de acordo com os programas municipais, estaduais ou federais disponíveis às famílias ocupantes de locais de risco, impedido ou inapropriado;

(3) garantir o cumprimento da função social da propriedade, assim estancando a questão da referida informalidade conferida nos municípios que contemplam o Estado do Paraná, de modo a solucionar a inegável problemática constituída, o que reflete em reais benefícios a todos os envolvidos na solução que ora se apresenta.

1.1 Situação da regularização fundiária no Paraná

Quando se fala em regularização fundiária plena e sustentável, de forma a contemplar o Estado do Paraná com a devida solução completa, diversos são os pontos (frentes) a serem desenvolvidos, para que em conjunto alcancem então a finalidade pretendida.

Para tanto, os municípios aderentes ao Programa deverão contemplar, em conjunto, estas cinco dimensões, basicamente: *urbanística, ambiental, jurídica, social e administrativa*, para que resultados significativos de inclusão social ocorram e a missão da regularização fundiária seja cumprida, vale dizer:

A) regularização urbanística: das áreas, dos lotes e da localidade, contemplando serviços, projetando equipamentos e infraestrutura de modo a promover integração sócio espacial.

B) regularização ambiental: sendo possível, a recuperação das áreas degradadas, remoção das áreas ambientalmente frágeis, educação ambiental para a conservação do meio ambiente, conscientização da população do trabalho que desenvolverá em cada município.

C) regularização social: mobilização social, busca da aplicação de programas de geração de emprego, renda e educação, entre demais medidas a serem adotadas pelos setores competentes das administrações municipais envolvidas.

D) regularização jurídica: medidas judiciais necessárias para reconhecimento dos lotes e respectivas propriedades inseridas nos parcelamentos informais; é a titulação dos ocupantes pela égide do Poder Judiciário.

E) regularização administrativa: junto aos órgãos, departamentos e à própria administração municipal envolvida, visto que é a forma de sanar a completa informalidade cadastral, de numeração das casas, dentre tantas outras a serem contempladas.

Importante destacar que o presente projeto somente será viável através da efetivação do item **D** supra, sendo este o impulso necessário para concretizar os demais itens acima descritos. O presente projeto contempla o primeiro passo da regularização fundiária, possibilitando/viabilizando ações públicas necessárias para efetivação dos passos seguintes, da regularização fundiária plena.

1.2 Classificação das áreas atendidas pela regularização fundiária

As áreas passíveis de regularização fundiária apresentadas neste plano estão classificadas como segue:

- a) Ocupações/loteamentos irregulares em áreas públicas;
- b) Ocupações/loteamentos irregulares em áreas particulares.

1.3 Definições estabelecidas para análise

Os dois grupos de classificação descritos acima são caracterizados como segue:

1.3.1 Diagnóstico físico (realidade urbanística)

a) Consolidados: trata-se de áreas consolidadas há anos que necessitam de pequena ou nenhuma intervenção urbana – situação apropriada.

b) Consolidáveis sem remoção de famílias: trata-se de áreas passíveis de serem consolidadas que necessitam de alguma intervenção urbana e não há na área famílias que necessitam ser removidas – situação razoável.

c) Consolidáveis com remoção de famílias: trata-se de áreas passíveis de serem consolidadas que necessitam de alguma intervenção urbana e há na área famílias que necessitam ser removidas – situação aceitável.

d) Não consolidáveis: trata-se de áreas de impossível consolidação/permanência das famílias no local, portanto, carente de remoção – situação não aceitável.

1.3.2 Estágio de intervenção

Cada uma das áreas passíveis de regularização fundiária, a serem tratadas no presente plano, estará enquadrada nos seguintes estágios de intervenção:

- a) Áreas urbanizadas totalmente
- b) Áreas urbanizadas parcialmente
- c) Áreas em processo de urbanização
- d) Áreas com intervenções urbanas pontuais
- e) Áreas sem intervenções urbanas.

1.4 Quadro dos assentamentos informais por município em intervenção

Cada município participante identificará o quadro de assentamentos informais identificados (focos de irregularidade), a serem trabalhados. Nestes, poderão ser enquadradas situações de irregularidade em áreas de titularidade pública ou privada. A tarefa de levantamento e identificação das novas áreas deve ser contínua em cada município, deste modo, podendo o quadro sofrer adequações.

Importante serem apontadas todas as situações conhecidas na extensão do município, para que seja então realizada análise de possibilidade de enquadramento no presente projeto, ou, não sendo possível, para enquadramento em ação paralela.

Ainda, importante destacar que a análise específica de cada localidade apontada deverá ser realizada no decorrer do desenvolvimento dos trabalhos, para que seja alcançada a regularização fundiária plena nos termos anteriormente apresentados.

Entende-se relevante a participação do Ministério Público neste início do projeto, o que se viabiliza pelo contato próximo com promotores nas comarcas, com as equipes técnicas atuantes em cada município participante.

2. Estratégia/forma de atuação

Para alcançar os objetivos e as diretrizes estabelecidos neste programa, definiram-se as seguintes:

2.1 Estratégia financeira

Nos termos apresentados, a regularização fundiária será contemplada por mais de uma fase (frente), sendo que para compor a estratégia financeira, será tratado em momentos distintos.

Inicialmente, para a resolução da questão de titulação (primeira etapa, ora proposta), com vistas a viabilizar o projeto em todo e qualquer município que entenda por bem desenvolvê-lo, os procedimentos técnicos serão realizados por equipes capacitadas para tais serviços, habilitadas conforme exigências técnicas preestabelecidas, termo específico para desenvolvimento com cada município interessado.

Anote-se que os custos são arcados pelos moradores contemplados e que entendam por bem participar do projeto, com valor previamente determinado e uniforme para todo o Estado, cuja forma de pagamento será adequada à realidade deste participante, conforme determinações específicas antecipadamente determinadas.

Ainda, já é realidade (modelo já aplicado) a possibilidade da reversão destes valores inicialmente pagos através de incentivos e benefícios fiscais e financeiros, aprovados por lei específica, de modo a compensar o custo arcado para titulação do imóvel.

Resolvida a parte de titulação de forma completa (primeira etapa concluída), duas diretas e imediatas consequências tornar-se-ão possíveis à administração pública:

(i) a criação de projetos para angariação de recursos a serem aplicados em obras e serviços que contemplem a regularização fundiária, e (ii) os moradores acessarem os recursos disponíveis para financiamento de seus imóveis, por intermédio do alcance facilitado pela intervenção da administração pública, haja vista o grande interesse público na melhoria das residências que contemplam cada município.

Nos termos já apresentados, será então possível a efetivação das demais etapas descritas nos itens **A, B, C e E**, do item **1.1** supra.

Pelos termos gerais apresentados, é que será possível ao Estado do Paraná executar e dar sequência nos trabalhos propostos e planejados pelo presente Projeto de Regularização Fundiária.

2.2 Estratégia urbana e ambiental

As estratégias urbanas e normativas para a consecução dos objetivos e metas fixados neste Projeto de Regularização Fundiária decorrem da aplicação dos pressupostos e instrumentos previstos no plano diretor e legislação específica de cada município, em concordância com os alicerces da Política Nacional de Regularização Fundiária, bem como com os preceitos ambientais vigentes e aplicáveis aos casos que se apresentam.

a) Promoção de forma articulada da urbanização e regularização dos assentamentos;

b) Integração do assentamento informal à cidade: adotando padrões urbanísticos diferenciados da cidade formal, mas com garantia de seu acesso aos equipamentos e serviços públicos com padrões mínimos de qualidade urbana e ambiental;

c) Recuperação do meio ambiente: Compreende o assentamento informal como “passivo ambiental” oriundo de antigos processos sociais de exclusão urbana e social e promove ações que combinam a recuperação ambiental com melhoria das condições de moradia, consolidando sempre que possível a população no local;

d) Monitoramento de áreas de risco: realização de vistorias, avaliação de risco, por equipe técnica designada;

e) Contenção de invasões: controle, fiscalização e conscientização contra novas ocupações em áreas irregulares, para inibir o adensamento nos assentamentos informais existentes e a formação de novos assentamentos, compromisso assumido por cada prefeitura municipal participante.

2.3 Estratégia normativa

a) Elaboração e monitoramento das legislações complementares ao plano diretor, tal como a Lei das ZEIS (*ZONAS ESPECIAIS DE INTERESSE SOCIAL – que são porções do território destinadas, prioritariamente, à recuperação urbanística, à regularização fundiária e produção de Habitações de Interesse Social – HIS ou do Mercado Popular – HMP, incluindo a recuperação de imóveis degradados, a provisão de equipamentos sociais e culturais, espaços públicos, serviço e comércio de caráter local*), planos de urbanização e demais mecanismos necessários.

b) Elaboração do projeto de lei da Política Municipal de Habitação de Interesse Social (incluindo a Política Municipal de Regularização Fundiária), pela qual fica estabelecida a intervenção do município, inclusive legitimando todos os atos e procedimentos a serem adotados nos termos aqui delineados.

c) Adequação de procedimentos de regularização e de encaminhamento aos serviços de registro de imóveis, formalizando desde então a parceria e forma de atuação e encaminhamento com a circunscrição competente.

d) Formalização da parceria entre os poderes envolvidos, contemplando o que necessário para o sucesso dos trabalhos propostos, em busca da facilitação direta aos moradores contemplados pela regularização fundiária desenvolvida em cada município.

e) Da mesma forma com a Procuradoria-Geral da União (PGU) e a Procuradoria-Geral do Estado (PGE), bem como demais órgãos que se façam necessário, buscando a facilitação e celeridade dos procedimentos de regularização fundiária.

2.4 Estratégia institucional

a) Promoção da integração entre as áreas de habitação e desenvolvimento urbano no município, reforçando a articulação necessária entre as políticas habitacional e urbana.

b) Promoção da integração dos entes envolvidos, com vistas a consolidar metodologia de trabalho em comum.

c) Consolidação de rotinas e institucionalização de alguns dos procedimentos adotados para concretização do projeto.

d) Definição da estrutura institucional e administrativa responsável pela gestão do Programa de Regularização Fundiária.

2.5 Atuação do Poder Judiciário

Praticados os procedimentos delineados, de início criar e disponibilizar a ferramenta/instrumento de titulação das moradias para fins da concretização da primeira etapa da regularização fundiária no Estado do Paraná, o que será de competência do Tribunal de Justiça, com a participação do Ministério Público do Estado e cada município interessado.

Estabelecer a competência do magistrado (juízo cível ou juizado cível ou registros públicos) capacitado para atender à demanda de regularização fundiária oriunda do projeto que ora se propõe.

Preparar a estrutura do Poder Judiciário para receber e desenvolver de forma célere e eficaz a demanda proposta pelo Projeto de Regularização Fundiária, inclusive junto aos cartórios de registro de imóveis, fundamentais para o sucesso do projeto.

Capacitar, habilitar e disponibilizar equipe técnica conforme requisitos necessários, já definindo todos os parâmetros para desenvolver o projeto nos municípios paranaenses.

Municiar os participantes e envolvidos no projeto com a devida normatização dos procedimentos a serem desenvolvidos no decorrer da execução do projeto.

Propor cooperação institucional com o Ministério Público do Estado do Paraná, para fins do correto desenvolvimento do projeto, em todos os seus termos.

A estruturação ora apresentada é proposta com base em exemplo já realizado, com êxito, no Estado de Santa Catarina.

3. Considerações finais

Com base nos dados e informações apresentadas no presente projeto, evidente que urge ao Estado do Paraná concretizar eficaz Projeto de Regularização Fundiária – viável e efetivo – elemento-chave para o sucesso do projeto de tal porte.

O mecanismo da exclusão social, caracterizado pelos muitos assentamentos informais existentes ao longo dos municípios paranaenses, definitivamente precisa ser resolvido, de modo a inserir estas localidades à realidade da cidade formal; da cidade legal.

Nos preceitos delineados pelo governo federal em seus manuais, destaca-se que a regularização fundiária de interesse social é uma obrigação do poder público, o qual deve imple-

O presente projeto não deve ser caracterizado como mais uma simples normatização

mentá-la como uma das formas de concretizar um direito dos cidadãos brasileiros, que é a moradia digna, reconhecido como um direito fundamental nos termos do artigo 6º da Constituição brasileira.

Contudo, não se deve entender tal implementação como ato unilateral e isolado, visto que a direta participação de todos os poderes institucionais, e, sobretudo, do morador beneficiado é necessária, de modo a viabilizar a implementação do Projeto de Regularização Fundiária nos moldes que ora se apresenta.

O presente projeto não deve ser caracterizado como mais uma simples normatização como tantas já existentes em âmbito federal, traduzidas em meras cartilhas nunca praticadas, mas sim como projeto viável e muito bem estruturado, baseado em experiências já concretizadas: *o Estado de Santa Catarina já colhe os bons frutos, resultando em milhares de famílias contempladas pela regularização fundiária em toda sua extensão.*

Como resultado alcançado, se destaca que a regularização fundiária beneficia o morador participante, por certo. Mas também reflete diretamente em benefícios à administração pública, ao Poder Judiciário, ao meio ambiente. Com base nos casos práticos pesquisados, inexistem

parte prejudicada neste projeto; o ganho é de todos os envolvidos, e, por conseguinte, de toda a sociedade.

É, sobremaneira, definitiva forma de atender à função social da propriedade; de estancar a proliferação de novas ocupações irregulares; de possibilitar o correto cadastramento dos imóveis em cada município.

A grande realidade que se provou ao longo dos anos, conforme experiências pesquisadas, a regularização fundiária viável não é a que pretende resolver concomitantemente todos os seus espectros necessários. Acaba por se tornar projeto complexo e inviável, até mesmo pelo investimento financeiro necessário para tanto.

Desta forma, impende tomar como base os exemplos de sucesso já concretizados, racionais e viáveis, que atuarão por etapas, de modo a possibilitar a concretização da regularização fundiária. Assim ocorreu no Estado de Santa Catarina, onde o projeto foi criado por iniciativa do Poder Judiciário.

E nisto se baseia o projeto ora desenvolvido: *viabilizar a primeira etapa necessária para concretizar a regularização fundiária* – titulação das moradias – possibilitando assim o desenvolvimento das demais, conforme aqui demonstrado.

Por fim, fundamental destacar que a concretização do projeto que ora se apresenta, é, sobremaneira, a realização do maior sonho do cidadão brasileiro: a garantia da própria moradia justa, digna e segura.

Nota

1. Abraham Lincoln Merheb Calixto. Desembargador do TJ/PR.

JURISPRUDÊNCIA

Ementário do TJPR

ADMINISTRATIVO

Gratificação de tempo de serviço percebida por policial militar do Estado do Paraná deve ser calculada apenas sobre o soldo do respectivo posto ou graduação

Direito administrativo. Apelações cíveis e remessa necessária. Servidor. Gratificação de tempo de serviço. Cálculo apenas sobre o soldo. Súmula n. 65 dessa egrégia Corte de Justiça. Contribuição obrigatória ao FASPM. Cobrança indevida. Declaração de inconstitucionalidade pelo colendo órgão especial. Correta condenação do estado ao pagamento das custas processuais. Aplicação do enunciado n. 37 das 4ª e 5ª Câmaras cíveis. Correção monetária. Adequação. Aplicação do IPCA. Sentença parcialmente reformada em sede de remessa necessária, tão somente para adequar os consectários legais. Recursos desprovidos.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1444364-6 - Maringá - 4a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Abraham Lincoln Calixto** - Fonte: DJ, 26.09.2016).

É impossível o reajuste de tarifas do transporte público quando o contrato foi prorrogado sem licitação

Ação de preceito cominatório e ação cautelar incidental de

produção antecipada de prova. Transporte coletivo de passageiros. Linhas da Região Metropolitana de Curitiba não constantes da RIT - Rede Integrada de Transporte. Reajuste de tarifas visando o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, vencidos e prorrogados sem licitação. Inadmissibilidade. Supremacia do interesse público. Apelação interposta pelo estado do Paraná provida para julgar improcedente a pretensão, restando prejudicados o reexame necessário e apelação interposta pela coordenação da região metropolitana de Curitiba (COMEC). É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser “indispensável a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, ainda que os Termos de Permissão tenham sido assinados em período anterior à Constituição Federal de 1988” (STJ, 2ª Turma, AgRg. nos EDcl. no REsp. n. 799.250/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 17.12.2009).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1436403-3 - Curitiba - 5a. Câm. Cív. - Rel.: Des. **Adalberto Jorge Xisto Pereira** - Fonte: DJ, 30.09.2016).

Poder público não pode deixar de atender às necessidades da criança em razão da ausência de vaga em CMEI

Apelação cível. Reexame reexame necessário ofício. Conhecido de ofício. Ação de obrigação de fazer. Sentença que julgou procedente o pleito inicial e determinou matrícula creche. A matrícula do requerente em creche. Constitucional garantia constitucional à educação que argumento se sobrepõe ao argumento de falta de inexistência infraestrutura. A inexistência de vagas servir em CMEI não pode servir de escusa para o ente público deixar de atender às garantias constitucionais. Constitucionais. Poder judiciário. Judiciário. Proteção das normas constitucionais, frente frente à não pela observância destas pela administração pública. Necessidade. Necessidade. Entendimento emanado pelo Supremo Tribunal Federal. Poder judiciário estado do Paraná Tribunal de Justiça ausência de violação ao princípio da princípio isonomia e ao princípio da reserva do possível. Aplicabilidade aplicabilidade imediata imediata dos direitos sociais. Incidência de cominatória astreintes. Multa cominatória que serve como estímulo ao cumprimento cumprimento da judicial. Determinação judicial. Valor fixado que observou a razoabilidade razoabilidade e a proporcionalidade.

de. Proporcionalidade. *Quantum* mantido. Honorários advocatícios advocatícios. Fixação inaplicabilidade adequada. Inaplicabilidade da súmula litigantes 421, do STJ. Entes litigantes que não se jurídicas confundem. Pessoas jurídicas públicas diversas. Apelo conhecido e não - não provido. Provido. Sentença mantida em sede de necessário. Reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1566396-4 - Curitiba - 7a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ana Lúcia Lourenço** - Fonte: DJ, 27.09.2016).

Inadimplemento contratual do poder público não gera dever de indenizar danos morais

Apelação Cível. Ação ordinária de cobrança. Contrato administrativo. Saldo devedor de aditivo contratual. Serviços extraordinários prestados. Dever do município em adimplir a contraprestação. Valor devido a ser apurado em liquidação de sentença para descontar as compensações tributárias efetivadas. Mero inadimplemento contratual não gera dever de reparação por danos morais. Pessoa jurídica que não comprova ter sofrido dano moral. Honorários advocatícios. Fixação conforme o grau de decaimento de cada parte. Recurso desprovido. Sentença parcialmente alterada em sede de reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1509577-3 - Ponta Grossa - 5a. Câ. Cív. - Rel.: Des. **Carlos Mansur Arida** - Fonte: DJ, 23.09.2016).

É devido o adicional de atividade penitenciária ao agente de cadeia pública cujo contrato é temporário

Apelação Cível - Servidor público - Agente de cadeia pública - Contrato temporário - Adicional de atividade penitenciária (AAP) - Possibilidade - Previsão legal e contratual - Reflexos em férias e décimo terceiro salário - Precedentes deste tribunal - Inversão do ônus de sucumbência - Sentença reformada - Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1471861-7 - Curitiba - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Cláudio de Andrade** - Fonte: DJ, 29.09.2016).

Município possui legitimidade passiva em ação indenizatória decorrente de erro médico em atendimento pelo SUS realizado em hospital privado

Agravo de Instrumento. Processo Civil. Ação de reparação de danos. Erro médico. - Hospital privado. Atendimento pelo SUS. Legitimidade passiva do Município de Apucarana. Art. 18, inc. X, da Lei n. 8.080/1990. Competência atribuída ao ente municipal para credenciar e fiscalizar os hospitais privados. - Existência de autarquia municipal de saúde que não afasta a eventual responsabilidade do município. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste tribunal de justiça. Recurso provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1538180-5 - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Eduardo Casagrande Sarrão** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Ausência de conservação e sinalização na via pública gera indenização decorrente da responsabilidade civil por omissão

Responsabilidade civil. Apelação cível. Ação de reparação de danos. Responsabilidade civil por omissão. Responsabilidade objetiva. Incidência do art. 37, § 6º, da CF e art. 1, § 3º, do CTB. Ausência de conservação e sinalização na via pública (buracos na rodovia). Conduta omissiva, dano e nexo de causalidade configurados. Pagamento da indenização por danos materiais de uma só vez. Inaplicabilidade. Manutenção de pensão mensal. Majoração da indenização por danos morais. Impossibilidade. Sentença mantida. Recurso adesivo. Culpa concorrente. Não configuração. Minoração da indenização por dano moral. Reexame necessário. Honorários advocatícios. Valor elevado. Fixação na forma do § 4º, do art. 20, do CPC. Necessidade de minoração. Grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa devem ser considerados para a fixação do valor. Reforma parcial da sentença em reexame necessário. Recurso de apelação desprovido. Recurso adesivo desprovido. Sentença parcialmente reformada em reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 938431-4 - Icaraíma - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Eugênio Achille Grandinetti** - Fonte: DJ, 08.02.2013).

Município possui competência para fixar carga horária de funcionário público

Apelação Cível 1 e 2. Ação declaratória c/c condenatória. Servidora pública municipal. Fisioterapeuta. Jornada de trabalho de 40 horas semanais. Lei federal que estabelece jornada de 30 horas. Pedido de horas extras. Sentença que julgou improcedente o pedido. II. - Apelação 2: a) princípio da dialeticidade que não restou violado. B) preliminar de prescrição total do fundo de direito. Pleito trazido em contrarrazões. Possibilidade. Matéria de ordem pública, conhecível de ofício. Pedido, contudo, não acolhido, por se tratar de direito de trato sucessivo. Súmula 85 do STJ. C) Mérito. Inaplicabilidade da Lei Federal n. 8.856/94, que fixa a jornada de trabalho dos fisioterapeutas em 30 horas semanais. Competência municipal para regular o regime jurídico de seus servidores. Prevalência da Lei Municipal que fixa a jornada de trabalho em 40 horas semanais. III. - Apelação 1: a) Pedido de majoração da verba honorária. Não acolhido. B) índice de correção monetária da verba honorária acrescentada de ofício. Matéria de ordem pública. IV. - Apelação 1 e 2. Recursos não providos, com acréscimo, de ofício, do índice de correção monetária da verba honorária.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1511227-9 - Curitiba - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jorge de Oliveira Vargas** - Fonte: DJ, 04.10.2016).

É nula a contratação de funcionário público sem prévia aprovação em concurso

Apelação cível. Servidor público. Exercício de função pública sem prévia aprovação em concurso público nulidade. Efeitos jurídicos admissíveis em relação ao contratado: pagamento de saldo salarial e levantamento de FGTS (RE 705140). Inexigibilidade de outras verbas, mesmo a título indenizatório. Pedido de devolução da contribuição previdenciária. Impossibilidade. Natureza tributária do desconto destinado ao custeio da previdência social. Danos morais não configurados. Recurso conhecido e, no mérito, não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1509310-8 - Ubitatã - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Sebastião Fagundes Cunha** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Concessionário pode cobrar do consumidor eventuais danos ao medidor de energia elétrica

Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito c/c indenização por danos morais. Situação fática. Fornecimento de energia elétrica. Bobina queimada. Alteração no medidor. Consumidor que se insurge contra a apuração da diferença no consumo da unidade. Reconvenção da concessionária. Sentença de parcial procedência da ação e da reconvenção. Insurgência da concessionária. Apelação Cível.

Complementação do faturamento. Cálculo elaborado com base no artigo 72, inciso IV, alínea “b”, da resolução n. 456/2000 da ANEEL. Maior valor dos 12 (doze) meses anteriores a constatação da irregularidade. Legalidade. Precedentes desta 11ª Câmara Cível. Custo administrativo. Artigo 73 da resolução n. 456/2000 da ANEEL. Cobrança do consumidor. Impossibilidade. Concessionária que não demonstra a origem dos custos. Danos ao medidor de energia. Cobrança do consumidor. Possibilidade. Artigo 104 da resolução n. 456/2000 da ANEEL. Comprovação das violações aos medidores pela perícia judicial. Responsabilidade da consumidora pela guarda do equipamento. Autoria da fraude. Irrelevância. Consumidora que foi a única beneficiada pela medição a menor. Ônus sucumbencial. Readequação. Recurso conhecido e parcialmente provido para determinar a complementação do faturamento com base na resolução n. 456/2000 e condenar o consumidor ao pagamento dos danos aos equipamentos.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1518586-1 - Marechal Cândido Rondon - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lenice Bodstein** - Fonte: DJ, 06.10.2016).

Poder Judiciário possui legitimidade para impor obrigação de fazer à administração pública

Apelação cível. Reexame necessário. Ação civil pública julgada

procedente. Obrigação de fazer. Restauração de delegacia de polícia de Iretama e roncador, com solução dos problemas físico-estruturais e designação suplementar de 1 delegado (com lotação exclusiva para a comarca, além de 2 (dois) escrivães e 2 (dois) investigadores. Preliminares. Incompetência absoluta do juízo da fazenda pública. Não ocorrência. Ação civil pública que visa a obrigação de fazer consistente na adequação do estabelecimento prisional às condições necessárias ao cumprimento das normas de higiene, saúde e segurança. Direito difuso. Litispendência. Inocorrência. Ausência de provas de outros autos. Interesse de agir presente. Desnecessidade de esgotamento da via administrativa como pré-requisito para o ingresso na esfera judicial. Mérito. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível e ordem econômica. Inocorrência. Quaestio juris que versa diretamente sobre a efetivação de direitos fundamentais insculpidos na própria Constituição Federal. Legitimidade do poder judiciário em impor à administração pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Julgamento da repercussão geral no recurso extraordinário n. 592.581/RS pelo STF. Limites or-

çamentários. Poder público que não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. Teoria da reserva do possível que não prevalece em relação ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial. Enunciado n. 29, das câmaras de direito públicos desta corte de justiça (4ª e 5ª CC). Redução da multa diária. Cabimento. Multa excessiva e desarrazoada. Redução da multa fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 1.000,00 (mil reais). Pedido de isenção do pagamento das referidas custas. Impossibilidade. O benefício do art. 18 da Lei 7.347/85 somente se aplica ao autor da ação civil pública, conforme jurisprudência pacífica do STJ. Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido. Sentença reformada em reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1530858-6 - Iretama - 4a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lélia Samardá Monteiro Negrão Giacomet** - Fonte: DJ, 05.09.2016).

Exame de conduta do candidato ao cargo de soldado da Polícia Militar coaduna-se com o princípio da moralidade

Direito Administrativo. Concurso público. Soldado da polícia militar. Exame de conduta. Exclusão de candidato. Presença de indicativos criminais. Inexistência de violação aos termos editalí-

cios do certame. Não violação do princípio da presunção de inocência. Segurança denegada. a) A “investigação social” e a exigência de boa conduta dos candidatos ao ingresso em cargos ou empregos públicos atende ao princípio constitucional da moralidade e, no caso de candidatos ao ingresso na carreira Policial Militar no Estado do Paraná, estão em consonância com a legislação pátria. Apelação Cível e Reexame Necessário n. 1565407-8 b) O objetivo do “exame de conduta” é aferir a existência, ou não, de “bons antecedentes” (lato sensu), e busca informar se o candidato merece, ou não, a confiança da sociedade e da Administração Pública, como possível futuro ocupante de cargo ou emprego públicos. c) Não pode o Judiciário se substituir à Banca Examinadora da Conduta Social dos candidatos ao cargo de policial militar, mormente quando a Banca observa os critérios previstos em Edital para o julgamento de contraindicação de candidato, não havendo que se falar em aplicação, mecânica e cega, desvinculada dos elementos fáticos do caso concreto, do princípio constitucional da presunção da inocência (ou da não culpabilidade). 2) Apelação Cível a que se dá provimento. Reexame necessário (conhecido de ofício) prejudicado.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1565407-8 - Curitiba - 5a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Leonel Cunha** - Fonte: DJ, 30.09.2016).

Servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico

Apelação Cível 01. Reenquadramento funcional de servidor inativo. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Permissivo legal reconhecido pelo STF. Necessidade de readequação conforme critérios objetivos. Prescrição do fundo de direito. Apelo provido. Apelação 02 e reexame necessário prejudicados.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1514191-6 - Araucária - 7a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Antônio Barry** - Fonte: DJ, 13.10.2016).

É devida a indenização decorrente de acidente ambiental

Ação de indenização. Pretensão fundada em acidente ambiental ocorrido no município de Morretes e que atingiu as baías de Paranaguá e Antonina. Rompimento do poliduto “olapa” e vazamento de óleo combustível. Parcial procedência do pedido. Insurgência das partes. Apelação da ré (1): entendimento pacificado pelo superior tribunal de justiça quanto (a) a responsabilidade objetiva, (b) a impossibilidade de sua exclusão por fato de terceiro, (c) a existência de dano moral indenizável, (d) a incidência de juros moratórios desde a data do evento danoso (REsp 1.114.398/PR, representativo da controvérsia). Teses que se aplicam de maneira uniforme aos demais casos análogos e semelhantes. Redução do valor fixa-

do a título de dano moral (dezesesse mil reais). Inviabilidade. Quantidade adequada aos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. Observância ao caráter pedagógico e punitivo da medida. Dano material. Modalidade de lucros cessantes correspondente a vinte e quatro meses de suspensão das atividades. Critério adequado. Apelação do autor (2): os honorários de sucumbência arbitrados em dez por cento sobre o valor da condenação se mostra adequado a remuneração dos profissionais ante a relativa complexidade da causa, a repetição de ações da mesma natureza, o que facilita o trabalho do advogado, a realização de instrução, e o tempo decorrido desde o ajuizamento até a sentença (mais de dez anos), não comportando minoração e nem majoração. Recursos não providos. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1566567-3 - Antonina - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Cezar Nicolau** - Fonte: DJ, 13.10.2016).

Juizado Especial Estadual da Fazenda Pública possui competência para processar e julgar a execução de honorários advocatícios de defensor dativo

Conflito negativo de competência. Juizado Especial Estadual da Fazenda e Juízo da Vara da Fazenda. Execução de decisão que concedeu honorários a advogado que atuou como dativo em ação penal. Ação ajuizada após 23.06.2015. Interpretação conjunta dos arti-

go 23 e 24 da Lei n. 12.153/2009. Competência absoluta dos juizados especiais da fazenda pública. Passou a ser de competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública as ações com valor da causa menor a 60 (sessenta) salários mínimos a partir de 23.06.2015 (cinco anos após a data em que a Lei 12.153/2009 entrou em vigor, qual seja, 23.06.2010). Vê-se que o artigo 2º, § 1º da Lei 12.153/2009 traz rol taxativo das matérias que não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, não estando prevista no mesmo a execução de honorários advocatícios de defensor dativo.

(TJ/PR - Confl. de Comp. Cível n. 1575701-4 - Maringá - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Mateus de Lima** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Licença-prêmio não usufruída pode ser convertida em pecúnia

Apelação Cível. Conversão de licença-prêmio não usufruída em pecúnia. Possibilidade. Direito adquirido do servidor. Natureza indenizatória. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1553475-5 - Maringá - 4a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Taro Oyama** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

São indevidas as horas extras ao motorista de ônibus escolar que não prova as horas extraordinárias

Apelação Cível - Servidor público - Motorista de ônibus esco-

lar - Pedido de pagamento de horas extraordinárias e adicional de insalubridade - Impossibilidade - Ausência de provas quanto às horas extraordinárias e inexistência de trabalho em condições insalubres - Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1485094-5 - Cidade Gaúcha - 3a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Marcos Sergio Galliano Daros** - Fonte: DJ, 03.10.2016).

Estado possui o dever de disponibilizar fármacos aos cidadãos hipossuficientes

Apelação cível e reexame necessário. Ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela. Concessão do medicamento “temozolomida” (temodal®) a paciente portadora de tumor cerebral (astrocitoma). Sentença que determinou o fornecimento da medicação requerida. Preliminares. Ilegitimidade passiva do ente público, considerando que a demanda versa sobre tratamento oncológico. Não acolhimento. Responsabilidade solidária pelo funcionamento do sistema único de saúde (SUS). Jurisprudência pacífica dos tribunais superiores. Enunciado n. 16 das 4ª e 5ª câmaras cíveis deste tribunal. Ademais, o fato de o SUS dispor de CACONs não exime o estado do dever de disponibilizar fármacos aos cidadãos hipossuficientes. Existência de litisconsórcio passivo necessário quanto à união. Tese afastada. Inexistência

de litisconsórcio necessário, nos termos propostos pelo recorrente. Além disso, o pedido formulado representa medida meramente protelatória, configurando-se como entrave à efetivação do direito à saúde. Impossibilidade jurídica do pedido. Argumento rejeitado. Ausência de obstáculo para que o poder judiciário, uma vez acionado, atue no sentido de concretizar direitos fundamentais, sem que isto represente ofensa aos princípios democrático e da separação de poderes. Mérito. Questionamento sobre a interpretação e o alcance que vem sendo conferidos ao art. 196 da Constituição Federal. Inviabilidade. Norma constitucional que não se resume ao caráter programático. Além disso, importante ressaltar que o estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários para que os cidadãos desfrutem, de maneira plena, do direito à saúde. Fármaco não previsto nas políticas públicas do SUS, especialmente no que tange aos protocolos clínicos. Fato que, por si só, não pode representar obstáculo na disponibilização do remédio almejado. Reserva do possível. Inaplicabilidade. Enunciado n. 29 das 4ª e 5ª câmaras cíveis deste tribunal. Ausência de provas sobre a insuficiência dos tratamentos oferecidos pelo SUS. Tese que não encontra respaldo na prova constante nos autos. Afastamento da condenação do Estado a arcar com as cus-

tas processuais. Impossibilidade. Pretensão que esbarra no enunciado n. 37 das 4ª e 5ª câmaras cíveis desta corte de justiça. Inexistência de confusão. Valores que compõem o Funjus, com destinação diversa em relação aos ativos e receitas do Estado do Paraná. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida em reexame necessário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1512645-1 - Londrina - 4a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Maria**

Aparecida Blanco de Lima - Fonte: DJ,

14.10.2016).

Poder Judiciário possui competência para determinar a reforma de cadeias públicas

Agravos. Decisões que indeferiram suspensão de liminar que determinou a interdição e a reforma de cadeia pública municipal. 1. Mera transferência do problema relativo à superlotação dos estabelecimentos penais. Inexistência de risco de dano insuportável ao interesse público. Possibilidade, pela situação de dano inverso aos presos, que ameaça a ordem, a economia e a saúde públicas. 2. Observância da resolução conjunta n. 003/2012. Estabelecimento que tem por pressuposto a existência de estabelecimentos que reúnam condições mínimas à existência humana. Dever de atendimento à constituição federal e à legislação aplicável que antecede o cumprimento de normas regulamentares. 3. Risco à ordem econômica. Obrigação de

reforma de estabelecimento carcerário. Alegações genéricas de lesão à economia pública. Suspensão de liminar que só ocorre diante da presença de risco concreto e insuportável ao interesse público. 4. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Inocorrência. Inafastabilidade da apreciação pelo poder judiciário das omissões do poder público relativas ao cumprimento de deveres constitucionais. Agravo não provido.

(TJ/PR - Agravo n. 1523739-5/01 - Bela Vista do Paraíso - Órgão Especial - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Roberto Vasconcelos** - Fonte: DJ, 22.09.2016).

É possível a decretação de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa

Agravo de Instrumento. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Possibilidade. Bem de família. Pequena propriedade rural. Ausência de provas acerca de que o imóvel é utilizado para sustento da família. Precedentes jurisprudenciais que permitem a decretação da indisponibilidade ainda que a propriedade se enquadre no conceito de bem de família. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1471665-5 - Ac. unânime - 4a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Regina Helena Afonso de Oliveira Portes** - Fonte: DJ, 17.10.2016)

Estado deve indenizar preso agredido em cadeia pública

Administrativo. Direito Civil. Processo Civil. Responsabilidade civil do Estado. Ação Indenizatória. Agressão de preso em cadeia pública por outros detentos. Ausência de prescrição. Fato a ser apurado por juízo criminal. Art. 200, CC. Agravo retido não provido. Responsabilidade objetiva do Estado. Teoria do Risco Administrativo. Pessoa sob a custódia do Estado. Medidas para garantir a integridade física do preso. Omissão. Dever previsto no artigo 5º, XLIX, CF. Nexo de causalidade. Constatado. Dano moral presumido. Cálculo da correção monetária. Índice alterado. *Quantum* indenizatório mantido. Observância às regras de razoabilidade e proporcionalidade. Agravo Retido não provido. Apelação Cível interposta pelo Estado do Paraná parcialmente provida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1542609-4 - Bandeirantes - 1a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Salvatore Antonio Astuti** - Fonte: DJ, 30.09.2016).

Município deve indenizar cidadão por queda em arquibancada

Responsabilidade civil. Apelação cível. Ação de indenização. Queda de arquibancada. Autora que sofreu fratura no fêmur e na bacia, além de lesão na parte auricular direita. Preliminares de ilegi-

timidade do município e de denúncia á lide. Decisão saneadora que decidiu as questões. Ausência de recurso cabível. Preclusão das matérias. Preliminares afastadas. Dano moral e estético comprovados. Omissão do município em fiscalizar a montagem da estrutura da arquibancada. Responsabilidade civil subjetiva configurada. Dever de indenizar. Valores fixados pelo magistrado singular a título de indenização pelos danos morais e estéticos mantidos. Juros de mora a partir do evento danoso. Aplicação da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. Honorários advocatícios fixados em percentual excessivo. Redução. Cabimento. Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1559781-2 - Marechal Cândido Rondon - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Silvio Vericundo Fernandes Dias** - Fonte: DJ, 13.10.2016).

Município deve indenizar aluno que teve olho perfurado durante a aula

Apelação cível indenização por dano material, moral e estético. Lesão ocular causada no interior de sala de aula em um aluno por outro. Arremesso de lápis durante a aula. Teoria do risco administrativo. Responsabilidade objetiva. Dever da escola pública em estabelecer procedimentos que impeçam, de modo absoluto, a lesão à integridade física dos alunos que estão sob sua guarda.

Omissão verificada. Nexo causal configurado. Obrigação da administração pela reparação do dano. Dano material. Pedido condicional. Impossibilidade. Necessidade de ser entregue pelo poder judiciário sentença certa. Violação ao art. 492, parágrafo único, do novo código de processo civil. Dano moral. Direito da personalidade. Integridade física. Dano *in re ipsa*. Comprovação prescindível. Fixação da indenização. Razoabilidade e proporcionalidade. Condições da vítima e extensão do dano. Capacidade do município. Valor estabelecido em R\$ 50.000,00.dano estético. Possibilidade de cumulação com dano moral. Causa que lhe dá ensejo, passível de identificação em separado. Dano imperceptível. Inexistência de dano a ser indenizado. Honorários advocatícios. Art. 85, §§ 2º e 3º e art. 86, ambos no novo Código de Processo Civil/2015. Redistribuição pro rata da sucumbência. Vedada a compensação e observada a gratuidade concedida. Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1542098-1 - Ponta Grossa - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Stewart Camargo Filho** - Fonte: DJ, 14.10.2016).

Casa noturna deve receber indenização por interrupção no fornecimento de energia elétrica

Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e mo-

rais. Casa noturna. Interrupção parcial no fornecimento de energia elétrica durante evento festivo. Queda de uma das fases de energia. Desligamento dos sistemas de som, de refrigeração de alimentos e bebidas e do ar condicionado. Danos morais à pessoa jurídica. Possibilidade. Comprovação. Honra objetiva maculada. Responsabilidade contratual. Correção monetária a partir do arbitramento da indenização (súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça). Juros moratórios a partir da citação (art. 405 do Código Civil brasileiro). Danos emergentes. Indenização indevida. Ausência de nexo de causalidade entre o ato ilícito e o defeito dos equipamentos. Lucros cessantes. Comprovação. Dever de indenizar reconhecido. Valor apurado a partir da média dos últimos eventos de mesmo porte. Responsabilidade contratual. Correção monetária a partir do evento danoso (súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça). Juros de mora a contar da citação (art. 405 do Código Civil brasileiro). Sucumbência. Redistribuição. Majoração de honorários. Pedido prejudicado. Apelo parcialmente provido. Recurso adesivo desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1531528-7 - Cascavel - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Vilma Régia Ramos de Rezende** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Protocolo clínico elaborado pelo Ministério da Saúde não vincula o poder público

Apelação cível e reexame necessário, conhecido de ofício. Ação ordinária para a defesa de direito indisponível. Fornecimento de medicamento a pessoa portadora de câncer no intestino. 1. Preliminar de necessidade de chamamento da união no polo passivo e conseqüente remessa dos autos à justiça federal. Pretensão que pode ser dirigida contra quaisquer dos entes da federação, em virtude da solidariedade da obrigação. Preliminar não acolhida. 2. Mérito. Alegação de que o medicamento não está inserido em protocolo clínico. Desnecessidade. Protocolos elaborados pelo ministério da saúde que servem apenas como parâmetro. Não vinculação do ente público. Medicamento devidamente prescrito por profissional da área da saúde. Reserva do possível. Inaplicabilidade. Dever do estado em garantir o direito à saúde, consagrado no artigo 196 da constituição federal. Interpretação e aplicação dos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade. Princípio da dignidade da pessoa humana que não encontra espaço no poder discricionário da administração pública. Inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes. Custas relativas ao cartório distribuidor e ao contador judicial. Serventia não oficia-

lizada. Custas devidas pelo estado. Recurso de apelação conhecido e desprovido, com redução da multa fixada, em sede de reexame neces-

sário, conhecido de ofício.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1160055-6 - 4a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Wellington Emanuel C. de Moura** - Fonte: DJ, 16.05.2014).

CIVIL

Transportadora possui responsabilidade por danos sofridos por passageira

Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Contrato de transporte. Lesões corporais sofridas por passageira. Fato de terceiro. Não exclusão da responsabilidade do transportador. Lesões leves. Dano moral caracterizado. Seguro. Exclusão expressa da cobertura do dano extrapatrimonial. Apelação provida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1460100-2 - Catanduvas - 10a. Câmara. Cív. - Rel.: Des. **Albino Jacomel Guerios** - Fonte: DJ, 06.10.2016).

É nula a assembleia de condomínio que visa destituir síndico sem a observância dos requisitos legais

Apelação. Ação declaratória de nulidade de assembleia condominial. Ofensa ao princípio da dialeticidade. Não constatado. Destituição irregular de síndico. Interesse do autor configurado. Inobservância aos requisitos previstos na convenção de condomínio para convocação de assembleia extraordinária. Declaração de nuli-

dade escorreita. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1502743-9 - Maringá - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ângela Khury Munhoz da Rocha** - Fonte: DJ, 06.10.2016).

É possível a capitalização de juros nos contratos realizados por instituições financeiras

Apelação Cível. Ação Revisional de Contrato c/c Repetição de indébito. Cobrança das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC) lícitude na hipótese concreta contrato firmado antes do início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007 Súmula 565 do STJ capitalização mensal de juros cabimento previsão de taxas anuais superiores ao duodécuplo das mensais suficiência súmula 541 do STJ recurso conhecido e desprovido sentença mantida. 1. A pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, é válida nos contratos bancários anteriores ao início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007, em 30/4/2008

(Súmula 565 do STJ). 2. É admitida a capitalização mensal de juros nos contratos celebrados por instituições financeiras após 31 de março de 2000, em virtude do disposto na MP n. 1.963-17/2000, e desde que haja pactuação expressa, o que se vislumbra quando a taxa anual é superior ao duocécuplo da mensal (Súmula 541 do STJ).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1535276-4 - Londrina - 6a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carlos Eduardo Andersen Espínola** - Fonte: DJ, 05.10.2016).

Plano de saúde deve custear medicamento para uso caseiro

Agravo de instrumento. Ação de obrigação de fazer com pedido de danos morais. Tutela provisória de urgência indeferida na origem. Operadora do plano de saúde que negou o fornecimento de medicamentos solicitados pelo médico responsável. Alegação de que o plano não está obrigado a custear medicamentos para uso caseiro. Descabimento. Jurisprudência desta corte. Alegação de que o rol da ANS é taxativo. Inocorrência.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1517343-2 - Curitiba - 8a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Clayton de Albuquerque Maranhão** - Fonte: DJ, 19.09.2016).

Mero descumprimento contratual não gera indenização por danos morais

Apelação Cível. Ação de reparação de danos materiais e morais.

Serviços de telefonia e internet. Má prestação dos serviços. Cobranças indevidas. Ameaças de negatização do nome do consumidor. Sentença de parcial procedência. Determinação de restituição dos valores indevidamente cobrados. Insurgência do autor em relação á improcedência quanto ao pedido de indenização por danos morais. Mero descumprimento contratual, falha na prestação dos serviços e cobranças indevidas inaptos a configurar dano moral indenizável. Suspensão indevida na prestação do serviço de telefonia fixa, por uma semana. Cancelamento indevido e perda do número telefônico há longa data utilizado pelo autor. Dano moral. Ocorrência. Reparação devida quanto a esses fatos. Recurso parcialmente provido. 1. Os transtornos inerentes às dificuldades no cancelamento de linhas telefônicas, no estorno de pagamentos indevidamente realizados ou na reclamação em relação a cobranças indevidas são inerentes ao cotidiano daquele que contrata serviços como os de telefonia e internet, não se traduzindo a má prestação dos serviços em ofensa moral passível de indenização. 2. De outro vértice, o corte na prestação de serviço de telefonia fixa e o cancelamento de seu terminal telefônico, tolhendo-o do uso do número que lhe pertencia havia uma década. Fatos tidos, corretamente, como incontroversos pelo magistrado sentenciante,

em face da ausência de impugnação específica de parte da requerida. Vem sendo considerados por este Tribunal como aptos a ensejar indenização a título de danos morais. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1531299-1 - Londrina - Ac. unânime - Rel.: Des. **Denise Kruger Pereira** - Fonte: DJ, 12.09.2016).

Consumidor deve ser indenizado por defeito reiterado em televisor recém-adquirido

Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais. Direito do consumidor. Compra de televisor. Defeito. Demora na entrega de outro aparelho, também com defeito. Dano moral excepcionalmente configurado. Peculiaridades do caso concreto. *Quantum* indenizatório. Manutenção. Índice da correção monetária. Alteração de ofício. Média INPC/IGP-DI. Juros de mora. Citação. Recursos desprovidos.

(TJ/PR. Ap. Cível n. 1519248-0. 9a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Domingos José Peretto** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

É necessário o recolhimento de direitos autorais na execução pública de obra literária, ainda que se trate de entidade não lucrativa

Apelação Cível. Ação ordinária de cumprimento de preceito legal com pedido de indenização por perdas e danos. Pedido julgado improcedente. Inteligência dos

artigos 29 e 68 da Lei 9.610/98. Execução pública de obras literárias. Obrigatoriedade da obtenção de prévia autorização junto ao ente fiscalizador. Recolhimento de direitos autorais. Obrigatoriedade independentemente da atividade não lucrativa da entidade. Precedentes. Inversão da sucumbência. Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1421059-2 - Cidade Gaúcha - 18a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Espedito Reis do Amaral** - Fonte: DJ, 04.10.2016).

Instituição financeira não se submete a disposições da Lei de Usura

Apelação cível. Ação revisional de contrato. Sentença de improcedência dos pedidos iniciais. Dos supostos juros negociados e da alegação de ofensa ao princípio da indelegabilidade. Teses não arguidas em primeiro grau. Inovação recursal. Não conhecimento. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Apelante que, intimado, deixa de requerer a produção de provas. Preclusão. Matéria unicamente de direito. Possibilidade de julgamento antecipado da lide. Limitação dos juros remuneratórios a 12% ao ano. Impossibilidade. Instituições financeiras que não ficam adstritas aos limites da lei de usura. Súmula 596/STF. Capitalização de juros. Formação de juros pelo método composto que não se confunde

com o anatocismo. Taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal. Possibilidade da cobrança da taxa efetiva anual contratada. Comissão de permanência. Ausência de demonstração de que tal encargo tenha incidido cumulado a outros encargos de mora. Comissão de permanência sequer prevista em contrato. “TAC” e “TEC”. Tarifas que não incidiram no contrato em análise. Tarifa de cadastro, ademais, que não se confunde com a tarifa de abertura de crédito (TAC). Precedentes. Cláusula que prevê o vencimento antecipado em caso de inadimplemento. Possibilidade. Disposição expressa no art. 2º, § 3º do decreto-lei n. 911/69. Impossibilidade de descaracterização da mora e necessidade de manutenção da sucumbência em virtude da total improcedência dos pedidos iniciais. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1572000-0 - Guarapuava - 14a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Fernando Antonio Prazeres - Fonte: DJ, 05.10.2016).

Aquisição de imóvel de pessoa casada em regime de comunhão parcial de bens necessita de outorga uxória

Agravo de Instrumento. Ação anulatória de ato jurídico. Decisão que concedeu a tutela antecipada para suspender os efeitos da transação celebrada entre o agravante

e a esposa do recorrido. Alegada ausência dos requisitos e a desnecessidade de outorga conjugal para a transação. Inocorrência. Examinado o preenchimento dos requisitos justificadores da antecipação. Comprovada a verossimilhança das alegações. Agravado que era a época da aquisição do imóvel casado em regime de comunhão parcial de bens. Necessidade da outorga uxória. Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Eventual venda do imóvel que pode causar relevante prejuízo ao patrimônio do agravado. Concedido benefício de assistência judiciária gratuita. Juntada declaração de hipossuficiência. Ausência de prova em contrário. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR. Ag. de Instrumento n. 1400124-4 - Curitiba - 7a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fernando Ferreira de Moraes** - Fonte: DJ, 06.09.2016).

Proprietário e possuidor de um imóvel pode se valer tanto das ações possessórias quanto das ações petitórias para se proteger quanto a eventual esbulho

Ação de reintegração de posse. Natureza possessória. Causa de pedir da inicial que é o exercício pretérito de posse. *Ius possessionis*. Proprietário que também é possuidor pode se valer das ações petitórias ou possessórias, à sua livre escolha, com diferentes requi-

sitos e consequências. Precedente. Conceito de posse. Art. 1.196 do CCB. Exercício de fato, pleno ou não, dos poderes próprios da situação proprietária. Autonomia entre posse e direito de propriedade. Requisitos da ação de reintegração de posse (art. 926 do CPC/73, equivalente ao art. 561 do CPC/15). Posse anterior. Necessidade de comprovação de que os autores exerciam posse quando da ocorrência do esbulho, existindo uma relação de causa e efeito entre a prática do esbulho e a perda de sua posse. Posse anterior não comprovada. Prova documental da qual não se pode extrair nem mesmo indícios suficientes do exercício pretérito e recente da posse. Indícios de que o terreno estava abandonado ou baldio. Documentos muito anteriores à ocorrência do esbulho. Escritura pública de compra e venda que pela natureza desta última (exercício de poderes no mundo dos fatos, efetivamente). Cláusula de transmissão da posse que não exime o adquirente de comprovar seu exercício pretérito pelo transmitente, assim como que após a transmissão ele (o adquirente) passou a exercê-la. Pagamento de tributos que não demonstra, por si, o exercício de posse. Existência de cobrança de taxas de limpeza de terrenos baldios dos autores. Prova testemunhal lacunosa e imprecisa. Nenhuma das testemunhas que sabiam informar do estado pretérito do imóvel liti-

gioso conhecia o autor. Duas delas disseram que o imóvel estava abandonado e que era o município e outros vizinhos que aparavam o mato e limpavam o lote. Não comprovação do exercício anterior de posse. Ônus dos autores (Art. 333, I, do CPC/73, equivalente ao art. 373, I, do CPC/15). Sentença reformada. Sucumbência invertida. Pedido julgado improcedente. Apelação 01 (do réu) provida. Apelação 02 (dos autores) prejudicada. 1. O conceito de posse no direito brasileiro, a par das discussões seculares entre as concepções subjetiva (Savigny) e objetiva (Ihering), é retirado diretamente do art. 1.196 do CCB, segundo o qual a posse é a manifestação no mundo dos fatos de um ou mais dos poderes, total ou parcialmente, que integram a situação jurídica proprietária, o que equivale a dizer que será possuidor todo aquele que efetivamente usar, fruir, dispuser e/ou reouver, mesmo que parcialmente, determinada coisa móvel ou imóvel (bem corpóreo). 2. O proprietário e possuidor de um imóvel pode se valer tanto das ações possessórias quanto das ações petitórias para se proteger quanto a eventual esbulho, sendo que sua escolha quanto a qual delas manejar, em razão de suas diferentes causas de pedir, influirá, justamente, nas matérias a serem avaliadas pelo juiz para os fins de julgamento da causa. 3. Se escolhida a via possessória, pouco

importará a titularidade real do bem, cabendo comprovar apenas o exercício anterior da posse e sua perda decorrente do esbulho praticado pelo réu. Na via petítória, por sua vez, bastará ao autor provar sua titularidade real sobre a coisa e a ausência de razão jurídica para que o réu detenha o bem, pouco importando a existência ou não de exercício anterior de posse por ele.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1518799-8 - Foz do Iguaçu - 17a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des.

Fernando Paulino da Silva Wolff Filho -

Fonte: DJ, 27.09.2016).

Falta de informação sobre o produto gera indenização ao consumidor

Apelação cível. Ação de indenização por dano material e moral decorrente de defeito do produto. Sentença de improcedência. Culpa exclusiva do consumidor. Recurso do autor. Ausência de informação acerca da limitação à instalação do produto em banheiros ou cozinha. Violação ao dever de informação. Art. 6º, III do CDC. Impossibilidade de presunção de culpa exclusiva do consumidor. Responsabilidade solidária de todos os integrantes da cadeia de fornecedores. Indenização devida. Juros de mora a partir da citação. Responsabilidade contratual. Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1531190-3 - Curitiba - 8a.

Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Gilberto**

Ferreira - Fonte: DJ, 03.10.2016).

Notificação do devedor é imprescindível para a constituição da mora em alienação fiduciária

Apelação Cível. Ação de busca e apreensão. Cédula de crédito bancário garantida com alienação fiduciária. Indeferimento da inicial. Extinção do processo sem resolução do mérito. Ausência de comprovação da mora. Emenda da inicial que não atendeu a determinação judicial. Notificação extrajudicial encaminhada para endereço diverso do constante no contrato. Requisito não preenchido. Súmula 72 do STJ. Precedentes. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido. “Entendimento assente deste Superior Tribunal no sentido de que, para a constituição do devedor em mora nos contratos de alienação fiduciária, é imprescindível a comprovação de encaminhamento de notificação ao endereço constante do contrato, bem como de seu efetivo recebimento”. (AgRg no AREsp 501.962/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 16/03/2015).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1561601-0 - Colombo

- 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Guilherme Freire de Barros Teixeira - Fonte:

DJ, 23.09.2016).

É impossível a revisão contratual na ação de prestação de contas

Prestação de contas. Segunda fase. Contrato bancário. Conta cor-

rente. Regra da imputação do pagamento. Art. 354 do CC. Cabimento. Norma cogente. Regra que só pode ser afastada mediante expressa determinação judicial ou convenção das partes. Tarifas. Pretensão de estorno. Simples alegação de falta de autorização de débito. Insuficiência. Ofensa ao princípio da dialeticidade não verificada. Revisão contratual. Impossibilidade em ação de prestação de contas. Juros remuneratórios e Tarifas. Pactuação demonstrada. Manutenção dos encargos contratados. Capitalização mensal de juros acusada de modo genérico. Incidência não demonstrada. Exclusão descabida. Sucumbência. Imputação ao vencido. Agravo retido e apelação não providos.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1579912-3 - Toledo - 15a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hamilton Mussi Corrêa** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Consumidor é indenizado por abordagem vexatória após falha do dispositivo de segurança da loja

Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Responsabilidade civil. Disparo de alarme antifurto. Ausência de remoção do dispositivo de segurança pela loja. Abordagem vexatória. Aplicação do CDC. Prova testemunhal. Falha na prestação do serviço. Configurada. Danos morais constatados. Sentença reformada recurso de apelação parcialmente provido.

(TJ/PR. Ap. Cível n. 1555242-4. Cascavel - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

José Augusto Gomes Aniceto - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Consumidor cujo fatura do cartão foi descontada indevidamente receberá indenização por danos morais

Apelação cível. Ação de inexigibilidade de débito c/c repetição de indébito e danos morais. Contrato bancário. Desconto indevido na folha de pagamento da autora. Débito referente ao cartão de crédito. Dívida anteriormente quitada. Retenção indevida. Devolução do valor. Danos morais cabíveis. Aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Redução do *quantum*. Sentença reformada em parte. Apelação conhecida e parcialmente provida.

(TJ/PR. Ap. Cível n. 1482964-0 - Londrina - 13a. Câ. Cív. - Ac. unânime. Rel.: Des. **Josély Dittrich Ribas** - Fonte: DJ, 30.09.2016).

Consumidor deve reclamar de vício oculto em bem durável no prazo de noventa dias da ciência da avaria

Ação de desfazimento de negócio jurídico cumulada com pedido de devolução de valores e indenização por danos morais. Defeito no produto. Celular. Declaração de decadência. Art. 26, II, § 3º do CDC. Dano moral. Inexistência. Sentença mantida. Recurso desprovido. 1. Em caso de existência de vícios ocultos

em bem durável, o prazo para reclamação é de noventa dias contados do momento em que ficam evidenciados (CDC, art. 26, inc. II, e § 3º). 2. Não há dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem abalo à honra do autor (REsp 664.115/AM, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, terceira turma, julgado em 02/05/2006, DJ 28/08/2006, p. 281). (TJ/PR. Ap. Cível n. 1560820-1 - Castro - 17a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lauri Caetano da Silva** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Em que pese a doação do imóvel, as taxas condominiais possuem natureza propter rem

Apelação cível. Embargos de terceiro opostos em ação de cobrança de taxas condominiais em fase de cumprimento de sentença. Título judicial formado em face dos antigos proprietários, que ainda constam como tais da matrícula do imóvel. Negócio jurídico de doação em favor das atuais possuidoras que nunca foi levado a registro. Insurgência das donatárias contra a penhora do bem imóvel na fase executiva. Regularidade da penhora. Obrigação de natureza *propter rem*. Unidade imóvel que garante a satisfação da obrigação condominial gerada por ela. Efeitos da sentença que alcançam o adquirente (art. 42, § 3º, CPC/73). Ausência das apelantes possuidoras no polo passivo da fase de conhecimento da ação de cobrança que não afasta a

possibilidade de penhora do imóvel no cumprimento de sentença. Ausência de registro da doação na matrícula e de cientificação do condomínio quanto à realização do negócio. Embargantes que pretendem se beneficiar da própria torpeza em detrimento da coletividade condominial. Constrição mantida. Decisão escorreita. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1506935-3 - Curitiba - 10a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Lilian Romero** - Fonte: DJ, 06.10.2016).

Inexiste dever de indenizar quando a reportagem jornalística não excede o animus narrandi

Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais. 1. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. 2. Matéria jornalística. Liberdade de imprensa “versus” direitos à honra e à imagem. Danos morais. Não configuração. Observância do “animus narrandi”. Inexistência de excesso. Ampliação da liberdade de informação jornalística quando evidente o interesse público da matéria transmitida. Ausência de obrigatoriedade de a equipe de jornalismo diligenciar exaustivamente o evento a ser noticiado. Atribuição da polícia judiciária. Sentença reformada. Sucumbência invertida. Honorários advocatícios.

Retificação. Fixação equitativa, nos moldes do que previa o § 5º, do artigo 20, do Código de Processo Civil de 1973. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1486290-1 - Primeiro de Maio - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luis Sérgio Swiech** - Fonte: DJ, 14.09.2016).

Devedor deve juntar prova de que o credor se recusou injustificadamente a receber o valor consignado

Apelação cível. Ação de consignação em pagamento. Recusa do credor. Prova. Ausência. Ônus do devedor. Descumprimento. Encargos sucumbenciais. Assistência judiciária. Suspensão da exigibilidade. Sentença. Manutenção. 1. Incumbe ao devedor provar a recusa injustificada do credor em receber valor consignado. 2. A concessão do benefício da assistência judiciária não impede a condenação ao pagamento dos encargos sucumbenciais, que tem sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 12, da Lei n. 1060/50.3. Apelação cível conhecida e não provida.

(TJ/PR. Ap. Cível n. 1571326-5 - Cascavel - 15a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Carlos Gabardo** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Indenização do seguro DPVAT deve ser proporcional à extensão do dano

Apelação Cível. Seguro obrigatório DPVAT. Invalidez permanente parcial. Indenização

calculada de acordo com o percentual de incapacidade. Atualização monetária do capital segurado. Possibilidade. Termo inicial. Data do evento danoso. Entendimento firmado no STJ, em recurso repetitivo. Sentença reformada no ponto. Recurso parcialmente provido. 1. A indenização do seguro obrigatório DPVAT deve, em caso de invalidez parcial e permanente, ser paga proporcionalmente à extensão da lesão, sendo correta a utilização da tabela do CNSP para redução proporcional da cobertura, independentemente da data do fato. Inteligência da Súmula 474 do STJ, e orientação consolidada no REsp n. 1.303.038. RS. 2. Para os fins do art. 543-C do CPC: “A incidência de atualização monetária nas indenizações por morte ou invalidez do seguro DPVAT, prevista no § 7º do art. 5º da Lei n. 6194/74, redação dada pela Lei n. 11.482/2007, opera-se desde a data do evento danoso”. (STJ. REsp 1483620/SC, DJe 02.06.2015).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1568107-5 - Ivaiporã - 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Lopes** - Fonte: DJ, 13.10.2016).

Cumpridos os requisitos da usucapião, é irrelevante se a área possui tamanho inferior ao módulo rural

Apelação Cível. Ação de usucapião extraordinário. Prenchimento dos requisitos do *caput* do artigo 1.238 do Código Civil. Inversão da

sucumbência. Sentença reformada. 1. Trata-se da usucapião prevista no caput do artigo 1.238, que tem o prazo de 15 (quinze) anos de posse, dispensando, portanto, a comprovação de moradia habitual ou realização de obras e serviços de caráter produtivo. 2. A escritura pública juntada nas sequências 1.8 e 1.9, bem como o contrato de cessão de direitos possessórios e hereditários de sequência 1.10, somados a declaração da testemunha Ivone permitem concluir sem sombra de dúvidas que o autor/apelante mantém a posse da área pleiteada há mais de 15 (quinze) anos, sendo a posse somada a de seus antecessores. 3. Conforme mencionou a testemunha, nunca ninguém se opôs a posse do autor e de seus antecessores sobre a área, o que é também comprovado pelas certidões negativas juntadas nas sequências 1.14 a 1.16.4. O fato de imóvel possuir área inferior ao módulo rural não impede a declaração de sua propriedade quando cumpridos os requisitos para a usucapião. 5. Diferentemente do que fundamentou o Magistrado, a área atende sim sua função social, tanto que a testemunha Ivone declarou que existe no local árvores frutíferas que são cultivadas pelo autor/apelante. E mesmo que não houvesse essa comprovação, o artigo 1.238, *caput*, do Código Civil, não exige a comprovação acerca da função social da propriedade

pela moradia ou uso econômico do imóvel, como ocorre no caso do parágrafo único do mesmo artigo ou na usucapião constitucional rural. 6. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1545796-4 - São José dos Pinhais - 18a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Marcelo Gobbo Dalla Dea** - Fonte: DJ, 07.10.2016).

Ocupação irregular de imóvel permite o deferimento da imissão na posse ao proprietário

Direito Civil e Processual Civil. Agravo de instrumento. Ação de despejo. Execução provisória da sentença de despejo (art. 64, da lei 8.245/91). Notificação para desocupação do imóvel não cumprida. Ocupação do imóvel por terceiro, estranho à relação locatícia. Ocupação irregular em razão da vedação à sublocação e rescisão do contrato de locação. Imissão na posse. Possibilidade. Decisão reformada. Recurso provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1506856-7 - Campo Largo - 12a. Câ. Cív. - Rel.: Des. **Mário Helton Jorge** - Fonte: DJ, 17.10.2016).

Atraso no conserto de veículo zero quilômetro impõe o desfazimento do negócio

Agravo de Instrumento. Ação de rescisão de contrato c/c reparação de danos materiais e morais.

Compra de veículo automotor zero quilômetro, mediante pagamento a vista e financiamento do valor remanescente. Vício do produto. Incidência do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Desfazimento do negócio e restituição imediata da quantia paga à vista à agravada, monetariamente atualizada, que se impõe. Atraso superior a 30 dias no conserto. Inviabilidade, por outro lado, do pedido para ser imposta às agravadas a obrigação de pagar as parcelas remanescentes do contrato porque a instituição financeira não integra a lide e porque eventuais prejuízos ao consumidor podem ser resolvidos em perdas e danos. Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR. Ag. de Instrumento n. 1391888-2 - Cascavel - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Mario Nini Azzolini** - Fonte: DJ, 07.10.2016).

Em contrato bancário é irregular a capitalização mensal de juros não pactuada pelas partes

Apelação cível. Ação monitoria. Embargos. Contrato de abertura de conta corrente. Crédito parcelado. Agravo retido. Inversão do ônus da prova desnecessidade. Prova pericial desnecessidade. Cerceamento de defesa. Não verificado. Capitalização mensal de juros. Ausência de pactuação. Irregularidade. Restituição de valores de forma simples. Juros remun-

neratórios. Quando ausente pactuação expressa. Limitação na taxa média de mercado. Comissão de permanência. Indevida. Ausência de contratação. Correção monetária. Fixação pelo CDI. Ausência de interesse recursal. Tac e Tec. Ausência de pactuação. Incidência indevida. Taxas e tarifas. Não comprovada autorização contratual. Impossibilidade de cobrança de acordo com as normas do Bacen. Lançamentos de débito em proveito do autor. Mantidos. Sob pena de enriquecimento ilícito. Exclusão de tarifas específicas. Inovação recursal. Pedido não conhecido. Sucumbência adequação. 01. A incidência da capitalização mensal de juros deve ser afastada, pois não expressamente pactuada no caso dos autos 02 “Permanece válida a Tarifa de Cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira”. (2ª Tese firmada no julgamento do Recurso Especial n. 1.251.331/RS, realizado em 28/08/2013, para efeitos do art. 543-C do CPC). 03. Não comprovada a pactuação da taxa de juros a ser adotada, aplica-se a taxa média de mercado em atenção as regras dos arts. 112 e 113, do CC. 04. A cobrança de tarifas e taxas pela prestação de serviços por instituição financeira deve ser prevista no contrato ou expressa e previamente

autorizada ou solicitada pelo correntista, ainda que de forma genérica” (Súmula 44 TJ) Agravo retido desprovido. Apelação cível parcialmente conhecida e na parte conhecida parcialmente provida.

(TJ/PR. Ap. Cível n. 1514900-5 - Maringá - 16a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Cezar Bellio** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Não provada a má-fé do credor, a devolução dos valores cobrados pode ser dar de forma simples

Apelação cível. Ação revisional de contrato. Em- préstimo pessoal. Parcial procedência do pedido inicial. 1. Cerceamento de defesa. Nulidade da sentença. Inocorrência. Desnecessidade de realização de prova pericial. Documentação que se revela idônea e suficiente para o julgamento antecipado da lide. 2. Suposta capitalização indevida de juros. Inocorrência. Previsão contratual de taxa nominal e efetiva. Método composto de formação do encargo. Cálculo matemático que não se confunde com anatocismo. Interpretação oriunda do julgamento de caso paradigma pelo STJ. REsp n. 973.827/RS. consumidor atraído pela parcela cujo valor foi previamente fixado. Princípio da boa-fé objetiva. Art. 422 do Código Civil. O método composto de formação de juros não implica anatocismo e, ademais, o consumidor celebrou o contrato atraído pela parcela cujo valor, além de fixo, era de seu prévio conhecimento.

3. Comissão de permanência. Falta de interesse processual. Tarifa não pactuada Falta interesse processual à pretensão de revisar encargo contratual não pactuado. 4. Tarifas administrativas. Serviços de terceiros. Avaliação do bem. Seguro. Inovação recursal. Recurso não conhecido. As questões que não foram suscitadas e discutidas no Juízo de origem, não podem serem conhecidas, sob pena de inobservância ao princípio do duplo grau de jurisdição. 5. Repetição do indébito em dobro. Impossibilidade. Ausência de prova da má-fé do credor. Inaplicabilidade do disposto no art. 42, parágrafo único, do código de defesa do consumidor. Devolução na forma simples. A devolução dos valores cobrados indevidamente deve ser realizada na forma simples, e não em dobro, porquanto não provada a má-fé do credor. Recurso parcialmente conhecido, e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1576305-6 - São José dos Pinhais - 18a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Pericles Bellusci de Batista Pereira** - Fonte: DJ, 07.10.2016).

Reconhecida a validade de contrato de concessão comercial verbal entre as partes

Apelação cível. Ação de resolução de contrato de concessão comercial c. c. indenização. Sentença de improcedência. Contratação verbal afirmada pela autora, confessada pela ré e incontroversa. Suficiência,

no caso em exame, mesmo em falta de contrato por escrito. Inexistência de solenidade incontornável para tal reconhecimento. Inteligência do art. 20 da Lei 6.729/79. Precedente da câmara. Decretação da rescisão de contrato por prazo indeterminado por culpa da ré que restou não recorrida. Pleito condenatório embasado no art. 24, incisos I e III da Lei Ferrari a preconizar 2 hipóteses prefixadas de indenização. Aplicabilidade. Requisitos da responsabilidade civil aperfeiçoados. Ausência de excludentes. Apuração em oportuna fase de liquidação. Redistribuição dos ônus da sucumbência. Fixação da verba honorária. Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1523246-5 - Francisco Beltrão - 7a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Ramon de Medeiros Nogueira** - Fonte: DJ, 29.09.2016).

Posse justa caracteriza-se pela ausência de violência, clandestinidade e precariedade

Apelação cível. Processo civil. Civil. Ação de rescisão contratual c/c reintegração de posse e perdas e danos. Compromisso de compra e venda de imóvel. Lote urbano. Direito à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis e retenção do imóvel até o efetivo pagamento decorrente de lei. Laudo pericial com o valor devido pelas benfeitorias necessárias e úteis, descontando o valor que será utilizado para regularização do imóvel junto ao

órgão governamental. Possibilidade de verificação em sede de cumprimento de sentença. Pleito de fixação de perdas e danos equivalentes a alugueres com base em parecer do mercado. Laudo unilateral. Valor que não vincula o juízo. Pedido de exclusão dos juros de mora incidente sobre os valores a serem restituídos aos apelados. Acolhimento. Mora dos compradores-apelados. Impossibilidade de condenação da vendedora-apelante nesse sentido. Incidência apenas de correção monetária. Recurso parcialmente provido. 1. A posse justa é aquela exercida de forma não violenta, não clandestina e não precária, nos termos do artigo 1.200 do Código Civil. 2. A posse de boa-fé é presumida. O exercício da posse se caracteriza como de boa-fé enquanto o possuidor ignora vício ou obstáculo que impedem sua aquisição, consoante o artigo 1.201 do Código Civil. 3. Cessa a boa-fé a partir do momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor tomou conhecimento do vício ou obstáculo que o impedia de possuir a coisa. Inteligência do artigo 1.202 do Código Civil. 4. A constituição em mora que torna a posse injusta (precariedade) e deve ser considerada como marco para compensação equivalente a alugueres pelo uso indevido da coisa.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1489667-4 - 6a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Roberto Portugal Bacellar** - Fonte: DJ, 13.10.2016).

União estável não é equiparada ao casamento

Incidente de declaração de inconstitucionalidade. Suscitado pelo órgão fracionário desta corte de justiça. Artigo 1790, inciso II, do Código Civil. Inquinada afronta ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal. Alegação. Tratamento diferenciado ao companheiro sobrevivente e ao cônjuge supérstite. Afronta ao princípio da isonomia. Tese afastada. Reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar. Não equiparação ao matrimônio. Casamento, “cédula-mater” da sociedade, não tem, integral similitude com o instituto da união estável. Institutos autônomos. Constituinte que determinou a facilitação da conversão da união estável em casamento. Inexistência de mesmo status hereditário para companheiro e cônjuge. Regulamentação da ordem sucessória. Ausência de prejudicialidade à entidade familiar da união estável cuja proteção constitucional permanece intacta. Inexistência de mácula de inconstitucionalidade. Incidente desprovido com a remessa dos autos à c. 12ª câmara cível para o julgamento do agravo de instrumento.

(TJ/PR - Inc. de Decl. de Inconstitucionalidade n. 878130-2/02 - Curitiba - Órgão Especial - Rel.: Des. **Robson Marques Cury** - Fonte: DJ, 01.12.2014).

Não é nula a transmissão de posse sem escritura pública

Apelação cível. Reintegração de posse. Transmissão da posse mediante instrumento particular. Cessão de posse que não depende de instrumento público. Acervo probatório que afasta a tese de servidão. Alegação de erro substancial não comprovada. Pedido de assistência judiciária gratuita indeferido. Recurso devidamente preparado. Benefício com efeitos futuros que não suspende a exigibilidade da condenação pela sucumbência realizada na sentença. Impossibilidade de sancionamento por litigância de má-fé. Mera improcedência das alegações não configura ilícito processual. 1. A transmissão da posse não exige escritura pública, não havendo que se falar em nulidade do negócio jurídico. 2. Não comprovada a alegação de constituição de servidão de passagem, o pedido de reintegração de posse merece provimento. 3. Não comporta deferimento o pedido de assistência judiciária gratuita em grau recursal quando a parte realizou o recolhimento do preparo. Eventual concessão do benefício produz efeitos futuros e não impede a exigibilidade da condenação das verbas sucumbenciais realizada pela sentença. 4. A aplicação de penalidades por litigância de má-fé somente é cabível em hipóteses de constatado desvio na atuação das

partes, não na simples improcedência de suas alegações. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1572508-1 - Campo Largo - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

Rosana Amara Girardi Fachin - Fonte: DJ, 07.10.2016).

Utilização de serviços de TV e rádio por assinatura isentam hotel de efetuar pagamento de direitos autorais

Direito da propriedade intelectual. Ação de cumprimento de preceito legal. ECAD. Responsabilidade solidária do sócio. Expressa previsão legal (art. 110 da Lei Federal n. 9.610/1988). Utilização de aparelhos de televisão em quartos de hotel. Inocorrência de fato gerador do recolhimento de direitos autorais quando os canais oferecidos decorrem de plano de tv por assinatura. Precedentes do STJ. Sentença reformada. 1. “A disponibilização de sinal de rádio e televisão dentro dos quartos de um hotel não isenta o estabelecimento do pagamento de direitos autorais, exceto se são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos.” (EDcl no REsp 1.044.345/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, quarta turma, julgado em 4/2/2010, DJe de 11/2/2010) 2. Recurso de apelação conhecido e parcialmente pro-

vido, recurso adesivo prejudicado. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1530734-1 - Maringá - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Muggiati** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Convivência afetiva com o pai registral não impede a investigação da paternidade

Embargos de Declaração. Ação de investigação de paternidade. Alegação de omissão na decisão embargada. Possibilidade de investigação de vínculo genético ainda que o filho tenha pai registral e convivência afetiva com ele. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Decisão fundamentada. Pretensão de alteração do julgado que lhe foi desfavorável. Embargos de declaração rejeitados.

(TJ/PR - Embs. de Declaração n. 1332260-0/01 - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Sigurd Roberto Bengtsson** - Fonte: DJ, 18.10.2016).

É possível o deferimento do direito de retenção dos autores até a efetiva indenização das benfeitorias

Ações de revisão e de rescisão contratual. Compromisso de compra e venda de lote. Inadimplemento dos promissários compradores. Mora comprovada. Procedência do pedido de rescisão. Reintegração de posse. Direito de retenção e à indenização por acessões e benfeitorias.

Cabimento. Eventuais obras clandestinas. Custos, de regularização ou de demolição, a serem deduzidos da indenização. Valores devidos pelo promitente comprador em razão da ocupação do imóvel. Termo inicial: posse injusta. Data do inadimplemento. Termo final: efetiva desocupação. Vedação ao enriquecimento ilícito. Direito de retenção e indenização pelo uso do imóvel. Ausência de incompa-

tibilidade. Precedentes desta corte. Enunciados 10 e 11. Afronta não verificada. Pedido de redistribuição da sucumbência na ação revisional. Improcedência. Parcial provimento dos apelos interpostos na ação de rescisão de contrato. Provimento negado ao recurso interposto na ação revisional.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1303123-7 - 18a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Vitor Roberto Silva** - Fonte: DJ, 18.10.2016).

CRIMINAL

Decisão de pronúncia não deve afastar qualificadoras

Recurso em Sentido Estrito - Pronúncia - Pedido de reconhecimento do privilégio previsto no § 1º, do art. 121 do CP (homicídio privilegiado) - Impossibilidade - Causa de diminuição de pena que deve ser submetida ao crivo dos jurados - Afastamento das qualificadoras previstas nos incs. II, III e VI do § 2º do art. 121 do CP - Não acolhimento - Conjunto probatório apto a sinalizar a possível incidência - Recurso desprovido. 1. Por versar o privilégio previsto no § 1º, do artigo 121, do CP, sobre matéria de competência exclusiva do Tribunal do Júri, é vedado ao prolator manifestar-se sobre sua existência ou não, cabendo seu reconhecimento ao Júri Popular. 2. Deve-se deixar ao

Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite prematuramente afastar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes, o que não está a ocorrer *in casu*. 3. O homicídio, possivelmente animado por ciúmes pode caracterizar a motivação fútil apregoada para fins de qualificação nos termos do artigo 121, § 2º, II, do Código Penal, cabendo ao Júri avaliar a questão.

(TJ/PR - Rec. em Sentido Estrito n. 1542012-1 - Paranacity - 1a. Câmara. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antonio Loyola Vieira** - Fonte: DJ, 29.09.2016).

Termo a quo da concessão da progressão de regime é a recaptura do reeducando

Processo Penal. Agravo em execução. Unificação de penas. Termo

inicial para obtenção de livramento condicional e progressão de regime. Decisão agravada que considerou, tanto para o livramento condicional, quanto para a progressão de regime, a data da decisão de somatório das penas (03/12/2015). Ausência de previsão legal quanto à alteração da data-base para o livramento condicional. Súmula n. 441 do superior tribunal de justiça. Termo “a quo” a ser considerado é o dia da primeira prisão do reeducando. Início do cômputo do requisito objetivo para a progressão de regime. Prática de crime doloso é considerada falta grave. Art. 52 recurso de agravo n. 1.514.039-1, da 3ª câmara criminal fls. 2/28 da Lei de Execução Penal. Reconhecimento da falta grave que prescinde do trânsito em julgado de sentença condenatória. Súmula n. 526 do Superior Tribunal de Justiça. “Bis in idem” na consideração do trânsito em julgado como causa interruptiva da progressão de regime. Fixação da data da recaptura do reeducando como termo “a quo” para cômputo do requisito objetivo à concessão da progressão de regime. Reforma da decisão. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ag. em Execução n. 1514039-1 - Foz do Iguaçu - Ac. unânime - Rel.: Des. **Arquelau Araujo Ribas** - Fonte: DJ, 28.09.2016).

Posse de chip de celular constitui falta grave

Agravo em execução penal - Homologação de falta grave e

regressão de regime - Decisão fundamentada - Posse de chip de aparelho de telefone celular - Falta disciplinar de natureza grave - Artigo 50, inciso VII, da LEP - desnecessidade de realização de perícia para atestar o seu funcionamento - Desclassificação para falta média - Impossibilidade - Decisão mantida - Recurso desprovido.

(TJ/PR - Agravo em Exec. Penal n. 1513072-2 - Foz do Iguaçu - 4a. Câ. Crim. - Rel.: Des. **Carvilio da Silveira Filho** - Fonte: DJ, 19.09.2016).

Dependência química não afasta a responsabilidade penal do agente

Penal e processual penal. Apelação crime. Roubo duplamente majorado pelo emprego de arma e concurso de pessoas. Sentença condenatória. Insurgência da defesa. Pleito absolutório com fulcro no artigo 26 do Código Penal. Alegação de dependência química que, por si só, não é suficiente para isentar o agente de pena. Inimputabilidade não comprovada nos autos. Confissão extrajudicial do réu e palavra da vítima que demonstram a consciência da ilicitude da conduta. Condenação que se mostra impositiva. Dosimetria da pena. Pedido de afastamento da majorante de emprego de arma. Não apreensão e perícia do artefato. Desnecessidade. Uso de arma de fogo atestado pela vítima. Prova suficiente. Precedentes desta corte e

dos tribunais superiores. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido com expedição de mandado de prisão para que se inicie imediatamente o cumprimento da pena imposta. I - Para que reste configurada a inimputabilidade nos termos do artigo 26 do Código Penal, necessário demonstrar a incapacidade de compreensão da antijuridicidade da conduta ao tempo da ação, bem como a incapacidade para se autodeterminar conforme a compreensão da antijuridicidade. II - A mera alegação de dependência química não é suficiente para isentar o agente criminoso de sua responsabilidade penal, especialmente quando o conjunto probatório demonstra que o acusado, ao tempo da ação, não estava impossibilitado de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. III - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. IV - Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal restaurou o tradicional entendimento, no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de

inocência, é possível determinar a expedição imediata de mandado de prisão e guia de recolhimento provisória.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1557502-3 - Curitiba - 4a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Celso Jair Mainardi** - Fonte: DJ, 19.09.2016).

Dispensada a fiança quando o acusado não possui recursos econômicos

Habeas Corpus - Crime de embriaguez ao volante (art. 306, CTB) - Liberdade provisória concedida mediante fiança - Dispensa de pagamento - Paciente desprovido de recursos econômicos - Comprovação nos autos - Exegese do art. 325, § 1º, I, c/c o Art. 350, *caput*, ambos do CPP - Ordem concedida.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1580050-5 - Assis Chateaubriand - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Clayton Coutinho de Camargo** - Fonte: DJ, 04.10.2016).

Feito complexo com vários réus admite instrução mais demorada sem configurar excesso de prazo

Habeas Corpus crime. Delitos de roubo majorado (Código Penal, art. 157, § 2º, incisos I e II) e corrupção de menores (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 244-B). Prisão preventiva. Excesso de prazo. Não configuração. Princípio da razoabilidade. Feito complexo, com mais de um crime, de diversas naturezas, e com pluralidade de réus, que justifica eventual

demora da instrução processual. Segregação cautelar que se mostra necessária. Ordem denegada.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1242092-3 - Curitiba - 4a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fernando Wolff Bodziak** - Fonte: DJ, 20.08.2014).

Exequibilidade da cobrança de custas é matéria a ser discutida no juízo da execução

Apelação Crime - Art. 33, da Lei 11.343/06 - Tráfico ilícito de entorpecentes - Preliminarmente - Justiça gratuita - Processo crime - Parte não conhecida - Matéria afeta ao juízo da execução - Precedentes - Pedido de absolvição - Autoria e materialidade comprovadas - Palavra dos policiais - Conjunto probatório seguro - Impossibilidade de desclassificação para usuário - Redução do patamar de aumento da reincidência - Manutenção da pena de multa. I - A exequibilidade ou não da cobrança das custas, que não se confunde com a condenação em pagá-las, é matéria de competência do Juízo da Execução e só lá deve ser considerada, não na sentença condenatória. II - “[...] O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, ainda mais quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória. A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita.” (TJPR - Apelação Criminal

n. 636548-0 - 4ª Câm. Criminal - Rel. Des. Miguel Pessoa - DJ 27.08.2010) (TJPR - 3ª C. Criminal - AC - 1314864-0 - Curitiba - Rel.: Ângela Regina Ramina de Lucca - Unânime - J. 08.10.2015) III - “[...] Admite-se acréscimo diferente de 1/6 (um sexto) pela reincidência desde que se explicitem as razões da escolha do percentual, o que não se verifica na hipótese. Destarte, imperiosa a redução, de ofício, do *quantum* de aumento pela agravante. [...]” (TJPR - 3ª C. Criminal - AC - 1228390-2 - Ponta Grossa - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - J. 09.04.2015). Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido.

(Ap. Criminal n. 1509456-9 - Ponta Grossa - 3a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Gamaliel Seme Scaff** - Fonte: DJ, 04.10.2016).

Inexiste nulidade na intimação por edital de réu que responde ao processo em liberdade

Habeas corpus crime. Sentença condenatória transitada em julgado. Intimação da sentença. Sentenciado não encontrado no local informado nos autos. Intimação via edital. Réu que estava respondendo ao processo em liberdade. Liberdade provisória. Ausência de nulidade na intimação por edital. Constrangimento ilegal não verificado. Leitura de intimação realizada pelo defensor dativo. Trânsito em julgado. Execução definitiva. Ordem denegada.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1547340-0 - Curitiba - 3a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des.

João Domingos Kuster Puppi - Fonte: DJ, 31.08.2016).

Segregação preventiva pode basear-se na garantia da ordem pública, na prova da existência do crime e em indícios de autoria

Ação de *Habeas Corpus* - Tráfico ilícito de droga - Prisão preventiva - Presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal - Ausência de fundamentação não evidenciada - Violação ao princípio constitucional da presunção de inocência - Inocorrência - Substituição por medidas cautelares diversas - Insuficiência - Constrangimento ilegal não caracterizado - Ordem denegada. A necessidade de garantir a ordem pública, aliada à prova da existência do crime e aos satisfatórios indícios quanto à autoria, é fundamento suficiente para a decretação da segregação preventiva. A custódia processual não viola o princípio da presunção de inocência quando há nos autos elementos que justificam a medida excepcional. Inaplicável qualquer limitação cautelar diversa da segregação, ante a necessidade de manter a acusada afastada da sociedade. Ordem denegada.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1573295-3 - Arapongas - 5a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jorge Wagih Massad** - Fonte: DJ, 07.10.2016).

Embriaguez ao volante é crime de mera conduta e de perigo abstrato

Apelação crime. Embriaguez ao volante. Artigo 306 da Lei n. 9.503/97. Pleito absolutório. Crime de mera conduta e de perigo abstrato, sendo dispensada a prova de qualquer resultado naturalístico. Teste do bafômetro realizado. Depoimentos policiais válidos como prova. Recurso conhecido e negar provimento.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1553797-6 - Campo Mourão - 2a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Carlos Dalacqua** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Ocorrendo a unificação das penas, a data-base para a progressão de regime e livramento condicional conta-se a partir da data da última prisão

Recurso de agravo. Execução penal. Progressão de regime e livramento condicional. Superveniência de nova condenação. Unificação das penas. Data-base para obtenção de benefícios no modo de cumprimento da pena. Contagem a partir da data da última prisão para a progressão e do início de cumprimento da pena para o livramento condicional. Súmula 441 do STJ. Agravo conhecido e provido.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1513899-3 - Foz do Iguaçu - 3a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Cichocki Neto** - Fonte: DJ, 13.10.2016).

Não é possível aplicar o princípio da insignificância para réu reincidente no mesmo crime

Apelação Criminal - Furto (art. 155 - *caput*) - Sentença condenatória - Nulidade da oitiva das testemunhas de acusação ante a ausência dos réus - Afastada - Réus devidamente representados na audiência - Acesso a gravação dos depoimentos - Cerceamento de defesa e prejuízo não caracterizado - Pleito pela absolvição ante princípio da insignificância - Reincidência e reiteração delitiva afastam a aplicabilidade do princípio da intervenção mínima - Condenação que se impõe - Mudança do regime de cumprimento da pena - Impossibilidade - Réus reincidentes e *quantum* da pena - Regime semiaberto mantido - Recurso conhecido e desprovido por unanimidade. 1. É inaplicável o princípio da insignificância, para réus reincidentes em crime de mesma espécie em razão da reprovabilidade de sua conduta de reiterada prática delitiva.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1461513-3 - Curitiba - 5a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des.

José Laurindo de Souza Netto - Fonte: DJ, 12.09.2016).

Não é possível a fixação de pena substitutiva como condição do regime aberto

Apelação Crime. Embriaguez ao volante e desacato (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e art. 331 do Código Penal). Embriaguez.

Conduta praticada na vigência da Lei n. 11.705/08. Teste de alcoolemia não realizado. Ebriedade que não pode ser constatada por outros meios que não pelo teste do bafômetro. Ausência de materialidade delitiva. Absolvição. Desacato. Autoria e materialidade comprovadas. Testemunhos de policiais militares. Validade. Acervo probatório suficiente para manter a sentença condenatória. Alegada ausência de dolo. Não acolhimento. Réu que proferiu xingamentos aos agentes em momento de exaltação. Abordagem policial hídida. Procedimento adotado a todos os cidadãos. Manutenção da condenação. Dosimetria da pena. Pena restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade) como condição do regime aberto. Impossibilidade. Súmula 493 do STJ. Afastamento. Prestação pecuniária fixada acima do mínimo legal, sem qualquer fundamentação e em desproporcionalidade com a pena privativa de liberdade. Redução, de ofício. Recurso parcialmente provido. 1. O crime de embriaguez ao volante cometido na vigência da Lei n. 11.705/08, possui como elementar típica, a concentração mínima de álcool por litro de sangue, ou seu equivalente pelo ar expelido dos pulmões, que só pode ser comprovada pelo exame de alcoolemia e não por outros meios de provas. 2. Age com dolo e intenção de cometer o crime de

desacato o agente que, irritado e exaltado com a abordagem policial (em procedimento hígido e adotado para qualquer cidadão que se envolve em situação semelhante), profere xingamentos à equipe de segurança pública, não acatando às autoridades e buscando se livrar do ônus de acompanhar os agentes e realizar o teste do bafômetro. 3. Nos termos da Súmula 493 do Superior Tribunal de Justiça, é impossível a fixação de pena substitutiva como condição do regime aberto. 4. Em atenção ao princípio da proporcionalidade, e não havendo fundamentação idônea na sentença, o montante da prestação da pena pecuniária substitutiva deve ser compatível à quantidade de pena corporal.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1.537.475-5 - Ivaiporã - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Maurício Pinto de Almeida** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Porte de arma de fogo é crime de perigo abstrato

Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo (art. 14, *caput* da Lei 10.826/03). Condenação. Recurso. *Abolitio criminis* temporária. Impossibilidade. Inaplicabilidade ao delito de porte de arma de fogo. Crime praticado após o fim da anistia temporária. Portaria n. 797/2011 do Ministério da Justiça que se restringe a estabelecer simples regra administrativa para devolução de armamentos e

respectivas indenizações. Tese de inexigibilidade de conduta diversa. Autodefesa. Justificativa que não ilide o crime previsto no artigo 14, *caput* da Lei 10.826/03. Simples fato de portar arma de fogo sem a devida autorização caracteriza a conduta. Crime de mera conduta e perigo abstrato. Atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade de reduzir a pena fixada aquém do mínimo legal. Inteligência da súmula n. 231 STJ. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1503386-8 - São José dos Pinhais - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Laertes Ferreira Gomes** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Inexistência de vaga em regime semiaberto torna possível o cumprimento da pena em regime assemelhado à prisão domiciliar

Recurso de Agravo. Insurgência do Ministério Público contra a decisão que, concedendo a progressão ao regime semiaberto, determinou a implantação em “regime semiaberto harmonizado”, assemelhado à prisão domiciliar. *Decisum* fundado na constatação da inexistência de vagas em estabelecimento adequado e na impossibilidade de “harmonização” em algumas das unidades prisionais disponíveis. Decisão escoreita. Inadmissibilidade da permanência em regime mais gravoso. Precedentes. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1518333-0 - Foz do Iguaçu - 4a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Lidia Maejima** - Fonte: DJ, 19.09.2016).

Pena pode ser majorada em decorrência da reincidência do acusado

Apelação Crime - Disparo de arma de fogo e ameaça (art. 15 da Lei 10.826/2003 e art. 147 do Código Penal) - procedência parcial. Apelo do acusado - 1. Pleito pela absolvição do delito de disparo de arma de fogo - Impossibilidade - Materialidade e autoria devidamente comprovadas - Sentença escoreita - 2. Redução da pena - Possibilidade - 3. Regime inicial de cumprimento da pena - Semiaberto - Acusado reincidente - Impossibilidade de se fixar o regime aberto - Recurso parcialmente provido. 1. Havendo provas suficientes a demonstrar a materialidade e autoria do delito de disparo de arma de fogo, não há como acolher o pedido de absolvição. 2. Tendo em vista a reincidência do acusado, correta a majoração da pena na segunda fase da dosimetria, porém não no montante aplicado, devendo este ser revisto. Apelação Crime n. 1.509.781-723. Considerando-se a reincidência do acusado, correta a sentença que fixou o regime semiaberto para início de cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, c do Código Penal.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1509781-7 - Maringá - 2a. Câm. Crim. - Rel.: Des. **Luís Carlos Xavier** - Fonte: DJ, 14.10.2016).

É necessária a revogação do regime semiaberto harmonizado quando o apenado comete crime doloso

Recurso de agravo. Execução penal. Decisão que determinou a regressão ao regime fechado, com revogação do regime semiaberto harmonizado. Prisão em flagrante pelo cometimento de crime doloso. Aplicação da sanção devidamente justificada. Desnecessidade de aguardar o trânsito em julgado ou a instauração de procedimento administrativo disciplinar para o caso de cometimento de crime doloso. Representativo de controvérsia n. 1.336.561, STJ. Precedentes. Decisão escoreita. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1517825-9 - Foz do Iguaçu - 5a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Osorio Moraes Panza** - Fonte: DJ, 07.10.2016).

Mudança de residência do sentenciado altera a competência para a fiscalização da execução

Conflito de Competência Concessão de regime semiaberto harmonizado Prisão domiciliar - Competência para a fiscalização da execução do juízo em que o apenado reside - Precedentes - Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. 1447147-7/01 julgado com edição de súmula - Conflito improcedente "(...) Pelo fato de o sentenciado passar a re-

sidir em local diverso, deslocar-se para a Comarca da residência do sentenciado a competência do Juízo da Execução para a supervisão e fiscalização do cumprimento da pena no regime semiaberto harmonizado. Incidente procedente com a edição da seguinte Súmula: “A competência para a execução, nos casos de regime semiaberto harmonizado, é do Juízo da Comarca da residência do apenado”. (TJPR - Seção Criminal - IUJ - 1447147-7/01 - Paranavaí - Rel.: Rogério Coelho - Unânime - J. 17.08.2016).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1527092-3 - Toledo - 5a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Marcus Vinicius de Lacerda Costa** - Fonte: DJ, 21.09.2016).

Aplicação de sanção disciplinar decorrente do cometimento de falta grave possui prazo prescricional de três anos

Recurso de agravo. Execução penal. Falta grave. Prescrição. Inocorrência. Inteligência do artigo 109, inciso VI, do Código Penal. Lapso temporal transcorrido entre a data do fato e a homologação judicial inferior a três anos. Recurso conhecido e desprovido.”
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estabelece o prazo prescricional de três anos para a aplicação de sanção disciplinar decorrente do cometimento de falta grave, após a edição da Lei n. 12.234/2010, utilizando-se, para

tanto, o art. 109, VI, do Código Penal, diante da inexistência de legislação específica quanto à prescrição em sede de execução. (STJ. HC 303862/SP.Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. Julgado em 28.06.2016)”.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1550843-1 - Curitiba - 5a. Câmara. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Maria José de Toledo Marcondes Teixeira** - Fonte: DJ, 30.09.2016).

É impossível a condenação por lesão corporal em ambiente doméstico quando a prova é insuficiente

Apelação criminal. Lesão corporal. Violência doméstica (art. 129, § 9º, CP). Absolvição. Recurso da assistente de acusação. Pleito visando à condenação do réu. Improcedência. Prova insegura e vacilante. Inexistência de conjunto probatório hábil a amparar decreto condenatório. Absolvição mantida. Inteligência do art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1568665-2 - Curitiba - 1a. Câmara. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Miguel Kfourri Neto** - Fonte: DJ, 17.10.2016).

É possível substituir a prisão por medidas cautelares diversas quando inexistente perigo oriundo da situação de liberdade do paciente

Habeas corpus. Duplo homicídio. Acidente de trânsito. Prisão preventiva. Inexistência de perigo

decorrente da situação de liberdade do paciente. Possibilidade de substituição por cautelares diversas. Ordem concedida para substituir a prisão por medidas cautelares diversas, confirmando a liminar.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1578325-6 - Laranjeiras do Sul - 1a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Edison de Macedo Pacheco** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Prisão preventiva não pode fundamentar-se apenas na gravidade abstrata do delito

Habeas Corpus. Tráfico de entorpecentes e associação para o narcotráfico (art. 33, *caput*, e art. 35, ambos da Lei 11.343/2006). Prisão em flagrante convertida em preventiva. Indícios de autoria e materialidade delitivas. Fundamentação genérica acerca da garantia da ordem pública. Argumentos que podem ser aplicados a todos os delitos de tráfico de drogas. Impossibilidade da segregação com base exclusiva na gravidade abstrata do delito. Decisão manifestamente nula por afronta ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e art. 312 do Código de Processo Penal. Liminar confirmada. Ordem concedida em definitivo.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1561815-4 - Bela Vista do Paraíso - 4a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Renato Naves Barcellos** - Fonte: DJ, 03.10.2016).

Configura constrangimento ilegal a decretação de prisão preventiva por descumprimento de medida cautelar na qual havia a determinação de informar mudança de endereço residencial

Habeas corpus crime. Impetração sob a alegação de constrangimento ilegal em face de decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, em razão do descumprimento de medida cautelar na qual havia a determinação de informar eventual mudança de endereço residencial. Redação do artigo 282, § 4º do CPP determina que, em caso de inobservância da medida, ela deve ser substituída, cumulada com outra e, somente em última hipótese, é que se torna cabível a decretação da prisão cautelar. Ordem legal não observada. Acolhido o parecer da procuradoria geral de justiça. Ordem concedida.

(TJ/PR - *Habeas corpus* n. 1561604-1 - Santa Helena - 2a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Roberto de Vicente** - Fonte: DJ, 29.09.2016).

Juízo da execução penal possui competência para fixar o estabelecimento prisional onde a pena imposta deverá ser cumprida

Recurso de agravo. Execução penal. Determinação do estabelecimento prisional. Competência do juízo de execução penal. Pedido

de remessa dos autos de execução. Agravante foragido. Mandado de prisão não cumprido. Agravo desprovido. Não é da escolha do sentenciado, mas sim da competência do Juízo da Execução Penal que detém jurisdição sobre a Comarca da condenação, determinar o estabelecimento prisional onde a pena imposta deverá ser cumprida. Não é possível a remessa dos autos de execução da pena se esta não se iniciou porque o mandado de prisão sequer foi cumprido.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1571437-3 - São João do Triunfo - 5a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.: **Rogério Coelho** - Fonte: DJ, 13.10.2016).

É possível a prorrogação da suspensão condicional do processo após o período de prova

Recurso em sentido estrito. Processual penal. Suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei n. 9.099/95). Descumprimento de condição. Possibilidade de prorrogação mesmo após o período de prova. Prorrogação pelo prazo necessário à efetivação da condição descumprida. Arbitramento, de ofício, de honorários advocatícios à defensora nomeada para a apresentação das contrarrazões recursais. Recurso parcialmente provido. a) O benefício da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89, da Lei n. 9.099/95, pode ser revogado após o período de

prova, desde que os fatos que ensejaram a revogação tenham ocorrido antes do término desse período. b) É de se deferir o pleito de prorrogação do período de prova da suspensão condicional do processo porquanto se trata de hipótese mais benéfica ao denunciado. Entretanto, o prazo da prorrogação deve corresponder ao período necessário para a efetivação da condição descumprida. c) Nos termos do § 2º, do art. 85, do Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015, c/c art. 3º, do Código de Processo Penal, é devido o arbitramento de honorários ao Defensor nomeado para apresentar contrarrazões recursais.

(TJ/PR - Rec. em Sentido Estrito n. 1537779-8 - Clvelândia - 3a. Câm. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rogério Luis Nielsen Kanayama** - Fonte: DJ, 13.10.2016).

É desnecessária a perícia em aparelho celular encontrado para configurar a falta grave do reeducando

Execução penal. Recurso de agravo. Homologação de faltas graves. Apreensão de aparelhos celulares na posse do reeducando. Irresignação da defesa. Aventada inexistência de provas quanto à materialidade das infrações. Alegação da necessidade de perícia técnica que ateste a funcionalidade dos aparelhos apreendidos. Desprovimento. Decisão judicial em perfeita consonância

com as provas debatidas nos autos. Regular instauração de procedimento administrativo disciplinar. Realização de audiência de justificação. Configuração das faltas de natureza grave pela mera posse dos objetos. Precedentes. “Após a edição da Lei n. 11.466/2007, a posse, pelo sentenciado, de aparelho de telefonia celular ou qualquer componente imprescindível para o seu funcionamento, caracteriza falta disciplinar de natureza grave, sendo desnecessária a realização de perícia para atestar a sua funcionalidade. Precedentes.” (HC 263.870/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, sexta turma, julgado em 16/09/2014, DJe 29/09/2014)”. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Rec. de Agravo n. 1511694-0 - 4a. Câ. Crim. - Foz do Iguaçu - Ac. unânime - Rel.: Des. **Sônia Regina de Castro** - Fonte: DJ, 17.10.2016).

Circunstância qualificadora do homicídio só pode ser afastada da pronúncia quando claramente improcedente

Pronúncia - Homicídios qualificados (consumado e tentado).

I. Pretendida absolvição - Não acolhimento. Inexistindo, na fase do “iudicium accusationis”, prova irrefutável de qualquer das hipóteses previstas no art. 415, do Código de Processo Penal, mostra-se descabida a absolvição do réu. II. Despronúncia - Inviabilidade - Índícios suficientes de autoria - Apreciação afeta ao conselho de sentença. Comprovada a materialidade do delito e presentes indícios suficientes de autoria, impõe-se a pronúncia do acusado, a fim de que seja julgado pelo Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida. III. Qualificadoras (motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa da vítima) - Exclusão inadmissível. As circunstâncias qualificadoras do homicídio só podem ser afastadas da pronúncia quando claramente improcedentes; encontrando suporte mínimo no material probatório, devem ser levadas a exame dos Jurados. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Rec. em Sentido Estrito n. 1.550.532-3 - Araucária - 1a. Câ. Cív. - Rel.: Des. **Telmo Cherem** - Fonte: DJ, 13.10.2016).

PROCESSO CIVIL

Intimação realizada em nome diverso do apontado em petição gera nulidade

Agravo de Instrumento. Juntada de novo substabelecimento em favor de novos advogados. Revogação do primeiro substabelecimento. Indicação de advogado para receber intimação. Intimação publicada em nome de advogado diverso. Nulidade. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1548966-8 - Curitiba - 16a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes** - Fonte: DJ, 03.10.2016).

Recorrente que expressamente dispensa a intimação das testemunhas não pode alegar cerceamento de defesa ante a ausência destas na audiência

Apelação Civil. Embargos à Execução. Cerceamento de defesa impossibilidade de oitiva de testemunha. Inocorrência. Testemunhas que deveriam comparecer independente de intimação por requerimento expresso do recorrente. Intimação pessoal do recorrente cumprida. Alegação de apresentação de documentos novos. Documentos duplicados nos autos. Ausência de fato novo. Ato atentório a dignidade da justiça. Aplicação de multa de 1% por liti-

gância de má-fé. Alteração da verdade dos fatos. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1562888-1 - Rebouças - 13a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Athos Pereira Jorge Junior** - Fonte: DJ, 12.09.2016).

É impossível a extinção do processo por ausência do autor na audiência de conciliação

Apelação Cível. Ação de cobrança c/c tutela inibitória liminar. Não comparecimento do autor à audiência de conciliação. Magistrado que julgou extinto o feito sem julgamento do mérito. Descabimento. Sentença anulada. Retorno dos autos ao juízo de origem para regular processamento. recurso conhecido e provido. A lei processual civil não autoriza a extinção do processo em face da ausência do autor na audiência de conciliação.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1531679-9 - Arapoti - 7a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **D'Artagnan Serpa Sá** - Fonte: DJ, 14.09.2016).

Julgado é nulo quando existe divergência entre o conteúdo dos autos e as razões de decidir

Apelação Cível. Alvará judicial. Autorização judicial para lavratura de escritura pública. Nulidade da sentença. Fundamentação e parte dispositiva dissociadas dos argumentos trazidos pela auto-

ra. Nulidade do julgado. Recurso conhecido e provido para cassar a sentença. Prejudicialidade da apreciação da demais questões do processo. 1. Havendo dissociação entre as razões de decidir e o conteúdo dos autos, ocorre nítida afronta ao disposto no artigo 458 do CPC/1973, gerando, consequentemente, nulidade do julgado. 2. Recurso conhecido e provido para cassar a sentença.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 0009483-60.2015.8.16.0017/0 - Maringá - 11a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fábio Haick Dalla Vecchia** - Fonte: DJ, 22.09.2016).

Verba alimentar é impenhorável

Agravo de Instrumento. Execução de título extrajudicial. Bloqueio de valores via Bacenjud. Alegação de impenhorabilidade dos valores constritos. Conta corrente destinada ao recebimento de vencimentos. Extratos da conta bancária que indicam que os valores nela depositados são originários do pagamento de proventos. Constrição de valores que recaiu em conta-salário e conta poupança. Impossibilidade. Verba de natureza alimentar. Impenhorabilidade. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Aplicabilidade dos artigos 7º, inciso X, da Constituição Federal e 833, inciso IV, do código de processo civil. Decisão reformada em parte. Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1542608-7 - Foz do Iguaçu - Ac. unânime - 13a. Câ. Civ. - Rel.: Des. **Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira** - Fonte: DJ, 07.10.2016).

Pedido é o que se pretende com a instauração da demanda, não apenas o que consta expressamente em capítulo específico

Embargos de Declaração - Alegação de acórdão *ultra petita/extra petita* - Inocorrência - Pedidos formulados na inicial que devem ser apreciados de acordo com uma interpretação lógico - Sistemática da inicial - Contradição - Inocorrência - Pretensão modificativa - Impossibilidade - Embargos rejeitados. 1. “O pedido não é apenas o que foi requerido em um capítulo específico ao final da petição inicial, mas, sim, o que se pretende com a instauração da demanda, sendo extraído de interpretação lógico-sistemática da inicial como um todo. 2. ‘(...) a obrigatória adstrição do julgador ao pedido expressamente formulado pelo autor pode ser mitigada em observância dos brocardos da ‘mihi factum dabo tibi ius’ (dá-me os fatos que te darei o direito) e ‘iura novit curia’ (o juiz é quem conhece o direito)” - (AgRg no REsp 1.455.713/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014). 2. Os Embargos de declaração se prestam a rever omissão, contradição ou obscuridade, bem como “erros

materiais”, não sendo cabíveis para rediscussão de mérito.

(TJ/PR - Embs. de Declaração n. 950003-4/02 - Curitiba - 9a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Luiz Macedo Junior** - Fonte: DJ, 06.09.2016).

Ordem jurídica justa é a garantia que o cidadão tem de efetiva e adequada participação no processo

Embargos à execução de título extrajudicial - Instrumento particular de contrato de capital de giro. Alegação de nulidade do título executivo e de excesso de execução, ao argumento de que o débito configura renegociação de contratos anteriores, que estavam eivados de diversos vícios - Requerimento, pelos embargantes, de produção de prova pericial e documental, para comprovar suas arguições, inclusive com prévio ajuizamento de ação cautelar de exibição de documentos - Sentença, no entanto, que sem oportunizar dilação probatória, afasta a possibilidade de discussão dos contratos anteriores, por falta de produção de prova que a autorizasse - Necessidade, relevância e pertinência de dilação probatória - Cerceamento de defesa configurado - Princípio da ampla defesa - CF, art. 5º, inc. LV - Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional - CF, art. 5º, inc. XXXV - Princípio do devido processo legal (*due process of law*) - CF, art. 5º, inc. LIV. Recurso provido. I - Não bas-

ta assegurar ao cidadão direito ao processo. O constitucional princípio do acesso à justiça, é muito mais do que pobres formulações do tipo “acesso ao Poder Judiciário”, “possibilidade de ingresso em juízo”, “acesso ao processo” etc. É, em uma das felizes formulações de último feitas, acesso a uma ordem jurídica justa (Watanabe). II - Acesso a uma ordem jurídica justa é, desde uma de suas vertentes, a garantia que o cidadão tem de efetiva e adequada participação no processo, com possibilidade de levar ao juiz todas as provas de que dispuser, relevantes e pertinentes, para ter um julgamento justo a respeito do desentendimento social, então judicializado, que teve com seu concidadão. III - Quando se tem um processo encerrado (= julgado) à custa de maltrato a garantias constitucionais do cidadão, não se tem processo regular. Não se tem processo justo. Não se tem devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LIV). (TJ/PR - Ap. Cível n. 1551745-4 - 14a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Pinto Rabello Filho** - Fonte: DJ, 14.10.2016).

Ação de prestação de contas não pode conter pedido genérico

Direito processual civil. Ação de prestação de contas. Primeira fase. Pedido genérico. Extinção do feito. Sentença mantida. A despeito de ser cabível a ação de prestação de contas relativamente à movimentação financeira do correntista,

é indispensável que o pedido venha especificado de forma clara com apontamento das irregularidades supostamente havidas em desconformidade com o contrato, sob pena de inviabilizar a via especial escolhida. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1578065-5 - Primeiro de Maio - 15a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hayton Lee Swain Filho** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Sociedade de advogados não possui legitimidade para cobrar honorários advocatícios quando inexistente contrato escrito e a procuração não menciona a sociedade

Direito civil e Processual Civil. Apelação cível. Ação de cobrança. Prestação de serviços advocatícios. Ilegitimidade ativa da sociedade de advogados. Ausência de contrato escrito. Procuração outorgada a três patronos, sem menção à sociedade de advogado, sendo que apenas um deles pertence à sociedade. Art. 15, § 3º do estatuto da OAB. Sentença escoreita. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1480326-2 - Curitiba - 12a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Ivanise Maria Tratz Martins** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Poder Judiciário deve arcar com os honorários periciais quando a parte litiga sob o pálio da assistência judiciária gratuita

Agravo de Instrumento - Ação de prestação de contas - 2ª Fase -

Decisão agravada que determina à parte autora o adiantamento dos ônus periciais - Agravante que litiga sob o pálio da assistência judiciária gratuita - Dever do poder judiciário de arcar com os honorários periciais - Ofício circular n. 75/2013 - Possibilidade de recusa dos peritos nomeados - Recurso conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1516876-2 - Londrina - 12a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Joeci Machado Camargo** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Prévio pedido extrajudicial dos documentos é imprescindível na ação cautelar de exibição de documentos

Apelação Cível - Ação cautelar de exibição de documentos - Juiz que determinou a emenda da inicial para que o autor comprovasse o prévio pedido extrajudicial dos documentos não atendido em prazo razoável, a existência de relação jurídica entre as partes e o pagamento do custo do serviço perante a instituição financeira - Manifestação do autor de que a notificação foi encaminhada e recebida pelo banco - Sentença que indeferiu a inicial e julgou extinto sem resolução de mérito - Inconformismo - Pleito pelo reconhecimento da validade da notificação extrajudicial - Não acolhimento - Ausência de requerimento administrativo prévio, eis que apenas o ar foi recebido pelo banco e, ainda, sem especificação do contra-

to requerido - Necessidade - Novo entendimento firmado em sede de recurso especial repetitivo - REsp 1349453/MS - Extinção do feito sem resolução de mérito - Sentença mantida - Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1549965-5 - Londrina - 14a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Hipólito Xavier da Silva** - Fonte: DJ, 05.10.2016).

Demonstrativo do débito atualizado é indispensável na ação de execução

Processual Civil. Apelação Cível. Embargos à Execução. Contrato de mútuo. 1. Nulidade da execução. Inocorrência. Demonstrativo de débito que atende os requisitos do art. 614, II, do CPC/1973. 2. Excesso de execução. Petição inicial que não indica o valor que entende correto nos termos do disposto no art. 739, § 5º, do Código de Processo Civil. Rejeição liminar dos embargos. 1. O demonstrativo do débito atualizado, imposto pelo art. 614, II, como peça necessária para a instrução da petição inicial da ação de execução, deve demonstrar a evolução da dívida desde o seu inadimplemento e os encargos sobre ela incidentes. Referida exigência visa salvaguardar o exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa pelo executado, de modo que, observadas tais cautelas, não há que se

falar em nulidade da execução 2. Tratando-se da alegação de excesso de execução em embargos do devedor, o artigo 739-A, § 5º do CPC impõe a instrução da petição inicial com planilhas que revelem claramente o montante que o embargante entende devido. No caso dos autos, tal exigência não foi cumprida pelo embargante e, nesses termos, é imperiosa a rejeição liminar dos embargos, eis que descabida a determinação de emenda da petição inicial. Recurso de apelação desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1580237-2 - Rolândia - 15a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jucimar Novochadlo** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Ausência de apreciação do benefício da gratuidade judicial caracteriza o deferimento tácito do benefício

Apelação Cível. Usucapião. Sentença de extinção do processo por desistência com a condenação da autora ao pagamento das custas processuais. Ausência de apreciação do benefício da gratuidade judicial. Declaração de hipossuficiência financeira que tem presunção *juris tantum* e só poderá ser afastada por decisão judicial fundamentada. Falta de apreciação do requerimento que importa em deferimento tácito do benefício. Ademais, ausência de fundadas razões que afastem a presunção de pobreza. Deferimento tácito reco-

nhecido. Recurso prejudicado.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1528547-7 - Curitiba

- 18a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Luis Cesar de Paula Espindola - Fonte: DJ, 07.10.2016).

Protesto contra alienação de imóvel é legítimo

Apelação cível. Ação de protesto contra alienação de bens. Legítimo interesse e não nocividade. Requisitos satisfeitos. Decisão reformada. 1. É possível o protesto contra alienação de bens, com base no art. 869 do CPC, desde que o requerente demonstre: I) o legítimo interesse e II) que a medida não impeça a formação de contrato ou a realização de negócio lícito. 2. A Colenda Corte Superior “pacificou o entendimento quanto à legalidade do protesto contra alienação de imóvel, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 440.837/RS, relator p/ acórdão o Ministro Barros Monteiro, DJ de 28/5/2007, que uniformizou a jurisprudência no sentido de se permitir a averbação dentro dos limites do poder geral de cautela do juiz.” (STJ - AgRg no RMS 48.140/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 03/12/2015, DJe 11/12/2015). 3. Recurso conhecido e provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1407380-0 - Londrina

- 18a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Luiz Fernando Tomasi Keppen - Fonte: DJ, 07.06.2016).

Parte deve comunicar eventual mudança de endereço ao juízo

Agravo de Instrumento. Ação de execução de título extrajudicial - Extinção do feito por abandono da causa - Intimação pessoal do autor - Retorno do A.R. que havia sido encaminhado no endereço do exequente informado na inicial, com a informação “mudou-se” - Mudança não comunicada ao juízo. Parte que tem o dever de informar quando houver alteração de endereço - Inteligência do artigo 39, inciso II, e artigo 238, parágrafo único, ambos do CPC/73 - Decisão mantida - Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1544133-3 -

Curitiba - 16a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.:

Desa. **Maria Mercis Gomes Aniceto** - Fonte: DJ, 06.10.2016).

É quinquenal o prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva

Apelação Cível. Ação monitória ajuizada pelo Estado do Paraná. Instrumento particular de confissão de dívidas firmado com o banco do Estado do Paraná. Crédito cedido ao ente estatal. Pretensão de cobrança de dívidas fulminada pela prescrição. Prazo vintenário do Código Civil de 1916 que não se aplica ao caso. Dispositivo legal que prevê prazo quinquenal para a cobrança de dívidas provenientes de contrato particular. Aplicação do prazo do art. 206, parágrafo 5º,

inciso I, do Código Civil de 2002. Entendimento pacificado no recurso repetitivo RESP 1262056/SP. Inteligência da regra de transição prevista no art. 2.028 do novo código. Majoração dos honorários advocatícios. Inviabilidade no presente caso. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: “O prazo para ajuizamento de ação monitória em face do emitente de nota promissória sem força executiva é quinzenal, a contar do dia seguinte ao vencimento do título”. 2. Recurso especial provido.” (STJ - REsp 1262056 / SP, S2 - segunda seção, Ministro Luis Felipe Salomão, J: 11/12/2013). 2. No que se refere as regras de transição trazidas pelo novo Código, o art. 2028 prevê que transcorrido menos da metade do prazo prescricional previsto pelo Código Civil de 1916, aplicam-se as disposições do novo antigo diploma. Recurso 1 Não provido. Recurso. 2 Não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1578029-9 - Curitiba - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Nilson Mizuta** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Titular de conta corrente bancária possui legitimidade para propor ação de prestação de contas

Apelação cível. Prestação de contas. Segunda fase. Contrato de conta corrente. Recurso de apelação. 1. Ilegitimidade passiva. HSBC Bank Brasil S/A que sucedeu o Banco Bamerindus do Brasil obri-

gações transferidas para o sucessor. Legitimidade passiva configurada. Entendimento consolidado neste tribunal de justiça. Caráter revisional não configurado. “a ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária”, súmula n. 259, do Superior Tribunal de Justiça. Juros remuneratórios. Ausência de pactuação expressa. Incidência taxa média de mercado. Capitalização de juros mensal e anual. Afastamento em razão da não demonstração da pactuação. Regra da imputação ao pagamento art. 354, do CPC que não tem o condão de afastar a capitalização mensal de juros. Termo inicial dos juros moratórios e da correção monetária. Data da citação e dos lançamentos irregulares, respectivamente. Recurso de apelação 2. Taxas e tarifas. Ausência de pactuação. Súmula 44 deste tribunal de justiça. Situação que impõe a repetição dos valores cobrados sem autorização. Restituição, contudo, que não pode abranger os lançamentos efetuados em proveito do próprio autor, sob pena de enriquecimento ilícito. Ônus da sucumbência mantido. Minoração dos honorários advocatícios. Inviabilidade. Verba honorária arbitrada de forma adequada. Sentença parcialmente reformada. Recurso de apelação 1. Não provido. Recurso de apelação 2. Provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1543834-1 - Peabiru - 14a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Octavio Campos Fischer** - Fonte: DJ, 05.10.2016).

Prazo prescricional para cobrança do seguro DPVAT inicia-se na data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez indicado no laudo pericial

Agravo interno. Recurso especial. Negativa de seguimento. Seguro DPVAT. Termo inicial de fluência do prazo prescricional. Data em que segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez indicado no laudo pericial. Questão resolvida pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial representativo de controvérsia n. 1.388.030/MG. Precedentes. Acórdão local em harmonia com a decisão proferida pela corte superior. Correta aplicação do artigo 1.030, inciso I, alínea “B”, do Código de Processo Civil. Cotejo analítico deficiente. Agravo desprovido.

(TJ/PR - Ag. Interno n. 1377820-8/03 - Xambrê - Órgão Especial - Rel.: Des. **Renato Braga Bettega** - Fonte: DJ, 07.10.2016).

Impugnação ao cumprimento de sentença exige o recolhimento das custas processuais

Agravo de Instrumento. Norma processual aplicável. Sentença publicada sob a vigência do CPC de 1973. Princípio da não surpresa. Impugnação ao cumprimento de sentença. Necessidade de prepa-

ro independente de intimação. Exegese do artigo 257 do CPC. Recurso conhecido e não provido. 1. É cediço no STJ que a impugnação ao cumprimento de sentença, enquanto “defesa típica do executado”, cujo conteúdo e objetivos se assemelham ao dos embargos à execução, exige, também, o recolhimento das custas processuais, na forma do que dispõe o artigo 257 do CPC.2. Recurso a que se conhece e nega provimento.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1506133-9 - Curitiba - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Renato Lopes de Paiva** - Fonte: DJ, 17.10.2016)

Julgador não precisa responder todas as questões levantadas pelas partes

Embargos de declaração. Recurso de apelação cível. Ação de prestação de contas. Primeira fase. Acórdão que deu parcial provimento ao apelo. Insurgência do banco. Alegação de omissão. Flagrante intenção de rediscussão de matéria debatida satisfatoriamente. Inviável a utilização dos embargos de declaração a pretexto de modificação do teor do julgado. Ausência dos vícios do art. 1.022 do CPC. Pretensão de questionamento. Desnecessidade de responder a todas as questões, quando o julgador encontra fundamentos necessários para o deslinde da causa. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

(TJ/PR - Embs. de Declaração n. 1413392-7/01 - Jaguariaíva - 13a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rosana Andriguetto de Carvalho** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Ação de divisão de terras particulares oriunda de condomínio estabelecido entre os herdeiros é de competência da vara cível

Conflito negativo de competência. Ação de divisão de terras particulares. Condomínio estabelecido entre os herdeiros dos espólios. Matéria que não afeta direito sucessório. Discussão exclusivamente relativa à propriedade dos imóveis. Competência da vara cível. Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitado.

(TJ/PR - Confl. Neg. de Competência n. 0007680-49.2014.8.16.0026/0 - Campo Largo - 11a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rui Portugal Bacellar Filho** - Fonte: DJ, 12.06.2015).

Inexistindo recusa na exibição de documentos, cabe ao autor realizar o pagamento das custas e despesas processuais

Apelação cível. Ação cautelar de exibição de documentos. Falta de interesse recursal. Não conhecimento. Apresentação voluntária dos documentos antes da sentença. Pedido para reconhecimento do cumprimento da obrigação. Não conhecimento. Pedido já reconhecido pelo magistrado singular. Recusa administrativa.

Prova. Inexistência. Ônus da sucumbência. Condenação. Parte autora. Princípio da causalidade. Sentença parcialmente reformada. Recurso adesivo prejudicado. “Na hipótese em que não há prova acerca da solicitação e da recusa da instituição financeira de exibir os documentos na via extrajudicial, e o pedido é atendido, na via judicial, sem qualquer resistência, o autor é o responsável pelo pagamento das custas e despesas processuais, ante o princípio da causalidade. 5. Apelação conhecida e não provida”. (TJPR, Ap. Cível 657249-2, 15ª Câmara Cível, Relator Luiz Carlos Gabardo, j. 17/03/2010, DJ 358, p. 74 a 84). Recurso de apelação parcialmente conhecido, e nesta parte, parcialmente provido. Recurso adesivo prejudicado.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1574670-0 - Curitiba - 15a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Shiroshi Yendo** - Fonte: DJ, 11.10.2016).

Indenização pode ser fixada em valor superior ao da causa

Apelação Cível. Ação indenizatória. Danos morais. Apelante (1). Preliminar. Julgamento *ultra-petita*. Inocorrência. Indenização fixada superior ao valor da causa. Possibilidade. Mérito. Inscrição de nome em cadastro restritivo ao crédito. Indevida. Apelo não provido. Apelante (2). Danos morais. Presumidos. *Quantum*. Mantido. Proporcionalidade e razoabilidade. Critérios observados. Juros

moratórios. Majorados. Art. 406. Código civil. Honorários advocatícios. Mantidos. Apelo parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1574374-3 - Terra Rica - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Vicente Del Prete Misurelli** - Fonte: DJ, 07.10.2016).

Magistrado pode exigir prova de que a parte necessita da concessão da gratuidade

Agravo de instrumento - Ação revisional - Decisão que deferiu parcialmente o pedido de assistência judiciária gratuita - Insurgência do autor - Possibilidade de o magistrado exigir provas quanto à necessidade da concessão da gratuidade - Ausência de comprovação da impossibilidade de pagamento integral das custas processuais - Decisão mantida. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1559932-9 - São José dos Pinhais - 14a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Themis de Almeida Furquim Cortes** - Fonte: DJ, 14.10.2016).

Direito de terceiro não pode ser limitado por acordo entre as partes

Apelação cível. Ação de prestação de contas. Contas prestadas por administrador judicial nomeado em sede de execução. Sentença que julgou boas as contas

e declarou em favor do autor crédito de R\$ 4.308,20. Insurgência do executado. Pleito pela reforma da decisão. Não acolhimento. Contas não prestadas na forma mercantil. Justificativas apresentadas. Escrituração que atende a finalidade proposta de clareza e inteligibilidade. Possibilidade. Razoabilidade. Concepção finalística do processo. Insurgência quanto aos valores cobrados pelo administrador referente aos meses de setembro e outubro de 2012. Acordo extrajudicial que não pode ferir ou limitar direito de terceiros, mas pode estabelecer responsabilidade de arcar com despesas. Efeitos *inter partes*. Executado que se incumbiu de arcar com os honorários do administrador judicial e as custas remanescentes. Alegação de enriquecimento ilícito. Documentos nos autos que demonstram serviços prestados. Escritura pública lavrada em 08/10/2012 com a presença do administrador. Acordo firmado nos autos de cumprimento de sentença homologado em fevereiro de 2014. Atuação do administrador em período anterior à homologação do acordo. Possibilidade. Negado provimento ao recurso.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1497104-7 - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Tito Campos de Paula** - Fonte: DJ, 18.10.2016).

TRIBUTÁRIO

IPTU pretérito é obrigação *propter rem* e é exigível ainda que a propriedade tenha sido adquirida por meio de usucapião

Agravo de Instrumento - Execução fiscal - Determinação para substituição da CDA e inclusão de terceiro no polo passivo da demanda, procedida *ex officio* pelo juízo *a quo* - Impossibilidade - Inobservância aos princípios da inércia da jurisdição e da demanda - Decisão agravada parcialmente anulada - Imóvel adquirido por usucapião - IPTU lançado anteriormente - Exigibilidade - Obrigação *propter rem*. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1263030-3 - 2a. Câ. Cív. - Matinhos - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antônio Renato Strapasson** - Fonte: DJ, 14.10.2016).

Não é possível substituir o polo passivo da execução fiscal quando a morte do contribuinte ocorre antes da constituição do crédito tributário

Apelação Cível. Execução fiscal. Substituição do polo passivo. Impossibilidade. Falecimento do contribuinte antes da constituição do crédito tributário. Inteligência da súmula n. 392 do

egrégio superior tribunal de justiça. Precedentes deste tribunal. Taxa judiciária. Isenção. Artigo 3º, alínea I, do Decreto Estadual 962/1932. Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1574280-6 - Pontal do Paraná - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Guilherme Luiz Gomes** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Quando o fisco considera no lançamento aspectos diferentes daqueles efetivamente acontecidos ocorre erro de fato

Apelação Cível. Mandado de Segurança. IPTU. Lançamento tributário complementar. Fator Gleba. Erro de direito. Configurado. Nulidade dos “re-lançamentos” efetuados. Inversão do ônus de sucumbência. Recurso provido. 1. “O erro de fato situa-se no conhecimento dos fatos, enquanto simples fatos, independentemente da relevância jurídica que possa ter. Já o erro de direito situa-se no conhecimento da norma, que inclui o conhecimento dos efeitos jurídicos que sua incidência produz. Ocorre erro de fato quando o Fisco considera no lançamento aspectos diferentes daqueles efetivamente acontecidos (por exemplo, os valores registra-

dos nas notas fiscais foram transcritos incorretamente). (AgRg no REsp 942.539/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/09/2010, DJe 13/10/2010.) 2. Compulsando os autos, observa-se que o Município de Londrina, de posse de todo o conhecimento necessário ao lançamento do tributo, foi negligente ao deixar de observar que a isenção fiscal do Fator Gleba, instituída pela Lei Municipal n. 4.591/1990, havia sido revogada pela Lei Municipal n. 8.672/2001, incorrendo em claro erro de direito. 3. Tendo em vista a sucumbência da Fazenda Pública, há de se proceder à readequação dos ônus de sucumbência, de modo que condene o Município apelado ao pagamento integral das custas e despesas processuais.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1386952-4 - Londrina - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Imposição de contribuição previdenciária progressiva viola o princípio da isonomia tributária

Apelação Cível. Reexame necessário conhecido de ofício. Ação de repetição de indébito. Contribuição previdenciária progressiva - Inconstitucionalidade e ilegalidade do recolhimento indevido de contribuições na forma da Lei 12.938/98 - Ofensa à isonomia

tributária - *Vacatio legis* - Marco final para a repetição do indébito - 90 dias da publicação da Lei n. 17.435/2012 - Aplicação da súmula vinculante 17 do STF quanto aos juros de mora - Recurso parcialmente provido - Sentença reformada em parte em sede de reexame necessário - Alteração de ofício da forma de atualização do débito. 1. A imposição de alíquotas progressivas viola o princípio da isonomia tributária, por impor alíquotas diferenciadas a servidores sujeitos ao mesmo regime e ao regime geral da Previdência (artigos 40 e 201 da Constituição Federal), quando o sistema tributário nacional impede distinção entre contribuintes que se encontram em idêntica situação (artigo 150, II da Constituição Federal). 2. Até o decurso da anterioridade nonagesimal (noventa dias da publicação da lei ocorrida em 21/12/2012) a alíquota exigível é de 10% (dez por cento) quando então passará a incidir o novo percentual, qual seja, 11% na forma da Lei Estadual n. 17.435/2012.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1559158-3 - Ac. unânime - 6a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Irajá Romeo Hilgenberg Prestes Mattar** - Fonte: DJ, 06.10.2016).

Ausente o fato gerador, é indenizada a cobrança de ISS fixo de profissional autônomo

Embargos de declaração. ISS fixo. Atividade profissio-

nal na qualidade de autônomo. Reconhecimento da ausência de fato gerador. Acolhimento dos embargos à execução. Apelação não provida. Omissão no acórdão. Congruidade. Integração do julgado. Prequestionamento. Impertinência. Decisão suficientemente analisada e fundamentada em dispositivos legais. Observância aos precedentes deste tribunal. Recurso parcialmente acolhido, para integrar o julgado, sem conceder efeito infringente.

(TJ/PR - Embs. de Declaração n. 1437413-3/01 - Curitiba - 2a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Joaquim Guimarães da Costa** - Fonte: DJ, 17.10.2016).

É legítimo o protesto de certidão de dívida ativa pela administração pública

Tributário. Medida cautelar. Protesto de certidão de dívida ativa. Possibilidade. Lei n. 9.492/1997, com redação dada pela Lei n. 12.767/2012. Art. 271, § 6º, do Código Tributário Municipal de Londrina. Faculdade concedida à administração pública, a quem compete analisar a utilidade e conveniência do protesto da dívida ativa. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste tribunal. Não verificado em juízo de cognição sumária a probabilidade do direito e o perigo de dano alegado. Ausência dos requisitos do artigo 300 do CPC/2015. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1.576.683-5 - Londrina - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lauro Laertes de Oliveira** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Portador de nanismo hipofisário possui isenção de IPVA

Apelação cível. Mandado de segurança. IPVA. Isenção. Pessoa com deficiência. Hipocondroplasia (nanismo hipofisário). Doença que gera deformidade congênita dos membros. Laudo médico atestando a condição da apelada. Impedimento de longo prazo. Características de pessoa com deficiência conforme disposto no art. 2º do estatuto da pessoa com deficiência. Segurança concedida. Isenção do IPVA. Atendimento aos princípios da legalidade e isonomia. Respeito à dignidade da pessoa humana. Recurso conhecido e improvido. Mantida a sentença em sede de reexame necessário. Levando em consideração que a doença que porta a Apelada trata-se de deformação congênita de seus membros superiores e inferiores, a qual possui impedimento de natureza física de longo prazo e sendo o nanismo previsto expressamente como deficiência física pelo Decreto n. 3298/99, podemos concluir que a Apelada faz jus ao benefício da isenção de IPVA, pois enquadra-se nas exigências da Lei n. 14.260/03.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1535518-7 - Pato Branco - 1a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rubens Oliveira Fontoura** - Fonte: DJ, 13.10.2016).

Promitente vendedor do imóvel é legítimo para figurar no polo passivo de execução fiscal promovida para a cobrança do IPTU

Agravo de Instrumento. Tributário. Exceção de pré-executividade. IPTU. Ilegitimidade passiva não demonstrada. Tanto o proprietário quanto o possuidor podem figurar no polo passivo da execução. Pedido de substituição de penhora do veículo pelo imóvel objeto do crédito tributário. Possibilidade. Obrigação *propter rem*. Princípio da menor onerosidade. Recurso parcialmente provido. O promitente vendedor do imóvel, que figura no registro imobiliário como seu proprietário, é parte legítima para figurar no polo passivo de execução fiscal promovida para a cobrança do IPTU, nos termos do art. 34 do CTN, na ausência de averbação do compromisso particular de compra e venda na matrícula imobiliária. Nesse

quadro, apenas se restasse comprovada a existência de lei municipal escolhendo o possuidor direto como contribuinte do IPTU é que seria afastada a legitimidade do detentor do domínio.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1534078-4 - Foz do Iguaçu - 1a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Cunha Sobrinho** - Fonte: DJ, 13.10.2016).

Imunidade recíproca não se estende às taxas e contribuições de melhoria

Apelação cível. Ação anulatória de débito fiscal. Contribuição de melhoria. Imunidade recíproca. Entendimento do STF. A imunidade se restringe a impostos, não estendida às taxas e contribuições de melhoria (art. 150. VI, "a" da Constituição Federal). Sentença correta. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1474662-6 - 3a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Sergio Roberto Nobrega Rolanski** - Fonte: DJ, 10.10.2016).

Súmulas do TJPR

Súmula 75

Referente à licença-maternidade, não é autoaplicável, condicionando-se à edição de ato regulamentar pelo ente administrativo a que se encontra vinculada a servidora pública.

Súmula 74

A prescrição da pretensão de execução das custas processuais pelo escrivão tem início na data do trânsito em julgado da sentença ou, tratando-se de processo físico, da baixa dos autos, com sua ciência inequívoca.

Súmula 73

É válida a pactuação expressa de repasse ao consumidor do custo referente à tarifa de registro do contrato de financiamento de veículo com cláusula de garantia fiduciária, desde que não se mostre abusivo o valor.

Súmula 72

É cabível a condenação da Fazenda Pública estadual ao pagamento das custas processuais nos casos em que a serventia for estatizada, não havendo que se falar em confusão patrimonial.

Súmula 71

Em caso de débitos condominiais, não havendo índice estipulado pelas partes, deve ser adotado para o cálculo de débitos judiciais a correção monetária pelo INPC.

Súmula 70

O Ministério Público, na qualidade de substituto processual, possui legitimidade extraordinária para ajuizar perante o juizado especial da Fazenda Pública ações que objetivem o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde para pessoas que não possuam condições financeiras de custeá-los, desde que atendido o limite de quarenta salários mínimos fixado pela Resolução 10/10 do órgão especial, cuja verificação deve se dar nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei 12.153/09.

Súmula 69

O magistrado que presidiu a instrução criminal vincula-se ao feito, de acordo com o princípio da identidade física do juiz, mesmo que voluntariamente removido para outra Vara da mesma Comarca.

Súmula 68

Em ação de indenização por dano moral ambiental individual, o dano moral coletivo previamente reconhecido não dispensa a exposição, na petição inicial, dos fatos e do direito em que se assenta a pretensão, na forma do art. 282, III, do CPC, c/c com o art. 186 e artigo 927, ambos do Código Civil.

Súmula 67

É tempestivo o recurso interposto antes da publicação oficial da decisão recorrida ou da decisão que a mantiver em sede de Embargos de Declaração, exigindo-se ratificação das razões recursais somente em caso de alteração do julgado no âmbito aclaratório.

Súmula 66

A gratificação por exercício do trabalho em local considerado insalubre, prevista para os integrantes do Poder Executivo do Estado do Paraná, é devida em percentual sobre a tabela do Quadro Geral do Estado até o advento da Lei 13.666/02, momento em que passa a ter valor fixo, correspondente ao percebido pelo servidor na data de sua publicação.

Súmula 65

A gratificação de tempo de serviço percebida por policial militar do Estado do Paraná, deve ser calculada apenas sobre o soldo do respectivo posto ou graduação, nos exatos termos do disposto no art. 19 da Lei Estadual 6.417/73, com alteração dada pela Lei Estadual 13.805/02, e em consonância com o disposto no art. 37, XIV, da Constituição Federal, que veda a superposição de vantagens pecuniárias de servidores públicos (efeito cascata).

Súmula 64

Nas ações de indenização em decorrência de atos praticados pela prestação de serviços notariais e de registro, as serventias extrajudiciais não possuem legitimidade passiva “ad causam”, mas responderão os titulares, inclusive por atos de seus prepostos, assegurando-se o direito de regresso no caso de dolo ou culpa, nos termos do art. 22 da Lei 8.935/94.

Súmula 63

Não se caracteriza a prescrição intercorrente quando a execução de título extrajudicial estiver suspensa por inexistência de bens, sendo necessária a prévia intimação pessoal para prosseguimento da ação executiva.

Súmula 62

Nos contratos vinculados ao sistema financeiro de habitação, em que seja estipulado o pagamento da dívida em prestações periódicas, o termo inicial a ser considerado para o prazo prescricional é o vencimento de cada parcela, e não a última parcela do contrato.

Súmula 61

Nas ações em que se discutem o contrato de faturização (fomento mercantil ou *factoring*), em razão da sua natureza mercantil, a competência é das câmaras residuais. Entretanto, se houver discussão a respeito de título executivo extrajudicial dado em garantia daquela operação, a competência será das câmaras de título executivo extrajudicial, ainda que cumulado com pedido de indenização.

Súmula 60

Ainda que tenha recurso anterior distribuído a este Tribunal de Justiça, a regra é no sentido de que a competência em virtude da matéria deve prevalecer sobre a prevenção.

Súmula 59

Não é exigível o recolhimento de custas iniciais na fase de cumprimento de sentença (art. 475-J, do CPC), segundo a sistemática introduzida pela Lei 11.232/05.

Súmula 58

Nas ações que versam sobre contrato de representação comercial, a competência é das Câmaras Residuais.

Súmula 57

Nas ações de indenização, que envolvam os chamados “contratos inexistentes”, ainda que exista pedido declaratório de inexistência da dívida, a competência será das Câmaras de Responsabilidade Civil.

Súmula 56

Em ação de cobrança ou execução autônomas promovidas por serventurário de Escrivania não estatizada, referente as custas processuais, a competência é das Câmaras de Direito Tributário, diante da natureza jurídica de tributo.

Súmula 55

Nos contratos administrativos de natureza privada não se desloca a competência, em razão da pessoa jurídica de direito público ou respectivas autarquias, fundações de direito público e entidades paraestatais, mantendo-se a competência das Câmaras Especializadas.

Súmula 54

Nas ações de cobrança de servidores públicos em que se discute progressão, promoção ou reclassificação, a competência é das Câmaras de Direito Público, exceto se o ente público já reconheceu o direito do servidor administrativamente ou exista decisão judicial reconhecendo-a, pleiteando o servidor apenas as diferenças retroativas àquele benefício, quando então a competência será das Câmaras de Direito Tributário (atuais 1ª, 2ª e 3ª).

Súmula 53

Nas ações relativas a ensino público ou particular, que tenham como causa de pedir a irregularidade de atos comissivos, omissivos e cobrança, a competência é das Câmaras de Ensino, ainda que figure ente público na relação jurídico-processual.

Súmula 51

Incidente de Uniformização de Jurisprudência 910.334-2/01, ação de competência originária da Sessão Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, julgado em 17 de maio de 2013, incidente suscitado no julgamento do Mandado de Segurança 910.334-2.

Súmula 50

É inepta a petição inicial de ação revisional de contrato bancário que não vem acompanhada de cópia do contrato objeto de revisão.

Súmula 49

No concurso público para escrivão da polícia civil o exame de aptidão física tem amparo legal e sua exigência é razoável e compatível com as atribuições do cargo.

Súmula 48

A data do trânsito em julgado da sentença é o termo inicial do prazo prescricional para a execução individual de sentença proferida em ações coletivas.

Súmula 47

Considera-se deserto o recurso que visa exclusivamente a modificação da verba honorária de sucumbência, quando interposto sem o devido preparo, ainda que a parte patrocinada pelo advogado interessado seja beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Súmula 46

É cabível a interposição de recurso adesivo pela parte vencedora questionando os honorários advocatícios fixados na sentença de procedência da pretensão do recorrente.

Súmula 45

Tratando-se de direitos individuais homogêneos afetados em âmbito nacional, não incide a restrição territorial prevista no art. 16 da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Lei 9.494/97.

Súmula 44

A cobrança de tarifas e taxas pela prestação de serviços por instituição financeira deve ser prevista no contrato ou expressa e previamente autorizada ou solicitada pelo correntista, ainda que de forma genérica.

Súmula 43

Em sede de exibição de documentos bancários, não basta a mera menção do CPF ou CNPJ do titular para comprovação da relação jurídica com a instituição financeira, devendo o autor instruir a inicial com indício de prova documental da existência da relação jurídica entre as partes.

Súmula 42

O ônus do adiantamento dos honorários periciais na segunda fase da ação de prestação de contas é daquele que requereu a realização da prova ou da parte autora, quando determinado de ofício pelo juiz.

Súmula 41

É inexigível, da parte autora, a antecipação dos honorários do curador especial.

Súmula 40

Em se tratando de relação de consumo, a natureza jurídica da competência é absoluta, vedado o reconhecimento de ofício em desfavor do domicílio do consumidor.

Súmula 39

O direito à percepção do abono de permanência pelo servidor que permanecer em atividade se constitui imediatamente ao implemento das condições referidas pelo art. 40, § 19 da Constituição Federal, independente de requerimento.

Súmula 38

Nas execuções individuais de sentença proferida em ação coletiva envolvendo direitos homogêneos, face a natureza genérica da sentença, somente após a liquidação é possível a incidência de multa de 10% prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil.

Súmula 37

O cessionário de direitos sobre imóveis financiados pelo SFH possui legitimidade ativa para discutir em juízo as cláusulas do contrato de financiamento, desde que a cessão tenha ocorrido até 25 de outubro de 1996. Após esse período, é necessária a anuência da instituição financeira mutuante, nos termos do artigo 20 da Lei 10.150/2000.

Súmula 36

É inadmissível, pela instituição financeira, a apropriação de quaisquer valores de natureza salarial da conta bancária do devedor, exceto quando relativo a empréstimo garantido por margem consignável.

Súmula 35

A competência para o ajuizamento da ação de pagamento de seguro DPVAT é restrita aos foros dos locais onde ocorreu o acidente, dos domicílios do autor e da ré, sendo este a sede principal ou o da agência em que foi efetuado o pagamento do seguro obrigatório.

Súmula 34

A taxa de segurança, que corresponde ao serviço de combate a incêndio, quando instituída pelo município, ainda que por intermédio de convênio, é inconstitucional, tendo em vista que a sua criação é de competência tributária exclusiva do estado.

Súmula 33

A exigência de apresentação de certidão negativa de antecedentes para renovação da credencial de despachante não fere o princípio constitucional da presunção de inocência – certidão positiva é a circunstância de condenação com trânsito em julgado. Certidão negativa, para todos os fins de direito, inclusive para fins de renovação da credencial de despachante junto ao Detran, é toda aquela em que nada conste, como aquela com anotação de inquérito e ação penal sem, ainda, trânsito em julgado, em respeito ao princípio da presunção da inocência

Súmula 32

As leis estaduais 7.637/82 e 11.366/96 não infringem o princípio da isonomia, expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao estabelecer alíquotas diferentes para gratificações relacionadas ao Curso de Oficiais de Administração (COA) e ao Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais (CAO) da Polícia Militar do Estado do Paraná.

Súmula 31

Os juros moratórios na nota promissória rural limitam-se ao patamar máximo de 1% ao ano.

Súmula 30

Nas hipóteses de invalidez permanente anteriores à Lei 11.945/09, a indenização do seguro DPVAT deverá ser proporcional ao grau do dano sofrido, cuja mensuração carecerá de exame realizado perante o Instituto Médico Legal, ou, em sua ausência, através de perito indicado pelo juízo.

Súmula 29

Aos pedidos de complementação de indenização de seguro DPVAT, ainda que relacionados a eventos ocorridos anteriormente à entrada em vigor da Lei 8.441/92, não se aplica a limitação do § 1º do art. 7º da Lei 6.194/74.

Súmula 28

Nas desapropriações por utilidade pública, não obstante o contido no artigo 15, § 1º, do Decreto-Lei 3.365/41, exige-se a avaliação judicial prévia ao deferimento na imissão provisória da posse do imóvel.

Súmula 27

O recurso interposto em demanda que visa a declaração da ilegalidade da cobrança de tributos (PIS e Cofins) de forma embutida na conta do

consumidor, por se tratar de tema relativo à prestação de serviços, deve ser julgado pelas 11ª e 12ª Câmaras Cíveis.

Súmula 26

O recurso interposto em face de decisão proferida em demanda que pretende a restituição dos valores pagos indevidamente pelos consumidores, a título de taxa de esgoto cobrada pela Sanepar, deve ser julgado pela 11ª e 12ª Câmara Cível.

Súmula 25

Os diplomas e certificados expedidos pela Vizivali, do “Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil”, ofertado na modalidade a distância, não conferem aos alunos concluintes qualquer graduação A nível superior, senão a necessária capacitação para o melhor exercício de suas atividades docentes.

Súmula 24

É possível a terceirização do exame psicotécnico em concurso público para Agente Penitenciário do Estado do Paraná, sem que isso implique afronta ao art. 6º, § 2º da Lei Estadual 13.666/02.

Súmula 23

O recurso interposto em virtude de sentença que promove a revisão das cláusulas financeiras de contrato de mútuo com garantia fiduciária deve ser julgado pela 17ª e 18ª Câmaras Cíveis.

Súmula 22

A ação de adjudicação compulsória também denominada ação de outorga de escritura, não apresenta questão dominial a ser dirimida e não foi disciplinada pelo regimento interno, situando-se no âmbito dos recursos alheios à área de especialização.

Súmula 21

As ações judiciais contra atos disciplinares militares, nos termos da Emenda Constitucional 45, de 2004, devem ser processadas e julgadas perante a vara da auditoria da justiça militar.

Súmula 20

Em face do regime especial de pagamento introduzido pela Emenda Constitucional 62/09 (art. 97, ADCT), adotado pelo Decreto Estadual

6335/10-PR, carece de interesse processual o demandante da compensação de débito tributário com crédito representado por precatório; nas ações em andamento fundamentadas no art. 78 do ADCT, extingue-se o processo sem resolução de mérito (art. 267, VI do CPC).

Súmula 19

Os efeitos financeiros da promoção do servidor público (papiloscopista) têm início na data da publicação do respectivo decreto, afastada, nesse aspecto, a disposição contida no Decreto Estadual 1.770/03.

Súmula 18

É obrigatório o cadastramento dos magistrados ao sistema Bacenjud, no escopo de se conferir ao processo executivo maior celeridade e garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Súmula 17

O pagamento da complementação no seguro DPVAT pode ser exigido de qualquer seguradora integrante do convênio.

Súmula 16

Os juros moratórios, em repetição de indébito de contribuições previdenciárias, são devidos a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva.

Súmula 15

Os processos em que se discute a concessão de liminar referente a indisponibilidade de bens em ação civil pública, se faz necessária a demonstração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Súmula 14

Os processos em que se discute o desconto previdenciário sobrestado pela ADIN 2.189-3, de servidores inativos e pensionistas, assim como a repetição do indébito no período compreendido entre a vigência da Emenda Constitucional 20/98 e da EC 41/03, devem tramitar normalmente até o julgamento de mérito, sem aguardar o julgamento da referida ADIN pelo Supremo Tribunal Federal.

Súmula 13

Não se exige o curso de especialização para que os professores aposentados na classe “E” nível “5” sejam enquadrados na última classe e nível criado pela Lei Complementar 77/96, sobretudo porque o novo diploma legal

apenas reclassificou os cargos de carreira, devendo assim ser observados o § 8º, do art. 40, da Constituição Federal (art. 35, § 8º da Constituição Estadual), que estende aos inativos as mesmas benesses concedidas aos servidores da ativa, ao menos àqueles aposentados até a edição da EC 41/03, que modificou a disciplina.

Súmula 12

Nas ações de prestações de contas, em ambas as fases, é admissível a concessão de medida liminar de natureza cautelar para impedir ou suspender a inscrição do nome do devedor nos cadastros da proteção ao crédito.

Súmula 11

A Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, que deu nova redação ao artigo 275, I, do Código de Processo Civil e alterou o limite legal de adoção do procedimento sumário de 20 para 60 salários mínimos, tem aplicação imediata a todos os recursos pendentes de julgamento no Tribunal de Justiça. A competência recursal caracteriza-se como funcional, absoluta, e, portanto, inderrogável, circunstancia a competência de julgamento de todo e qualquer recurso com o valor da ação até 60 salários mínimos para o Tribunal de Alçada.

Súmula 10

Se o funcionário público não reclamou contra a supressão da gratificação da percentagem fazendária, em decorrência da Lei Estadual 5.978, de 1º de agosto de 1969 (art. 57), passados cinco anos prescreve o próprio fundo do direito e não apenas as prestações correspondentes, a teor do Decreto Federal 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Não se pode manter direito à percepção de vantagem concernente à verba fazendária, já que ela foi revogada por lei (Lei Estadual 5.978/69, do art. 57) e definitivamente desfeita por preceito constitucional (Constituição Federal de 1967, do art. 196), contra o qual não se pode arguir direito adquirido.

Súmula 9

O recurso cabível da decisão homologatória de simples atualização de conta de liquidação de sentença é o de agravo de instrumento, por não se tratar de ato que ponha termo ao processo (artigos 162, parágrafo 2º e 522, do Código de Processo Civil). É admissível, contudo o princípio da fungibilidade recursal desde que não decorrido o prazo previsto para o recurso apropriado.

Súmula 8

I – As indenizações para desapropriações, equivalentes em ORTNs, com trânsito em julgado, serão convertidas em OTNs. Expedido o precatório, devidamente formalizado, extinguem-se a obrigação de acordo com o artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil, com o seu efetivo pagamento;

II – As indenizações estabelecidas em cruzeiros, com trânsito em julgado, serão atualizadas até 28/02/1986, de acordo com a Súmula 561 do Supremo Tribunal Federal, sobre o principal, em suas respectivas parcelas, até as datas dos pagamentos efetuadas, deduzidas as importâncias pagas, também atualizadas. Feita a atualização, será a mesma transformada, definitivamente, na mesma data, em cruzados, nos termos dos decretos-leis 2.283/86 e 2284/86, com equivalência em OTNs. Expedido o competente precatório, extingue-se a obrigação, com o real pagamento, conforme dispõe o artigo 794, inciso I, do Código de Processo Civil.

Súmula 7

Nos processos regidos pela Lei de Falências (Decreto-Lei 7.661/45) não se aplicam as disposições da Lei 6.899/81.

Súmula 6

A gratificação pela Prestação de Serviços em Regime de Tempo Integral e Dedicção Exclusiva, incorpora-se, para todos os efeitos, aos vencimentos, e tem como base de incidência, não só o vencimento básico, como também, os acréscimos constitucionais e demais vantagens pecuniárias percebidas ou percebidas.

Súmula 5

A absorção da vantagem determinada pelo artigo 57 da Lei Estadual 5.978, de 1º de agosto de 1969, não importou em revogação ou extinção da gratificação de risco de vida e saúde instituída pelo Estatuto dos Funcionários Civis do Estado do Paraná de 1949 (art. 123, VI, *b*) e mantida pela posterior legislação. O vigente Estatuto manteve essa gratificação ao mencioná-la no artigo 127, V, e ao estabelecer no parágrafo único do artigo 354 que, até serem expedidos aos atos complementares referidos nos artigos 173 e 354, *caput*, para execução do Estatuto, continuaria em vigor a regulamentação existente anteriormente.

Súmula 4

Nas ações expropriatórias, com a imissão provisória na posse e de desapropriação indireta, são cumuláveis os juros moratórios e os compensatórios, pois os últimos têm finalidade diversa dos primeiros, ou seja, ressarcir o prejudicado pelo não uso da propriedade, durante o período que dela foi privado. Demais disso, tais juros compensatórios não padecem da limitação do artigo 1.063, do Código Civil e devem representar, assim, a melhor taxa do mercado (12% ao ano).

Súmula 3

Os adquirentes de imóvel indiretamente expropriado, mesmo que a aquisição ocorra posteriormente ao apossamento administrativo, têm direito de pleitear indenização contra o expropriante.

Súmula 2

Nas desapropriações, aplica-se o artigo 30 da Lei 3.365, de 21 de junho de 1941 com a seguinte interpretação:

As custas serão pagas:

- 1º) pelo autor, se o réu aceitar o preço oferecido;
- 2º) pelo autor, se o réu recusar o preço oferecido, prevalecendo essa oposição;
- 3º) em proporção, quando o preço oferecido for recusado, apresentando o réu outro, igualmente, não fixado pela decisão.

Súmula 1

Na indenização por desapropriação incluem-se os honorários do advogado do expropriado.