

REVISTA
JUDICIÁRIA
DO PARANÁ

REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

Diretor
Joatan Marcos de Carvalho

Editor Responsável
Luiz Fernando de Queiroz

7

AMAPAR

FICHA TÉCNICA

Revista Judiciária do Paraná

Ano IX, n. 7, Maio 2014

Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná

Periodicidade: Semestral (novembro e maio)

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

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção Editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabeth Pissaia

Produção Gráfica: Jéssica Regina Petersen

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

Capa: Priory

Projeto Gráfico: BPM Multi

www.amapar.com.br

Tiragem desta Edição: 5 000 exemplares

Local de Publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Edição, Publicação e Distribuição

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

www.bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

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

Semestral

ISSN 2316-4212

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

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)

IMPRESSO NO BRASIL/PRINTED IN BRAZIL

Revista **Judiciária** do Paraná

Conselho Executivo

Presidente

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

José Wanderlei Rezende

Juarez Cirino dos Santos

Laurentino Gomes

Luiz Edson Fachin

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Manoel Caetano Ferreira Filho

Mário Frota

René Ariel Dotti

Ricardo Hasson Sayeg

Roberto Portugal Bacellar

Teresa Arruda Alvim Wambier

Apoio

COPEL – Companhia Paranaense de Energia Elétrica

CAIXA – Caixa Econômica Federal

SINDISEG-PR/MS – Sindicato das Empresas de Seguros Privados, de Resseguros, de Previdência Complementar e de Capitalização nos Estados do Paraná e do Mato Grosso do Sul

AMAPAR

Associação dos Magistrados do Paraná

Diretoria

Presidente Frederico Mendes Junior, *1º Vice-Presidente* Nilce Regina Lima, *2º Vice-Presidente* Laryssa Angélica Copack Muniz, *3º Vice-Presidente* Aurênio José Arantes de Moura, *4º Vice-Presidente* Luiz Taro Oyama, *5º Vice-Presidente* João Maria de Jesus Campos Araújo, *6º Vice-Presidente* Geraldo Dutra de Andrade Neto, *1º Secretário* Márcio José Tokars, *2º Secretário* Roberto Antonio Massaro, *1º Tesoureiro* César Ghizoni, *2º Tesoureiro* Michela Vechi Saviato, Eduardo Casagrande Sarrão, Diego Santos Teixeira, Nicola Frascati Junior, *Diretores Executivos* Fábio André Santos Muniz, Fernando Bueno da Graça, Noeli Salete Tavares Reback, Antonio Lopes de Noronha Filho, Luiz Fernando Tomasi Keppen, *Apoio e Valorização ao Magistrado* Sigurd Roberto Bengtsson

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, *Assuntos Legislativos* Antônio José Carvalho da Silva Filho, *Assuntos Previdenciários* Marcos Antonio da Cunha Araujo, *Diretor Comunicação Social* Rogerio Ribas, *Diretor Comunicação Social* 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, Osvaldo Canela Junior, *Divulgação e Revista* Joatan Marcos de Carvalho, *Esportes* Davi Pinto de Almeida, *Atletismo* Roger Vinicius Pires de Camargo Oliveira, *Atletismo* Shaline Zeida Ohi Yamaguchi, *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 Hirama 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 Dosciatti, Gilberto Ferreira, Raul Luiz Gutmann, André Carias de Araújo, *Social – Diretora* Beatriz Fruet de Moraes, *Vice-Diretora* Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa, *Vice-Diretora* Andrea Fabiane Groth Busato, *Tênis – Diretor* Wilson José de Freitas Junior, *Tênis – Diretor* André Carias de Araujo

Sedes

Colombo – Diretor José Luiz Dosciatti, Foz do Iguaçu – Diretor Geraldo Dutra de Andrade Neto, 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 Binbara de Mello, Pilarzinho – Vice-Diretor Romero Tadeu Machado, Piraquara – Diretor Nelson França Pereira, Piraquara – Vice-Diretor Davi Pinto de Almeida, Ponta Grossa – Diretora Noeli Salete Tavares Reback, Ponta Grossa – Vice-Diretora Heloisa da Silva Krol

Conselho Fiscal

Presidente Jederson Suzin, Membros Jeane Carla Furlan, Giovanna Rechia de Sá, Jurema Carolina da Silveira Gomes, Marcel Ferreira dos Santos, Marcos Antônio de Souza Lima, Ricardo Henrique Ferreira Jentsch, Ricardo Luiz Gorla, Walter Ligeiri Junior, Beatriz Fruet de Moraes, Branca Bernardi, Suplentes Fabrício Voltaré, Juliano Albino Mânica, Marcelo Quentin

Comissão de Prerrogativas

Presidente Carlos Eduardo Mattioli Kockanny, Membro da Comissão Carlos Henrique Licheski Klein, Membro da Comissão Alexandre Gomes Goncalves, Membro da Comissão Oswaldo Soares Neto, Membro da Comissão Ariel Nicolai Cesa Dias

EMAP

Diretor Geral Francisco Cardozo Oliveira, Supervisor Pedagógico Lourenço Cristóvão Chemim, 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 Perieto

JUDICEMED

Presidente Frederico Mendes Junior, Vice-Presidente Luciano Carrasco Falavinha Souza, Diretor Financeiro Luís Carlos Xavier, Diretor Administrativo Nicola Frascati Junior, Conselho Fiscal – Presidente Stewalt Camargo Filho, Conselho Fiscal – Membros Rui Antonio Cruz, José Candido Sobrinho, Conselho Fiscal – Suplente Michela Vechi Saviato, Antonio Renato Strapasson, Hayton Lee Swain Filho, Conselho Gestor Shiroshi Yendo, Antonio Loyola Vieira

Associação dos Magistrados do Paraná

www.amapar.com.br

Av. Cândido de Abreu, 830 – Centro Cívico

CEP: 80.530-000 – Curitiba – Paraná

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

SUMÁRIO

13 APRESENTAÇÃO

Renovando os Ritos

JOATAN MARCOS DE CARVALHO

ANÁLISE

17 Um Direito de Cláusulas Gerais? Sentido e Limites

J. OLIVEIRA ASCENSÃO

DOCTRINA

33 A Aplicação da Boa-fé Objetiva no Processo Civil: O Dever de Mitigar o Dano e a Vedação ao *Venire Contra Factum Proprium*

ROGÉRIA FAGUNDES DOTTI

51 Ensaio sobre a Constitucionalidade, a Razoabilidade e a Prisão Especial no Processo Penal Contemporâneo

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO

BRUNA ARAUJO AMATUZZI BREUS

65 Elisão e Evasão Fiscal

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

85 A Resolução Alternativa de Conflitos Cíveis na Inglaterra

LUIZ FERNANDO TOMASI KEPPEM

- 91 **Há Vários Caminhos para o Juiz?**
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER
- 101 **A Formação de Juízes como Imperativo Ético**
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
- 109 **Impugnação à Execução de Título Judicial**
ACCÁCIO CAMBI
- 119 **A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário**
MICHELLE ARIANE DE LIMA SEABRA
- 141 **Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha – Abandono de Posição Jurídica (*Surrectio* e *Supressio*): Decretação da Prisão Preventiva?**
MÁRCIO AUGUSTO MATIAS PERRONI
- 151 **Inquirição de Testemunha Diretamente pelas Partes: O Art. 212 do CPP**
RENATO MARCÃO
- 157 **Os Limites da Incidência do Código de Defesa do Consumidor nos Serviços Públicos – Doutrina e Jurisprudência**
GISELE CRISTIANE PRUDÊNCIO DA SILVA
- 181 **Apontamentos sobre a Ineficácia do Direito Ambiental Internacional**
BÁRBARA CRISTINA KRUSE

193 **A Sistemática dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil: Algumas Observações Iniciais a Respeito dos Limites Argumentativos da Fundamentação**

MAIRA PORTES

207 **A Responsabilidade Civil Objetiva do Estado e o Direito à Saúde**

**BRUNO HENRIQUE GOLON
ROSANGELA MARA SARTORI BORGES**

229 **Limites do Poder de Polícia**

**THIAGO BATISTA HERNANDES
MARÍLIA BEATRIZ CARVALHO LUCAS**

EM DESTAQUE

257 **Linguagem Forense**

ALBINO BRITO FREIRE

JURISPRUDÊNCIA

263 **Ementário do TJPR**

Administrativo, 263

Civil, 269

Criminal, 279

Processo Civil, 284

Tributário, 291

297 **Súmulas do TJPR**

APRESENTAÇÃO

Renovando os Ritos

Com a publicação do número 7 da Revista Judiciária do Paraná os ritos se renovam com perfeita regularidade, de duas publicações anuais, sempre em maio e novembro de cada ano, sendo este o quarto pela editora Bonijuris.

E se renovam os ritos porque é um novo ano, é uma nova gestão frente à AMAPAR e à EMAP, de quem temos recebido apoio integral, juntamente com o TJPR; tais segmentos formam o núcleo desta publicação, que vem se tornando uma referência paranaense nas letras jurídicas nacionais.

Temos recebido incentivo e manifestações elogiosas importantes daqueles que são os destinatários da RJP, enviada aos magistrados paranaenses, a todos os tribunais do país, às escolas da magistratura, associações de magistrados, parcela da OAB, procuradorias de justiça e de estado e aos tribunais superiores.

Esta distribuição, embora onerosa, tem sido e pretendemos que continue sendo um dos diferenciais da RJP; e, muito embora de maneira geral estejamos nos encaminhando para o fim do suporte físico das publicações em papel, o apelo ao livro-objeto é, ainda, muito marcante e significativo para todos aqueles que tiveram a maior parte de suas formações em época pré-digital.

Ao tempo em que lançamos o #7 da RJP, estamos trabalhando na construção de uma renovada página digital da revista (www.revistajudiciaria.com.br), que vem se tornando conhecida e cada vez mais fácil de ser acessada e consultada.

Podemos claramente perceber que a Revista Judiciária não só conquistou a aceitação de uma publicação regular, mas que tem granjeado simpatizantes e colaboradores que certamente contribuirão para que ela alcance o status a ela reservado no panorama jurídico nacional.

É bem verdade que precisamos avançar. Se já ganhamos corpo e somos vistos como uma publicação promissora e de futuro, precisamos ainda conquistar a aceitação maciça dos magistrados, advogados e juristas paranaenses.

Prosseguiremos com o propósito de propiciar um espaço de publicações semestrais, com um formato leve e consistente, que possibilite um bom volume de artigos de leitura atual, prática e útil aos nossos leitores.

Para isso precisamos continuar contando com o apoio imprescindível dos nossos colaboradores, patrocinadores e leitores; assim, mais uma vez, agradecemos o trabalho indispensável do Bonijuris, dos funcionários da Amapar, do Conselho Executivo e do Conselho Editorial.

Curitiba, maio de 2014.

Joatan Marcos de Carvalho

Diretor da RJP

ANÁLISE

UM DIREITO DE CLÁUSULAS GERAIS? SENTIDO E LIMITES*

J. OLIVEIRA ASCENSÃO*

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

EXCERTOS

“O Código do Consumidor permitiu uma aplicação integrada de princípios constitucionais e, particularmente, a atribuição às instituições privadas do sentido funcional que a constituição reclama”

“É frequente no Brasil afirmar-se, quando se refere uma realidade valorativa, ‘isso é subjetivo’. Com subjetivo quer-se então significar que está sujeito ao entendimento de cada um. Não está. Na base dos valores ou princípios estão grandes realidades intelectuais que têm o seu conteúdo próprio”

“A ordem jurídica exige estabilidade e previsibilidade das soluções. São estas que garantem a segurança que proporciona uma ordem jurídica objetiva de que todos participam. A invocação da subjetividade pode disfarçar simplesmente a ignorância ou a preguiça do intérprete”

“As cláusulas gerais surgem como grandes propulsoras do desenvolvimento da ordem jurídica, dando pistas de descoberta ou desenvolvimento da ordem normativa; e levam até, pela consolidação dos resultados obtidos, à gênese de outros preceitos legais”

“As cláusulas gerais, que traduzem o sentido ético e funcional para que tende o ordenamento hoje emergente, contribuem muito para a humanização do direito, que surge como proposta de vanguarda nas nossas ordens jurídicas”

*** Outras qualificações do autor**

Doutor em Ciências Histórico-Jurídicas. Advogado.

1. Enquadramento do tema

O tema que nos propomos versar, para ser devidamente enquadrado, exige que partamos de um pouco longe. Há que ter como pano de fundo a Revolução Francesa, que encerra toda uma época histórica e abre, de modo assaz sanguinolento, as portas para a idade contemporânea, que vivemos ainda.

Numa outra vertente, a um direito que até então teria como fundamento a justiça sucede o direito abstrato, único e imutável, criado pela razão humana. Mas esse direito ideal poderia ser reduzido a escrito e posto a vigorar como lei. O modelo é o *Code Civil* de Napoleão, que se apresenta como o jusracionalismo codificado e é (im)posto a vigorar em vários países europeus.

Os juízes são objeto de suspeita por serem considerados braços do poder que fora derribado. Exalta-se pelo contrário a lei, divinizada como produto da razão universal e simultaneamente expressão da vontade do povo. Assim, o juiz é apenas a boca que “fala” as palavras da lei – dentro do entendimento simplista de que a lei continha todas as soluções. Temos o que chamamos de *mecanicismo*¹ – o juiz, quando solicitado, ditava como que automaticamente a solução legal.

O papel do juiz é ainda ulteriormente limitado pelo júri, que é também uma instituição ideológica, imposta por se considerar que exprimia a soberania do povo.

Esta visão está na base da sociedade liberal do século XIX, embora pela via de muitas metamorfoses e convulsões. Traz a marca do *subjetivismo*, muito próprio do *individualismo*, que se tornou dominante com a revolução industrial; e com o *voluntarismo*, que justificará as vinculações assumidas: o contrato obriga porque foi querido, fosse qual fosse o seu conteúdo.

É característica deste quadro a emergência do *contrato de adesão*. É uma figura de caracterização e avaliação difíceis. Não é um novo tipo de contrato, será antes uma matriz de contratos. O conteúdo era predisposto por uma das partes (evidentemente, a parte mais forte) e oferecido a quem estivesse em condições de se vincular. A diferença de poder efetivo das partes é irrelevante: bastava que alguém “acesse”. Mas teria querido? Dispensaram-se indagações mais profundas. Bastava que o aderente conhecesse (ou tivesse podido conhecer) aquilo a que se vinculava.

Apesar de suscitar também contestações, pelo emergir dos choques sociais e pela formulação de doutrinas coletivistas, o sistema foi imposto por quem dele tirava proveito.

No tocante à ciência do direito, a prioridade passa para a doutrina alemã². Mas podemos dizer que a tendência geral foi a de um refúgio no que podemos designar de *formalismo*.

No início do século XIX a figura dominante foi a de Savigny. As suas construções histórico-sistemáticas são brilhantes, mas não privilegiam a apreciação do conteúdo das situações jurídicas. Na segunda metade do século temos o *positivismo* jurídico, mas ao contrário do que se poderia esperar este caracterizou-se no direito pelo refinamento da técnica, com o isolamento do fenômeno jurídico em relação à realidade social.

Entre Savigny e o positivismo, temos Jhering, que nos desperta para a substância, com livros como *O Fim do Direito* e *A Luta pelo Direito*. Mas dele podemos dizer que teve razão antes de tempo. As suas posições só vieram a dar pleno fruto após a guerra de 1914-18, a *Grande Guerra*.

Em 1900 surge o Código Civil alemão, o BGB³. A ele está ligado o nome de outro notável jurista, Windscheid. A linha técnica é brilhante e ganha o primeiro plano na atenção dos estudiosos, mas a sensibilidade para a substância é escassa.

Com tudo isto temos as bases da *Belle Époque*, a satisfação das camadas burguesas e a tranquilidade da prosperidade assegurada.

Tudo, entretanto, desaba com a chamada Grande Guerra. Os escombros que deixou englobaram também os escombros da ciência jurídica. Tudo ficou para rever a uma nova luz.

Há aspectos positivos, como a reação pós-guerra na Alemanha, a grande vencida, e a sensibilidade social despertada. Surge então a Constituição de Weimar e a proclamação da função social – “A propriedade obriga”. A nova orientação teve também como base a consciencialização da pessoa humana, que aparece como um *upgrade* do indivíduo que dominara no século XIX. Aperfeiçoam-se institutos como as *cláusulas negociais gerais*⁴, que exprimem esta nova atenção prestada à substância dos regimes jurídicos⁵.

Infelizmente, o que poderia ser um movimento promissor é abruptamente truncado pela emergência do nazismo, a guerra mundial de 1939-45, as duas bombas atômicas lançadas sobre cidades densamente povoadas e a subsequente divisão do mundo em dois grandes blocos hostis. Por sorte nossa, ficamos do lado de cá.

2. A cláusula geral e o lugar central do juiz na sua aplicação

Feito este enquadramento entramos agora (dirão que já não era sem tempo...) no tema das cláusulas gerais.

O problema imediato consistia em saber como resolver com leis antigas os magnos problemas jurídicos suscitados. Desde um código civil de 1804 em França aos códigos subsequentes, tudo aparecia desatualizado perante a magnitude dos problemas a resolver.

A grande tentação é a do recurso à equidade. Tudo se resolveria pela busca da solução justa à luz das circunstâncias do caso concreto. Mas utilizar a equidade sem haver lei que o permita é recorrer a um expediente ilícito, pura e simplesmente⁶.

O problema era outro. Era o de reestruturar a ordem objetiva da comunidade.

Não obstante, algum progresso tinha sido feito. Em 1942 fora aprovado o Código Civil italiano, instrumento científico de muito mérito, apesar da época em que foi elaborado. As constituições que foram sendo aprovadas terminada a guerra davam relevo aos direitos fundamentais. E, sobretudo, manifestavam respeito pelo primado da pessoa humana, que surgia por contraste com as ocorrências que tinham levado à catástrofe, nomeadamente na Europa.

As *cláusulas gerais* surgem-nos justamente como um dos marcos deste direito valorativo a que se tende. Mas antes de passar ao exame destas, advertimos que a terminologia adotada é extremamente infeliz.

“Cláusula” é uma estipulação negocial, no seu sentido básico. Aparece com este sentido quando falamos em “cláusulas negociais gerais”, por exemplo. Mas as cláusulas gerais que referimos agora não são estipulações das partes, são polos ou critérios normativos de valoração, que presidem à interpretação e aplicação de regras jurídicas. São elementos que injetam sentido e substância na ordem normativa, de modo a enriquecê-la, para se tornar uma ordem valorativa mesmo quando não há mudança de leis. Podemos dizer que constituem ainda *preceitos*, mas não são *regras*⁷, como as outras, e muito menos *cláusulas*. Não pautam um tipo de relação, antes presidem à interpretação e sobretudo à aplicação de regras jurídicas, introduzindo sentido e substância na aplicação. Exigem por isso uma valoração por parte do intérprete, não se bastando com meras descrições.

A cláusula geral mais utilizada é a da boa-fé⁸. Mas há que prevenir contra o abuso desmesurado que desta cláusula se tem feito, porque o que serve para tudo não serve para nada.

O ato de valorar é exclusivamente humano: precisa pois de um *medium*. O *medium* é, em última análise, o juiz. Este passa assim a ter uma função radicalmente inversa da que lhe foi atribuída inicialmente, como uma espécie de autômato na indicação e aplicação da lei. Ganha um novo protagonismo, um lugar central, particularmente na aplicação desses critérios à solução dos casos concretos.

3. A viragem para a eticização do direito

O juiz será capaz de desempenhar um papel tão responsabilizador?

Não é assim que se coloca a questão. O juiz *tem* de o fazer. Cabe-lhe resolver todas as matérias sujeitas a juízo, das da energia nuclear às psiquiátricas... E precisa de aplicar as cláusulas gerais por maioria de razão, uma vez que suscitam questões de índole estritamente normativa, mesmo quando apresentam um fundo ético (probidade, bons costumes...).

Mas as cláusulas gerais são muitas. Além das que acabamos de referir, podemos mencionar a ordem pública, a confiança, a proporcionalidade, a razoabilidade e muitas mais. O labor da doutrina e da jurisprudência tem construído outras, como o abuso do direito, o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*...

Como o juiz tem de saber valorar, uma vez que se encontra no centro de um direito de cláusulas gerais, exige-se-lhe muita formação – tal como se lhe exige bom senso e sentido dos limites. Mas, como dissemos, nunca o juiz pode dispensar a lei, antes a pressupõe e cabe-lhe captá-la, bem como aplicá-la e até colaborar na melhoria desta.

No início deste século vivemos um momento jurídico alto, com a reforma do livro do direito das obrigações do BGB. Falou-se modestamente na *Modernisierung*, mas na realidade foi-se além.

Foi obra de anos de estudos e debates e ficou a cargo de uma equipe de grande nível, presidida pelo professor Canaris – o que bastaria para o fazer passar à história. Com efeito, reformar um monumento científico como o BGB é uma grande tarefa, que foi coerentemente levada a cabo. Conseguiu desde logo um impacto profundo no modo de conceber a legiferação.

Na verdade, após quase dois séculos de *codificação*, a moda tinha passado a ser a *descodificação*. Esta corrente atingiu reflexos no

Brasil, num movimento que considerava a codificação ultrapassada e defendia a descodificação como a prática adequada ao dinamismo da sociedade atual.

A reforma do Livro do Direito das Obrigações do BGB veio demonstrar que era possível a *recodificação*, passando esta a ser o movimento de vanguarda. As vantagens são evidentes: permitem que sejam reintegradas no Código Civil matérias que andavam dispersas por leis extravagantes. A recodificação dava-lhes coerência, pois submetia-as a uma unidade de sentido, com base em princípios comuns. E permitia robustecer o conteúdo sociofuncional do BGB, dando abertura a princípios arrojados que o enriqueciam.

Para o conseguir, porém, são necessários juristas de nível elevado. Por isso é tão importante a formação jurídica.

A tendência “substancialista” manifesta-se logo no primeiro artigo do Livro do Direito das Obrigações, o § 241. A este é acrescentado um n. 2, que podemos traduzir assim: “A obrigação pode, pelo seu conteúdo, obrigar cada parte a ter em conta os direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte.” Há assim uma consagração geral da solidariedade nas obrigações, que vem na continuidade dos “deveres de proteção” que a doutrina alemã aprofundara criteriosamente⁹.

Resulta daqui uma visão humanizada da obrigação. Esta visão põe em causa a própria definição corrente da relação jurídica, como “a solução pacífica dum conflito de interesses”. Não seria a intenção de quem a utilizava, mas o acento no *conflito* fazia ressaltar o antagonismo. A mudança operada tem o efeito nada despiciendo de antepor outra vertente, a da cooperação ou colaboração. A obrigação é um instrumento em que as partes se implicam para uma tarefa e um fim comuns, que satisfaz os interesses de ambas¹⁰. Assim se dá um passo muito importante na eticização do direito e portanto na superação do formalismo inicial.

Integra-se nesta tendência a insistência na *função* das situações jurídicas. Particularmente no que respeita à função social, a Constituição Federal de 1988 é provavelmente, entre todas as constituições, a que lhe dá maior relevo¹¹.

Esse relevo projeta-se no Código de Defesa do Consumidor de 1990. Mas o que respeita ao direito do consumidor merece uma consideração autônoma.

A emergência
de um direito
valorativo e
funcionalizado não
deixa de ter
os seus perigos

4. Direito do consumidor e direito civil

O Código de Defesa do Consumidor é, ao que sabemos, o primeiro código do consumidor do mundo. Surgido apenas dois anos após a constituição, teve um objetivo estratégico que ultrapassa muito a própria defesa do consumidor. Foi o instrumento a que coube a função de implantar no direito privado os princípios ou pelo menos o espírito da constituição. Funciona a chamada *aplicação horizontal* dos princípios constitucionais, o que conduz a uma mudança no entendimento global das instituições privadas. O fato é particularmente importante no Brasil, pois vigorava o Código Civil de 1916, o qual, apesar da sua qualidade, era ainda uma emanção do positivismo dominante. O Código do Consumidor permitiu uma aplicação integrada de princípios constitucionais e, particularmente, a atribuição às instituições privadas do sentido funcional que a constituição reclama.

Contudo, surgiam dificuldades de ajustamento. Estava suspenso o projeto de um novo Código Civil, fruto do labor de um lote qualificado de juristas, sob a orientação de Miguel Reale¹². Esse projeto remontava ao início dos anos 1970. Procedeu-se a uma revisão e mais uma vez se verificou que as assembleias legislativas não são as entidades adequadas para providenciar códigos: a revisão foi limitada e insuficiente. O Código Civil, finalmente aprovado em 2002, estava muito longe de espelhar as orientações da Constituição de 1988.

Isto significa que, no Brasil, o direito privado assenta pelo menos num tripé algo desconjuntado: o Código Civil de 2002, que deveria selar a evolução, é na substância anterior à Constituição de 1988 e em várias matérias está em conflito com o Código do Consumidor de 1990. O jurista tem de recorrer a todas essas fontes e proceder à operação delicada de extrair desta pluralidade a norma aplicável. E assim, por exemplo, o espírito de cooperação das partes no negócio, de que falamos atrás, pode também ser prosseguido no Brasil.

Fala-se, por isso, noutra importação linguística, em *diálogo das fontes*. É uma imagem sem dúvida interessante, mas é uma imagem só. Tecnicamente, o que há na essência é outro princípio fundamental: o *princípio da unidade da ordem jurídica*. É este que permite à jurisprudência e à doutrina elevarem-se progressivamente a consequências não expressas mas assentes nas fontes aplicáveis.

No domínio das cláusulas gerais, esse princípio permite que todo o direito participe das cláusulas gerais constitucionais, ainda que estas

tenham sido originadas ou desenvolvidas só no nível constitucional. É o que se passa, paradigmaticamente, com a *proporcionalidade*. Hoje reconhece-se que esta se projeta em toda a ordem jurídica, embora a sua gênese tenha sido estritamente constitucional. É a projeção de valores que não podem deixar de compor todos os ramos do direito¹³.

5. Valoração, subjetivismo e arbítrio

Toda afirmação suscita o seu contrário. A emergência de um direito valorativo e funcionalizado não deixa de ter os seus perigos também. O perigo maior é o de se resvalar para o arbítrio, particularmente para o arbítrio do julgador.

É frequente no Brasil afirmar-se, quando se refere uma realidade valorativa, “isso é subjetivo”. Com *subjetivo* quer-se então significar que está sujeito ao entendimento de cada um. Não está. Na base dos valores ou princípios estão grandes realidades intelectuais que têm o seu conteúdo próprio. Há que determiná-lo, mesmo que exijam um esforço de abstração grande e provoquem divergências. Todo o raciocínio é, por natureza, sempre subjetivo, mas o que se pretende com aquele qualificativo usual é antes um subterfúgio para fugir à tarefa intelectual da busca do sentido. Deste modo, tudo se lança para o arbítrio – no final, para o arbítrio do julgador. O juiz decidiria como gostasse mais, com lei ou sem lei.

Não pode ser assim. O arbítrio judicial é incompatível com o estágio civilizacional em que nos encontramos. A ordem jurídica exige estabilidade e previsibilidade das soluções. São estas que garantem a segurança que proporciona uma ordem jurídica objetiva de que todos participam. A invocação da subjetividade pode disfarçar simplesmente a ignorância ou a preguiça do intérprete.

Pode-se chegar a extremos, como acontece com a corrente, também importada, que se designa *direito alternativo*¹⁴. Esta implica a imposição aos demais de uma visão do mundo. Quando vemos um dos seus próceres afirmar que, para se ser bom alternativista, é necessário ser-se marxista, exprime-se uma posição inadmissível numa sociedade pluralista como a nossa, fazendo depender o direito de uma ideologia. Isto significa a degradação da sociedade pluralista em que nos situamos e que com prática unanimidade se afirma prosseguir, pela leitura do direito objetivo como um direito sectário.

Há, no entanto, um perigo ainda maior, consistente no manuseio acrítico das cláusulas gerais. Cada cláusula tem um sentido, que é necessário fixar com precisão. Não é isso que frequentemente vemos acontecer.

Tomemos como exemplo a boa-fé. Pode-se, sem exagero, considerá-la a rainha das cláusulas gerais. Mas assistimos ao fenômeno preocupante de a todo o propósito invocar a boa-fé. Por exemplo, quando se defrontam os problemas da validade de cláusulas do contrato de adesão, ou de cláusulas ilícitas em geral, ou das cláusulas não comunicadas, logo se afirma que são rejeitadas por contrárias à boa-fé. Mas na realidade são ilícitas por o serem, pura e simplesmente, sem para nada ser necessário invocar a cláusula geral da boa-fé.

Deste modo, a boa-fé acaba por ser uma bengala que serve para tudo. Diz-nos a experiência que o que serve para tudo não serve para nada. A cláusula geral fica, assim, dessorada. Em vez de se procurar o seu sentido autêntico, transformou-se num estribilho sem valor argumentativo.

Outro desvio que devemos assinalar está no uso inadequado das cláusulas gerais nas próprias leis. Vamos dar um exemplo extraído da lei portuguesa, numa matéria que é aliás muito sensível também no Brasil: a das limitações voluntárias dos direitos de personalidade¹⁵.

O art. 81 do Código Civil português, regulando a matéria, determina que toda a limitação voluntária é nula se for contrária aos princípios da ordem pública.

Se não erramos, a cláusula apropriada não é esta: é antes a dos bons costumes. O exemplo é porém elucidativo da necessidade de se aprofundar o sentido próprio de cada cláusula geral, sob pena de se criarem grandes dificuldades à prática. No caso, a cláusula da ordem pública é de conteúdo particularmente difícil de fixar. O intérprete defrontará grandes perplexidades na aplicação, se não se tiver esclarecido antecipadamente o sentido de cada cláusula.

Por vezes, ainda, foge-se a este indispensável trabalho através de um subterfúgio: acumulam-se cláusulas gerais, como se todas elas fossem aplicáveis ao caso concreto. O mau exemplo provém por vezes do próprio legislador. Seja o caso do art. 51, IV, do Código do Consumidor, a propósito das cláusulas abusivas: dispõe que são nulas de pleno direito as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Mas não é a repetição de cláusulas que dispensa o trabalho

de caracterização de cada; e, em caso da legiferação, que torna preciso o sentido. Pelo contrário, o intérprete ver-se-á perante a dificuldade da escolha da cláusula adequada e até perante repetições eventuais: é assim que terá de conjugar “iníquas” como incompatíveis com a equidade, quando significam praticamente a mesma coisa.

6. O contributo das cláusulas gerais

O caminho correto é exatamente o contrário. Consiste antes em procurar o sentido específico de cada cláusula geral. Cada uma exige um trabalho único de reflexão, mas só deste modo se poderá chegar a uma aplicação justificada e segura. Assim procedem os juristas dos países que exemplarmente trabalham com elas: racionalizam-nas, de modo a que se extraia todo o sentido e potencial de cada cláusula, para chegar pela aplicação dela a novos resultados jurídicos.

A jurisprudência tem aqui uma participação essencial, ao determinar a solução dos casos concretos pela escolha e aplicação das cláusulas adequadas, em diálogo com a doutrina.

Deste modo, as cláusulas gerais surgem como grandes propulsoras do desenvolvimento da ordem jurídica, dando pistas de descoberta ou desenvolvimento da ordem normativa; e levam até, pela consolidação dos resultados obtidos, à gênese de outros preceitos legais¹⁶.

As cláusulas gerais são ainda valiosas, encaradas por outro ângulo. Se bem utilizadas, elas representam elementos de eticização e humanização da ordem jurídica.

Falamos atrás do espírito de cooperação que a visão social dos ordenamentos constitucionais impõe. As leis civis não os traduzem por vezes adequadamente. Mas a introdução de cláusulas gerais, com a densidade substantiva que as caracteriza, exclui os entendimentos meramente formais.

Suponhamos que, em contrato de compra e venda de coisa móvel, se estipulou que ao vendedor cabia a entrega, devendo deixar a coisa vendida à porta da casa do comprador. Suponhamos que o vendedor vem fazer a entrega em dia de temporal e não se encontra ninguém em casa. O vendedor resolve então deixar a mercadoria à porta da casa. Com isso a embalagem é arrastada pela enxurrada e a mercadoria perde-se. O vendedor, formalmente, cumpriu: deixou como foi estipulado.

Todavia, num ponto de vista substancial, ele não cumpriu o que lhe competia para com o devedor. Substancialmente, há um laço de

cooperação devedor/credor que não é compatível com o desinteresse do vendedor pela sorte da mercadoria.

Ao vendedor cabe ainda providenciar para que o interesse da outra parte seja efetivamente satisfeito. Isso só acontece se ele agir de maneira que a mercadoria fique em condições de chegar íntegra ao comprador – por exemplo, deixando-a em lugar seguro no exterior da casa ou levando-a consigo para entrega posterior.

Dir-se-á: mas isso pode acarretar trabalhos e despesas ao vendedor que não estavam previstos. É verdade. Mas também leva a considerar que, numa relação correta de cooperação, tudo o que as partes fizerem, se razoavelmente tiveram por fim preservar os interesses da outra parte, deve ser ressarcido.

Isto quer dizer que a conduta das partes deve ser objeto duma apreciação substancial, à luz do fim do contrato e dos interesses envolvidos, não bastando uma satisfação meramente formal que corresponderia, afinal, à hipocrisia.

Assim as cláusulas gerais, que traduzem o sentido ético e funcional para que tende o ordenamento hoje emergente, contribuem muito para a humanização do direito, que surge como proposta de vanguarda nas nossas ordens jurídicas.

Notas

* Este artigo é destinado aos estudos em homenagem ao professor Newton De Lucca.

¹ Veja-se o nosso *Mecanicismo, equidade e cláusulas gerais no direito das obrigações*, in “Direito das Obrigações – Reflexões no Direito Material e Processual”, obra em homenagem a Jones Figueirêdo Alves (coordenadores: Fernanda Pessoa Chuahy de Paula *et al.*), ed. Gen/Método (São Paulo), 2012, 327-38.

² É também importante a evolução no Reino Unido, mas podemos abstrair dela pelo afastamento dos sistemas de *common law* em relação aos do continente europeu.

³ *Bürgerliches Gesetzbuch*.

⁴ Designação que substitui o *contrato de adesão* e que preferimos a “condições gerais dos contratos” e a “cláusulas contratuais gerais”.

⁵ No ponto de vista político-sociológico, aprofunda-se a cisão entre social-democracia e comunismo (sem nos deixarmos prender pelos rótulos).

⁶ Isto não impede que toda a aplicação da lei se deva fazer à luz das circunstâncias do caso concreto. Mas aqui o que funciona não é a equidade, porque o critério de decisão não é já a Justiça como valor, mas a máxima de decisão aplicável àquele caso, extraída do ordenamento normativo.

⁷ As regras ou normas são estruturadas por uma previsão e uma estatuição.

⁸ Prevê-a por exemplo o art. 422 do CC de 2002. Dispõe: “Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁹ No projeto afirmava-se na sequência: “Este pode ser o único conteúdo da obrigação.” Este trecho acabou porém por ser eliminado.

¹⁰ Embora estes continuem a poder ser diferentes. Neste caso, que é o mais frequente, a cooperação é instrumental para a obtenção dos fins de ambas as partes.

¹¹ Podemos recordar outra figura que só se explica tendo em consideração o plano funcional das situações jurídicas: o chamado *abuso do direito*. A figura é originária da doutrina francesa e a expressão é de grande infelicidade. No Código Civil atual está incluída nos atos ilícitos. O art. 187, retomando uma fórmula que vem do Código Civil grego, com passagem pelo Código Civil português, dispõe que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Na realidade, o que está em causa é o *exercício disfuncional de situações jurídicas*. É mais uma vez a ideia de função a irromper da lei.

¹² E com a participação dinamizadora do depois ministro Moreira Alves.

¹³ De certo modo, assim se passa também com o princípio afim da *razoabilidade*.

¹⁴ Veja-se a nossa *Introdução à Ciência do Direito*. 3. ed., Renovar (Rio de Janeiro), 2005, n^{os} 275 a 277. Veja-se também o nosso estudo *Derecho Alternativo, in Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, Legis (Bogotá – Colombia), n. 10, Enero-Marzo 2005, 75-86.

¹⁵ No Brasil, o art. 11 do Código Civil dispõe que os direitos de personalidade não podem sofrer limitação voluntária – o que cria grandes problemas porque a determinação é completamente irrealista. A todo o momento nós restringimos validamente os nossos direitos fundamentais, na normalidade ética da vida corrente. Nenhuma sociedade poderia funcionar de outra maneira.

¹⁶ Como aconteceu exuberantemente na “modernização” do livro do *Derecho das Obrigações* na Alemanha, que conduziu à incorporação do BGB de muitas soluções consolidadas já pela doutrina e consagradas por jurisprudência constante.

DOUTRINA

A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO PROCESSO CIVIL: O DEVER DE MITIGAR O DANO E A VEDAÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

ROGÉRIA FAGUNDES DOTTI*

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná

EXCERTOS

“No âmbito do processo civil começam a surgir ponderações a respeito de um padrão objetivo de conduta, o qual deve ser seguido por advogados, promotores e magistrados”

“A boa-fé objetiva constitui um standard de comportamento, um modelo desenhado a partir do que se imaginaria ser a conduta de um homem que agisse com honestidade, lealdade e probidade”

“Não basta mais a mera observância do devido processo legal, ou seja, um procedimento de acordo com a chamada law of the land, como diria o direito inglês. Exige-se agora o respeito ao substantive due process of law, ou seja, um processo civil iluminado pelos valores constitucionais (dentre eles o da isonomia material)”

“O direito processual civil não pode mais estar alheio aos princípios constitucionais e às garantias que fundamentam o sistema jurídico”

“Além da preocupação com valores, o direito processual passa a admitir também a existência de cláusulas gerais, cujo conteúdo deve ser aferido pelo intérprete no momento da aplicação ao caso concreto”

“Uma vez reconhecida a aplicação da boa-fé objetiva no campo do direito privado, nada mais justificável que sua utilização também no direito público, inclusive no direito processual civil”

“Uma das formas de proteção à boa-fé processual é justamente a proibição do venire contra factum proprium, ou seja, a vedação à conduta contraditória ao comportamento já manifestado nos autos”

“A boa-fé objetiva tem, segundo a doutrina, três funções: auxiliar na interpretação dos contratos; estabelecer uma conduta padrão a ser seguida e criar deveres laterais ou secundários”

*** Outras qualificações da autora**

Ex-presidente do Instituto dos Advogados do Paraná. Conselheira da OAB/PR. Advogada.

“En los últimos tiempos se ha producido un retorno a la tendencia de acentuar la efectividad de un leal y honorable debate procesal”

(COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. 4. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2007, p. 156.)

1. Introdução

O Código Civil de 2002 trouxe notável contribuição ao estipular nos arts. 113 e 422 o princípio da boa-fé objetiva. Este instituto já constituía um avanço da doutrina e da jurisprudência, tendo sido também previsto nos arts. 4º, III, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990). Mas a inovação, conforme bem destacou Miguel Reale, foi o fato de a nova lei civil afastar-se da visão do código de 1916 (constituído por um sistema fechado) e permitir a existência de cláusulas abertas¹.

Trata-se de inestimável resgate de valores dentro do campo do direito privado. A mudança, recebida com grande aceitação, teve força suficiente para mitigar a própria autonomia da vontade. O contexto não poderia ser mais favorável: havia tempos buscava-se uma aproximação entre o direito civil e o direito constitucional. Nesse cenário, a previsão de uma sociedade justa, livre e solidária, constante do art. 3º, I, da carta magna, impunha uma certa relativização do *pacta sunt servanda*. Isso porque, apesar das partes disporem de autonomia para estabelecer direitos e obrigações, não podem atuar com abuso. Há, assim, um padrão objetivo de conduta que deve ser observado no cumprimento e na execução dos contratos.

Muito além disso, porém, o que hoje se analisa é a incidência do princípio também no campo do direito processual. Em outras palavras, considerando-se que a exigência da boa-fé veio iluminar os contratos entre particulares (campo este eminentemente privado), por que não estendê-la também às demais áreas do direito?

Dessa indagação surgem outros questionamentos: O direito ao contraditório é absoluto? Há abuso na conduta do réu que, apesar de concordar com a procedência da ação, posteriormente apresenta contrarrazões ao recurso de apelação do autor? Ou ainda, o credor que, por ação ou omissão, aumenta o seu próprio prejuízo pode ter mitigado o direito à integral reparação do dano?

Em suma, no âmbito do processo civil começam a surgir ponderações a respeito de um padrão objetivo de conduta, o qual deve ser seguido por advogados, promotores e magistrados. Não se trata da análise da boa-fé subjetiva, a qual se refere à intenção do agente. Esta já vem contemplada em alguns dispositivos legais como, por exemplo, o que permite a antecipação da tutela diante do propósito protelatório do réu (art. 273, II, do Código de Processo Civil). O que se busca através da aplicação do princípio da boa-fé objetiva é estabelecer parâmetros para a atuação processual, sancionando a conduta que se mostre contrária aos padrões normalmente aceitos para as circunstâncias concretas.

Com efeito, o devido processo legal, em sua concepção atual, impõe o respeito à ética e à boa-fé. É o que a doutrina italiana chama de *giusto processo*, referindo-se ao art. 111 da Constituição: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo, regolato dalla legge.*”² Por justo processo (ou *équo*) compreende-se uma prestação jurisdicional de acordo com os valores e os direitos fundamentais, legitimando assim a atuação estatal de administração da justiça. Daí falar-se inclusive em um devido processo legal³.

O presente estudo pretende analisar a aplicação da boa-fé objetiva no campo do direito processual, inclusive no que diz respeito à orientação atual dos tribunais superiores e às recentes decisões que vêm estabelecendo sanções à conduta desleal.

2. Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva

Para o presente estudo, somente tem relevância a boa-fé objetiva, justamente por ser ela quem estabelece um modelo padrão de conduta a ser seguido dentro do que se pode chamar de processo civil justo. Cabe aqui, portanto, distingui-la da boa-fé subjetiva, ou seja, da exigência ética que diz respeito à intenção, à vontade psíquica da parte.

Embora também tenha aplicação jurídica (no direito processual pode-se citar o manifesto propósito protelatório do réu, e no direito civil o *animus domini*), a boa-fé subjetiva guarda relação com a moral e é analisada a partir de um contexto puramente individual. Ela não tem, assim, o caráter coletivo, não fixa uma norma jurídica de conduta. É o que esclarece Judith Martins-Costa ao referir-se ao estado de consciência, à íntima convicção ou ao convencimento individual de obrar em conformidade com o direito⁴.

Por outro lado, a boa-fé objetiva constitui um *standard* de comportamento, um modelo desenhado a partir do que se imaginaria ser a conduta de um homem que agisse com honestidade, lealdade, probidade. Daí sua importância na busca de um processo civil mais ético.

A noção de boa-fé objetiva foi construída, em grande parte, pela prática comercial e pela previsão da expressão *Treu und Glauben* constante do § 242 do Código Civil alemão (BGB)⁵, o qual entrou em vigor em 1900. Desde então, espalhou-se por inúmeros países do *common law*. No início, tratava-se de norma que criava um arquétipo de comportamento desejado no dia a dia das relações comerciais e que, portanto, não poderia ter um conteúdo previamente definido. Ela dependia sempre dos costumes e das concretas circunstâncias do caso examinado. Isto porque cada relação obrigacional exigia um juízo de valor, uma forma de atuação leal condizente com aquele momento e ambiente social. Mas tal juízo de valor não decorre do subjetivismo do intérprete, não advém, portanto, de suas convicções morais⁶. Tanto é assim que a doutrina alemã contemporânea aponta ser a boa-fé objetiva, ao mesmo tempo, um paradigma de conduta para as partes e uma forma de compreensão do fato pelo magistrado⁷.

Trata-se, então, de uma solução jurídica, não uma previsão moral⁸. Por boa-fé objetiva compreende-se, em síntese, a fixação de um modelo de conduta leal, assim considerada pelo sistema jurídico sempre à luz do caso concreto. É, em outras palavras, o que Miguel Reale denomina de “honestidade pública”⁹.

3. A superação do formalismo e o processo civil ético

A exigência da boa-fé objetiva no campo do direito público é cada vez mais frequente. Mas a fixação de sanções à conduta ímproba somente é possível em virtude da nova fase vivenciada pelo direito processual civil. Atualmente, entende-se que a legitimidade e a qualidade da prestação jurisdicional são benéficas para o próprio Estado, não apenas para as partes envolvidas na demanda. Não basta mais a mera observância do devido processo legal, ou seja, um procedimento de acordo com a chamada *law of the land*, como diria o direito inglês. Exige-se agora o respeito ao *substantive due process of law*, ou seja, um processo civil iluminado pelos valores constitucionais (dentre eles o da isonomia material).

Daí porque o direito processual civil não pode mais estar alheio aos princípios constitucionais e às garantias que fundamentam o sistema jurídico. Superada está hoje a fase de exacerbação do formalismo, decorrente da busca de uma autonomia científica ao processo. Vale então a lembrança dos três períodos por que passou o processo civil.

No primeiro, denominado sincretismo, não havia separação entre direito processual e direito material. Não se concebia um direito de ação autônomo, independente. Posteriormente, a ciência processual ganhou autonomia em relação ao direito civil, ocasião em que foram desenvolvidos conceitos e uma dogmática própria. Por fim, no terceiro momento, percebe-se que, como o processo resulta de forças da sociedade, não pode mais ser indiferente aos valores consagrados por esta organização política (Estado). Essa nova visão estabelece uma “ponte” entre direito processual e direito material¹⁰.

Surge então a concepção de direito constitucional processual, com a fase instrumentalista “que é teleológica por vocação e se abre em uma franquia para a busca da justiça e do socialmente útil através do processo”¹¹.

Nesse contexto, Ada Pellegrini Grinover fala da “notável transformação” decorrente da mudança de enfoque: do plano individual para o social. O processo passa a ser visto como “instrumento ético e político de atuação da justiça e de garantia da liberdade”¹².

Da mesma forma, José Miguel Garcia Medina e Rafael de Oliveira Guimarães sustentam que “o direito processual pós-moderno vem seguindo um caminho que busca combater o império do rito, tornando o processo um mero veículo de concretização dos direitos materiais”¹³.

Além da preocupação com valores, o direito processual passa a admitir também a existência de cláusulas gerais, cujo conteúdo deve ser aferido pelo intérprete no momento da aplicação ao caso concreto. Essa certa liberdade rompe assim o modelo criado a partir da Revolução Francesa, quando o magistrado era visto apenas como *la bouche de la loi*. Ao se referir àquele momento histórico, Judith Martins-Costa lembra que “a passividade do juiz frente à lei faz parte da regra do jogo, pois satisfaz a necessidade da segurança jurídica”¹⁴. Naquele sistema, diante da ideia de completude e legalidade, não havia espaço para as cláusulas gerais. Ao contrário, o direito era identificado com a própria lei, estando assim ele afastado da moral, dos valores sociais, da política, da ética. Nada disso guardava relevância jurídica. As razões eram claras: a lei era vista como um baluarte, uma defesa contra o arbítrio dos governantes, contra o abuso de poder. Abuso este, inclusive, por parte dos juízes que, diante de sua própria origem, estavam comprometidos com as classes privilegiadas¹⁵.

Fenômeno semelhante ocorreu na Alemanha, com a “jurisprudência dos conceitos”, ou seja, a linha de pensamento formalista segundo a qual os operadores do direito poderiam, através de uma atividade dedutiva, produzir as normas que já existiam em potência ou latência no próprio sistema. Como se vê, trata-se novamente de um sistema fechado, baseado apenas na lei escrita e sem a possibilidade de interpretação fundada em valores.

Ao contrário, no direito moderno surge a preocupação com os valores (direitos fundamentais) e admite-se uma certa abertura do sistema mediante a utilização de cláusulas gerais. A mudança, portanto, é significativa. Tanto no que diz respeito à valorização das garantias constitucionais, quanto à própria admissão de cláusulas abertas. Ela reflete uma superação do antigo sistema formalista e fechado, o qual não só impunha limites muito estreitos ao juiz, mas também ignorava a ética e os valores sociais.

4. A boa-fé processual: norma objetiva de conduta

Uma vez reconhecida a aplicação da boa-fé objetiva no campo do direito privado, nada mais justificável que sua utilização também no direito público, inclusive no direito processual civil. Há tempos já se admite sua relevância nas relações estabelecidas entre os particulares e a administração pública, atribuindo-se consequências jurídicas à justa expectativa, à confiança gerada em outrem.

No campo do processo, a importância da boa-fé é ainda mais evidente. Como bem destaca Eduardo Couture, nos procedimentos antigos, sob a forte influência da religião, havia uma acentuada característica moral. Isso ficava claro através da exigência de juramentos, das sanções ao perjúrio, da reprovação àquele que faltasse com a verdade. O processo moderno, contudo, foi abandonando estas características, não porque desconsiderasse os princípios éticos no debate forense, mas porque os considerava implícitos¹⁶.

Recentemente, porém, o que se vê é um resgate da ética para o estabelecimento de padrões adequados de conduta, com a atribuição de consequências legais à má-fé (objetivamente considerada).

Nesse sentido, “a jurisprudência alemã entendeu aplicável o § 242 do Código Civil alemão também ao direito processual civil e penal. (...) Na verdade, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos do direito, mesmo os ‘não civis’”¹⁷. É o que também sustenta Humberto Theodoro Junior ao se referir à *teoria dos atos próprios*.

Segundo ele, será inadmissível toda a pretensão, mesmo lícita, se contraditória ao comportamento anterior. E justamente por envolver um princípio geral de conduta, não deve se restringir aos negócios privados. Ao contrário, deve ser observada em todas as áreas do direito¹⁸.

No direito processual brasileiro, o dever de boa-fé está previsto no inciso II do art. 14 e nos arts. 16, 17, 18 e 35 do Código de Processo Civil, dentre outros. Trata-se de verdadeira conduta impositiva, com a previsão de sanções legais para a hipótese de descumprimento. Neste aspecto, o “art. 14, CPC, prevê deveres. Não se trata de ônus”¹⁹.

Através desse dever, assegura-se o respeito à conduta leal, honesta e com probidade, sempre considerada objetivamente. O que vale, portanto, é o padrão de conduta esperado, de acordo com o que se entende por comportamento leal. Embora o art. 17 apresente um rol de condutas que tipificam a litigância de má-fé, tal dispositivo não abrange todas as situações de violação à boa-fé. Como já mencionado no início, importa ao presente estudo a boa-fé objetiva, ou seja, a cláusula geral cujo conteúdo só poderá ser preenchido à luz do caso concreto.

E, na abordagem da boa-fé como cláusula geral, é indiferente a intenção ou a vontade do agente. Basta que a conduta não esteja dentro dos padrões esperados para que se possa considerá-la como de má-fé.

Nessa linha, cabe a pergunta: o direito ao contraditório tem limites? A resposta é positiva.

Assim como as demais garantias constitucionais, tal direito não é absoluto. Ao contrário, deve observar os limites impostos pela própria ordem constitucional e pela boa-fé objetiva. Esta última, aliás, deve iluminar e orientar todas as relações jurídicas. “Se participar é garantido, a atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos estatais da jurisdição. (...) O contraditório não pode ser exercido ilimitadamente. O Estado tem, portanto, o direito de exigir das partes retidão no manuseio do processo.”²⁰

Exige-se, assim, a *probidade processual*, a qual pode ser definida como a característica de não litigar de forma contrária ao direito.

Uma das formas de proteção à boa-fé processual é justamente a proibição do *venire contra factum proprium*, ou seja, a vedação à conduta contraditória ao comportamento já manifestado nos autos. Trata-se de se proteger a coerência na atuação das partes, coibindo-se eventuais abusos. Uma das hipóteses de conduta ímproba, por exemplo, é aquela do réu que, em *ação anulatória de*

paternidade, após concordar com a procedência da ação, apresenta contrarrazões ao recurso de apelação do autor, sustentando paternidade socioafetiva.

Outro claro exemplo de deslealdade processual é o aumento do prejuízo (dano) na expectativa de indenização mais alta ou de um valor elevado a título de multa diária (*astreintes*). Vale aqui a regra, já bastante conhecida no direito inglês, consistente no dever de reduzir o dano (*duty to mitigate the loss*). Com efeito, o tratamento cooperativo que deve existir entre as partes impõe a exigência de adotar as providências necessárias para não aumentar o prejuízo.

A propósito, Fredie Didier Junior cita duas situações em que se verifica violação à boa-fé processual: na primeira, a parte autora – credora de uma multa diária – faz carga dos autos em novembro de 2002 e somente os devolve em 2007, com um pedido de cobrança de multa diária que supera R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais). Em outro, apesar da concessão de uma liminar obrigando o fornecimento de energia elétrica, o autor da ação não promove o cumprimento da medida e espera o trânsito em julgado. Só então, passados muitos anos, alega o descumprimento da liminar e requer a execução de uma multa superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)²¹. Valendo-se então do instituto da *supressio*²², sustenta Fredie Didier Junior que o credor que atuou abusivamente (não exercendo a pretensão pecuniária em tempo razoável) deve perder o crédito na exata proporção desse período de abuso.

Em ambos os exemplos, independentemente da má intenção do credor (que também se faz presente), há nitidamente uma conduta que viola o dever de boa-fé objetiva. Há um comportamento processualmente inadequado. Evidentemente, em tais situações o magistrado deve atuar de maneira a impedir o enriquecimento ilícito.

Em suma, quer se trate de um dever de ação ou de omissão, o autor deve agir de maneira a não permitir o aumento de seu próprio dano. Qualquer conduta contrária implicaria abuso de direito e violação à boa-fé objetiva. Foi o que concluiu o Conselho da Justiça Federal ao aprovar o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

O devido processo legal, em sua concepção atual, impõe o respeito à ética e à boa-fé

Trata-se da observância dos deveres secundários, os quais se dirigem ao próprio credor. Destaque-se, neste aspecto, que a boa-fé objetiva tem, segundo a doutrina, três funções: auxiliar na interpretação dos contratos; estabelecer uma conduta padrão a ser seguida e criar deveres laterais ou secundários. Estes últimos são os chamados “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”²³.

Lembre-se que, assim como no direito privado, esses deveres de cooperação não precisam estar expressamente previstos em um contrato ou texto legal. Decorrem das exigências de um padrão de conduta leal, aferível diante das circunstâncias do caso concreto.

Tais deveres de cooperação mostram-se de grande relevância para o devido processo legal material, ou seja, para um processo baseado em equidade. E decorrem naturalmente da exigência de correção na postura a ser deduzida em juízo. Em outras palavras, caso o credor queira pleitear e exigir a satisfação de seu direito, deve fazê-lo de forma a respeitar também a posição jurídica do devedor. *Equity must come with clean hands*, como ensina o direito inglês.

Exemplo típico da proibição ao comportamento contraditório e ao aproveitamento da própria torpeza é o art. 243 do Código de Processo Civil, o qual veda a declaração de nulidade se esta for requerida pela parte que lhe deu causa²⁴. É a proteção da confiança gerada na contraparte.

5. O papel dos advogados

No que tange ao respeito à boa-fé objetiva, constata-se que os advogados têm um destacado papel a desempenhar. São eles que devem orientar seus clientes sobre a conduta a ser adotada no processo. Justamente por sua qualificação profissional, os procuradores das partes têm o dever de agir de acordo com o direito, estimulando o cumprimento de suas regras e reprovando a conduta desleal. Costuma-se dizer que o advogado é o primeiro juiz da causa. A ele cabe a primeira análise da pretensão jurídica do cliente e da possibilidade de satisfazê-la dentro do devido processo legal.

A propósito, Piero Calamandrei ilustra muito bem esse dever dos advogados:

“Há um momento em que o advogado do cível deve olhar a verdade frente a frente, com o olhar desapassionado do juiz: é aquele em que, solicitado pelo cliente para o aconselhar sobre a oportunidade

de propor uma ação, tem o dever de examinar imparcialmente, tendo em conta as razões do eventual adversário, se pode fazer com que seja de justiça a obra de parcialidade que lhe é pedida. Desta forma, o advogado que trabalha no cível deve ser o juiz instrutor dos seus clientes e a sua utilidade social é tanto maior quanto maior for o número de sentenças de improcedência que pronunciar no seu gabinete.”²⁵

Tem assim o advogado o dever de, inclusive, desestimular o ajuizamento da demanda quando perceber que a pretensão do cliente não possui amparo legal.

A partir da noção de *substantive due process of law*, compreende-se hoje que o exercício da jurisdição pressupõe probidade e comportamento leal. Daí porque os profissionais, os quais dependem da prestação jurisdicional, devem se esforçar para que ela seja a mais qualificada e eficiente possível.

E, conhecendo os riscos da conduta ímproba (multas, responsabilização pelos danos e perda do direito ao crédito), deve o advogado conduzir sua atuação dentro do padrão ético de boa-fé objetiva. Assim agindo, estará ele não só auxiliando a prestação da justiça, como prevê o art. 133 da Constituição Federal, mas também cumprindo o dever imposto pelo art. 2º, II, do Código de Ética: “atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé.”²⁶

É verdade que os profissionais da advocacia não responderão por atos de má-fé nos próprios autos, nem poderão sofrer a imposição de multa, conforme o disposto no parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil. Com efeito, a sanção à litigância de má-fé está restrita àqueles que figuram como parte no processo. Mas lembre-se que os profissionais da advocacia estão sujeitos ao poder disciplinar de seu órgão de classe. Ou seja, constatada a litigância de má-fé, o magistrado deverá encaminhar ofício à Ordem dos Advogados do Brasil, a qual instaurará o competente processo disciplinar.

E, por outro lado, mediante ação própria, os advogados poderão responder solidariamente com seus clientes pelos danos causados à parte contrária. É o que dispõe o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) em seu art. 32, parágrafo único. Foi o que recentemente reiterou o Superior Tribunal de Justiça no Agravo em Recurso Especial 301.346/MG²⁷.

De qualquer forma, e independentemente da possibilidade de responsabilização, o advogado tem um múnus público. E, para bem

exercê-lo, deve atuar em respeito à boa-fé objetiva. Trata-se aqui da imposição de um verdadeiro imperativo categórico, conforme definição de Kant, ou seja, do agir com lealdade apenas porque assim se quer, e não porque se tem receio desta ou daquela sanção processual. “Se a ação for boa apenas como um meio para atingir determinada coisa, – escreve Kant –, o imperativo será hipotético. Se a ação for boa em si, e, portanto, necessária para uma vontade que, por si só, esteja em sintonia com a razão, o imperativo, nesse caso, será categórico.”²⁸

Dessa forma, tanto pela valorização da boa-fé em si mesma quanto pela busca do devido processo legal (efetivo e leal), as decisões judiciais que combatem a conduta ímproba têm inegável importância. É o que se aborda a seguir.

6. A orientação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

No que diz respeito à orientação dos tribunais superiores, há dois aspectos que devem ser ressaltados. Primeiro, reconhece-se que a confiança gerada na parte adversa possui relevância jurídica e tem força suficiente para afastar a incidência de direitos e dispositivos legais. Segundo, a boa-fé objetiva constitui hoje uma exigência processual (*substantive due process of law*) que se dirige a todos os envolvidos na demanda, inclusive advogados e magistrados.

Quanto ao primeiro aspecto, os tribunais têm aplicado a proibição do *venire contra factum proprium* e a teoria dos atos próprios para afastar condutas contraditórias. Em 2012, por exemplo, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.192.678, entendeu que a assinatura irregular escaneada em uma nota promissória, aposta pelo próprio emitente, constitui “vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa”. Desconsiderou-se assim o argumento do devedor, segundo o qual a validade do título exigiria uma assinatura de próprio punho. Contrariou, portanto, a previsão expressa da legislação. Embora a decisão tenha sido tomada por maioria, constou do voto vencedor que “a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé”. O acórdão, da lavra do ministro Sanseverino, afastou a incidência do dispositivo legal que considerava nulo o título sem a assinatura original.

Seguindo a mesma linha, no julgamento do Recurso Especial 1.141.732, concluiu-se ser contrário à boa-fé o oferecimento como garantia hipotecária de imóvel que constitua bem de família. No caso analisado, o bem havia sido entregue em garantia pelo casal de proprietários, os quais figuravam como fiadores em contrato de compra e venda de uma papelaria adquirida pelo filho. Ainda que se tratasse do único imóvel e que ele ainda servisse como residência da família, o Superior Tribunal de Justiça afastou a proteção legal, invocando justamente a violação à boa-fé objetiva. Isto porque o credor não poderia imaginar que, mais tarde, o devedor viesse a invocar a proteção ao bem de família para tentar invalidar a garantia.

No que diz respeito ao segundo aspecto, ou seja, o entendimento de que a boa-fé objetiva é exigível em relação a todos os sujeitos processuais (e não apenas as partes), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 464.963-2, reconheceu nulidade no julgamento de uma apelação, declarando a violação ao devido processo legal e o retorno dos autos ao tribunal de origem. No caso, havia atuado, em causa própria, um advogado que exercia, ao mesmo tempo, o cargo de diretor geral do tribunal regional de Goiás. Havia, portanto, clara incompatibilidade para o exercício da advocacia, nos termos do art. 28, IV, da Lei 8.906/94. Além disso, praticara atos no processo a filha deste mesmo advogado, à época secretária da respectiva câmara cível do tribunal *a quo*. A decisão baseou-se na exigência do *fair trial*. Foi o que constou expressamente no acórdão:

*“Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.”*²⁹

Assim, quer impondo ações, quer exigindo condutas omissivas, o respeito à boa-fé objetiva já é uma realidade no direito processual brasileiro. Ela possui a força de influenciar o reconhecimento de direitos, autorizando os tribunais a mitigar a aplicação da lei.

Na abordagem da boa-fé como cláusula geral, é indiferente a intenção ou a vontade do agente

7. Síntese conclusiva

Em síntese, a exigência da boa-fé objetiva, que já encontra grande aplicação no direito privado, deve ser estendida também ao direito público, mais especificamente ao direito processual civil. Isso porque ela constitui conteúdo do devido processo legal substantivo, ou seja, do processo équo ou *giusto*, como sustenta a doutrina italiana. A boa-fé objetiva exige um padrão de conduta, cujo desrespeito gera consequências jurídicas (sanções à conduta desleal).

Tal raciocínio pressupõe a compreensão de que as garantias constitucionais processuais – entre elas a do contraditório e ampla defesa – não têm caráter absoluto. Ao contrário, devem ser aplicadas de forma harmônica com relação a todos os demais direitos fundamentais.

A vedação ao *venire contra factum proprium*, o reconhecimento de deveres secundários ou de cooperação (*equity with clean hands*) e o dever de reduzir o dano (*duty to mitigate the loss*) constituem algumas das formas de proteção à boa-fé processual.

Em virtude de sua qualificação profissional, os advogados têm o dever de agir de acordo com o direito, estimulando o cumprimento de suas regras e rejeitando a conduta desleal. Independentemente da possibilidade de uma sanção, o advogado, por exercer múnus público, deve agir de forma leal, respeitando sempre a boa-fé objetiva. Trata-se de um imperativo categórico, na expressão consagrada por Kant³⁰.

Considerando-se o sistema jurisdicional, percebe-se que o resgate de um processo civil baseado em valores é inquestionável. Ele mostra um avanço em relação às fases anteriores da ciência processual e assegura a legitimação do próprio Estado-juiz. Em outras palavras, o exercício legítimo da jurisdição decorre de uma atuação baseada nos direitos fundamentais. Entre eles, o do *fair trial*, ou devido processo legal substantivo. Daí porque se entende que a boa-fé objetiva deve iluminar todas as relações jurídicas, inclusive a relação processual.

Notas

¹ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Doutrinas essenciais de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2, p. 657.

² ITÁLIA. *La Costituzione della Repubblica Italiana. Articolo 111*. Disponível em: <http://www.senato.it/1025?sezione=135&articolo_numero_articolo=111> Acesso em: 28 maio 2013.

³ Expressão criada por Joan Pico I Junoy, para quem “o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do *devido processo legal*, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva”. DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 171, maio. 2009, p. 35.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

⁵ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch. § 242*. Disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/BGB/242.html>> Acesso em: 28 maio 2013.

⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 219.

⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. *Op.cit.*, p. 413.

⁹ REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Doutrinas essenciais de direito civil*. *Op. cit.*, p. 657.

¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil, teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, v. I, p. 64.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 176, out. 2009, p. 275.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, jul. 1986, p. 19.

¹³ MEDINA, José Miguel Garcia, Rafael de Oliveira Guimarães. Requisitos recursais excessivamente formalistas em face do princípio da instrumentalidade das formas. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, nov. 2011, p. 465.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. *Op. cit.*, p. 194.

¹⁵ *Ibid.*, p. 184.

¹⁶ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2007, p. 156.

¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou vedação do comportamento contraditório. In *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 38, abril 2009, p. 149.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil comentado, artigo por artigo*. Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 112.

²⁰ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, ago. 2005, p. 59.

²¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Op. cit.*, p. 35.

²² A *supressio* caracteriza-se pela perda de poderes em razão do não exercício do direito durante um tempo suficiente a gerar a confiança na parte contrária de que esse direito não mais seria exercido.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. *Op. cit.*, p. 439.

²⁴ Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.

²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 2000, p. 121.

²⁶ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>> Acesso em: 28 maio 2013.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial 301.346-MG – Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. em 11.04.2013.

²⁸ SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 151.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 464.963-2 Goiás, Relator Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 14.02.2006.

³⁰ Kant distinguiu o imperativo hipotético (aquele agir de forma correta, condicionado a uma determinada consequência) do imperativo categórico, quando a ação é boa por si mesma, de forma incondicional (SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 151.).

Referências

ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch. § 242*. Disponível em: <<http://dejure.org/gesetze/BGB/242.html>> Acesso em: 28 maio 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 28 maio 2013.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em: 28 maio 2013.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 maio 2013.

BRASIL. Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 28 maio 2013.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 maio 2013.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Código de Ética e Disciplina da OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Content/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>> Acesso em: 28 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial 301.346-MG* – Relator Min. Luis Felipe Salomão, j. em 11.04.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 464.963-2* Goiás, Relator Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 14.02.2006.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, ago. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 2000.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil, teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, v. I.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 171, maio. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 176, out. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, jul. 1986.

ITÁLIA. *La Costituzione della Repubblica Italiana. Articolo 111*. Disponível em: <http://www.senato.it/1025?sezione=135&articolo_numero_articolo=111> Acesso em: 28 maio 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil comentado, artigo por artigo*. Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia; Rafael de Oliveira Guimarães. Requisitos recursais excessivamente formalistas em face do princípio da instrumentalidade das formas. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 201, nov. 2011.

REALE, Miguel. *A boa-fé no Código Civil*. Doutrinas essenciais de direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 2.

SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Contrato. Interpretação. Princípio da boa-fé. Teoria do ato próprio ou vedação do comportamento contraditório. In: *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 38, abril 2009.

ENSAIO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE, A RAZOABILIDADE E A PRISÃO ESPECIAL NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO*

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO**

Professor titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Paraná

BRUNA ARAUJO AMATUZZI BREUS***

Advogada

EXCERTOS

“No Brasil, todos (sem exceção) os condenados definitivamente à pena de prisão cumprem-na sob a égide da Lei de Execuções Penais e, portanto, no sistema penitenciário, no qual não há prisão especial para ninguém”

“Algumas pessoas exercem funções e profissões de tamanha importância no contato com os cidadãos criminosos e sua persecução que, legal ou ilegalmente presos cautelarmente, não pode o Estado obrigá-los a compartilhar o mesmo cárcere com aqueles que lá estão, quicá por ação direta deles”

“A razoabilidade pressupõe a existência e análise da razão, a manutenção do equilíbrio, da harmonia e da moderação, além da vedação de tudo aquilo que possa ser considerado arbitrário e caprichoso”

“Não há exegese que autorize o juiz a aplicar a razoabilidade ou (como querem alguns) o ‘princípio constitucional implícito da razoabilidade’ nos casos em que o texto normativo deixou clara a existência de um direito conferido a um determinado grupo de pessoas, como ocorre, por exemplo, com o inciso VII do artigo 295 do CPP”

“O Poder Judiciário, ao utilizar da razoabilidade para suprimir direito previsto pelo legislador ordinário, estará violando um poder que, via de regra, cabe ao Poder Legislativo e, por isso, padece de legalidade”

****Outras qualificações do autor**

Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR). Mestre (UFPR). Doutor (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do PPGD-UFPR. Advogado. Procurador do Estado do Paraná. Chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da UFPR. Membro da Comissão Externa de Juristas do Senado Federal que elaborou o anteprojeto de CPP, hoje Projeto 156/09-PLS.

*****Outras qualificações da autora**

Secretária do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC). Mestre (UFPR).

Um dos maiores problemas na discussão da manutenção da *prisão especial* tem sido a constante demonstração de falta de conhecimento do que ela é. E isso tem atingido gente do chamado *mundo jurídico* e, em uma proporção incomum, grande parte dos políticos que, invariavelmente, fazem discursos eleitoreiros voltados à pura e absurda repressão contra o *diferente*, seja ele qual for.

Desde este pano de fundo (ligado ao chamado ‘movimento de lei e ordem’ e expressão maior, no campo criminal, do pensamento neoliberal), investem contra a prisão especial como se ela fosse uma regalia no cumprimento da pena. Infeliz engano!

No Brasil, como sabe qualquer um só um pouco avisado, todos (sem exceção) os condenados definitivamente à pena de prisão cumprem-na sob a égide da Lei de Execuções Penais e, portanto, no sistema penitenciário, no qual não há prisão especial para ninguém.

Ela, a prisão especial, é uma forma de execução da chamada *prisão cautelar*, ou seja, uma modalidade de prisão constitucionalmente admitida, sempre nos estritos limites legais, para se garantir a finalidade do processo penal, ou seja, o melhor exercício da jurisdição e, assim, (i) a aquisição do conhecimento possível e conforme a Constituição; (ii) decisões corretas a partir dele e, por fim, (iii) tornar eficazes tais decisões.

Tudo isso se faz, porém, com a aparente superação do *princípio constitucional da presunção de inocência*, uma conquista do cidadão e imprescindível à democracia, justo por não ser pena. Eis por que, então, a referida prisão cautelar é uma exceção e, portanto, só deve ser aplicada nos estritos limites da lei, que, afastados, levam o cidadão cautelarmente preso à liberdade. Aqui se entende a conjugação dos incisos LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”) e LXI (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”) do art. 5º da Constituição da República (CR).

Presume-se, assim, por ordem constitucional, inocente o cidadão mesmo que preso cautelarmente. E é por isso que se impõe a prisão especial como maneira de garantir o seu direito, sempre antes da condenação definitiva.

Tem ela, porém, uma razão de ser tão relevante que, por si só, justificaria a quebra aparente (é tão só aparente!) da isonomia constitucional, de todo inexistente em razão dos pressupostos serem diferentes. Ora, algumas pessoas exercem funções e profissões de tamanha importância no contato com os cidadãos criminosos e sua

persecução que, legal ou ilegalmente presos cautelarmente, não pode o Estado obrigá-los a compartilhar o mesmo cárcere com aqueles que lá estão, quiçá por ação direta deles. O risco à incolumidade física e psíquica é indiscutível; uma verdadeira crônica de uma morte anunciada!

Basta, neste sentido, pensar em figuras emblemáticas e imprescindíveis à democracia como o juiz de direito: a sociedade exige dele (na forma constitucional, por óbvio) que, se for o caso, decrete a prisão cautelar de um cidadão investigado ou processado e, ao depois, se quem vem a ser preso é o próprio juiz de direito, tenha ele de ocupar o mesmo ambiente prisional que aquele. Sendo assim, o que se pode esperar da conduta daquele cidadão e do ódio eventualmente angariado contra o magistrado?

Em situação análoga estão os órgãos do Ministério Público (promotores de justiça, procuradores de justiça e procuradores da república), aos quais, quem sabe, o ódio e eventual vontade de vingança venham a ser maior que em relação aos magistrados, justo por funcionarem na acusação, mesmo que correta e dentro dos parâmetros legais.

Não escapam da mesma situação dos órgãos do MP os advogados, seja pelo exercício da profissão (muitas vezes não entendida porque a eles se atribui a responsabilidade pela condenação), seja porque funcionam (nos casos das chamadas ações de iniciativa privada) como patrocinadores diretos das acusações, inclusive em casos gravíssimos como nos crimes de natureza sexual. Como, assim, colocar na mesma cela – no caso da decretação da prisão cautelar de ambos – acusador e acusado, sem imaginar o pior? Claro que não é possível, a não ser que quem assim proponha o faça pelo imenso gozo que se tem com a desgraça alheia, tão irracional quanto incompatível com um mínimo grau de civilidade. Isso é coisa muito presente nos dias atuais, de hiperindividualismo e competição, no qual as pessoas se imaginam imunes à lei e à desgraça que ela pode proporcionar. É um tempo de aparente vitória do lema: morreu, morreu, que bom que não fui eu! Sem solidariedade e ética só sobra a canalha; e condutas nas quais se quer, sempre, levar vantagem.

Outras profissões também têm relevância para este fim. Veja-se, por exemplo, “os ministros de confissão religiosa”, também alcançados pela prisão especial, nos termos do art. 295, VIII, do Código de Processo Penal (CPP). Neste caso, imagine-se a situação de um padre ou pastor em bairro da periferia de uma grande cidade que, sabedor da situação das gangues de traficantes no local, luta

desesperadamente contra eles sempre com o intuito de erradicar a droga. Em situação assim é impossível pretender colocar no mesmo ambiente prisional os integrantes das referidas gangues presos cautelarmente em face da luta por ele desenvolvida e, doutra parte, ele mesmo se, porventura, vier a ser preso cautelarmente. Para quem quiser um bom exemplo basta ver um filme magnífico chamado, em português, *A Troca* (2008). Dirigido por Clint Eastwood, *Changeling* (título em inglês) tem atuações estupendas de Angelina Jolie e John Malkovich no papel do reverendo Gustav Briegleb, o qual denuncia a corrupção na polícia de Los Angeles a ponto de levá-la à transformação completa e prisão de dezenas de policiais. Seria imaginável prendê-lo junto com os policiais, se fosse o caso? Para que seria, pensando-se no interesse da sociedade?

A razoabilidade
visa obter a
medida ideal para a
solução da questão
controversa que se
propõe

Eis por que o legislador prevê, no precitado art. 295 do CPP, que “serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva”, enumerando as hipóteses, que não se esgotam ali e alcançam outros atores sociais como, por exemplo, os advogados, nos termos da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994. Perceba-se: estão presos, embora recolhidos em outro local.

Não obstante a enorme importância da prisão especial, há algum tempo parte da doutrina tem-se debatido contra ela, principalmente em razão do referido art. 295 do CPP, em seu inciso VII, prever a incidência dela para “os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República”. A matéria é delicada em razão da pouca – ou nenhuma – razoabilidade deste ou outros incisos, assim como algumas previsões legais.

Poder-se-ia resolver o problema, porém, constitucionalmente, isto é, declarando-se não terem sido recebidos os referidos textos legais, por não serem razoáveis, embora isso seja altamente discutível e até não recomendado porque, em se tratando de direito reconhecido, alterá-lo só é possível democraticamente pela via da mudança legislativa e nunca pela via da interpretação. De qualquer maneira, é assim que têm agido (daí ser problemático e discutível) para sustentar o princípio da razoabilidade (e proporcionalidade), em verdade um argumento usado na hermenêutica para auxiliar o trabalho lógico da exegese, nada tendo de especial para se sobrepôr à legalidade, muito menos derogá-la. Em verdade, é o caminho mais

fácil para se solapar a democracia (mormente a processual) quando em jogo estão leis que não se coadunam com as intenções (boas ou más, não importa) do intérprete; e em geral se nega a legalidade contra os cidadãos e, em particular, contra os mais fracos, usando-se rodeios retóricos bem elaborados tanto quanto perniciosos.

Sobressaem-se, aqui, os chamados “princípios” da razoabilidade e proporcionalidade, como se quer hoje com muita frequência porque, sem referenciais semânticos precisos, viraram os “coringas” dos princípios e, assim, servem como muleta para qualquer argumento infame e perneta dos mais afoitos².

Isto porque, de todo modo, não se pode olvidar que o Poder Judiciário não pode se sobrepor ao Poder Legislativo, alterando o conteúdo das disposições legais no momento da aplicação. Por evidente, pela via da hermenêutica não se revoga lei. Isto é, não cabe ao intérprete, pela via da exegese, dar interpretação diversa ao texto expresso e legal, de modo a tolher ou excluir direitos dos cidadãos a partir da aplicação da *razoabilidade*, o que poderia levar, até mesmo, à “discricionariedade” que, perigosamente, configuraria a arbitrariedade do magistrado diante do caso concreto.

Assim, se fosse um princípio vero e próprio (o que, repita-se, parece não ser), seria necessário entender do que se trata a *razoabilidade*, quais as hipóteses de sua incidência e, nesse âmbito, analisar a possibilidade de aplicação em relação à prisão especial e os motivos da sua (in)admissibilidade.

O “princípio” da razoabilidade, de acordo com Luís Roberto Barroso³, pode ser definido como “um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.

Por essa razão, o referido princípio é mais fácil de ser sentido do que conceituado, uma vez que pode ser exprimido a partir do conjunto de proposições caracterizadas por serem excessivamente subjetivas. A *razoabilidade* pressupõe a existência e análise da razão, a manutenção do equilíbrio, da harmonia e da moderação, além da vedação de tudo aquilo que possa ser considerado arbitrário e caprichoso⁴.

Ela, por outro lado, pode ser considerada, ainda, uma técnica de interpretação, que ultrapassa a mera lógica formal, de modo que a exegese é algo proveniente do raciocínio que abrange tanto soluções rigorosamente lógicas quanto soluções que podem ser denominadas razoáveis. Isso, contudo, não significa que a razoabilidade equivale “à adoção da conveniência como critério hermenêutico”; ao contrário,

tem como finalidade o afastamento de soluções que, em muitas oportunidades são fundadas na razão, mas são incompatíveis com o “espírito do sistema”, conforme Marçal Justen Filho⁵.

Sob outra perspectiva, a análise realizada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ se dá sobre o critério utilizado pelo magistrado na aplicação da *razoabilidade*, quanto à margem de discricção, isto é, quanto à liberdade no desempenho da sua função, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas.

Isto não significa, porém, que o administrador (e nesse caso, o magistrado) possa “agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos”, e, muito menos, que possa manipular as regras de direito extraíndo delas efeitos não pretendidos nem assumidos pelo texto que se pretende (ou não) aplicar ao caso concreto. Por tal razão, para Bandeira de Mello, “ninguém poderia aceitar como *critério exegético de uma lei* que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito”⁷.

O cerne do problema residiria, então, na conceituação do “princípio da razoabilidade”, ou seja, a partir do fato de que não existem elementos objetivos para sua caracterização, o que, de fato, tem o condão de lhe retirar o caráter normativo. Por tal razão, Luís Roberto Barroso entende que somente quando houver esta delimitação de objeto será possível “impedir que o princípio se esvazie de sentido, por excessivamente abstrato, ou que se perverta num critério para julgamentos *ad hoc*”⁸.

A razoabilidade visa obter a medida ideal para a solução da questão controversa que se propõe, buscando, assim, atender de modo perfeito (se é que isso é possível) a finalidade proposta pela lei. Isto porque a finalidade faz parte do conteúdo da regra propriamente dita e, portanto, a busca pela sua realização necessita se valer de meios que possam chegar à sua exata intenção, tal como ocorre com a aplicação da razoabilidade⁹.

Existe, contudo, um óbice na aplicação do referido princípio: ele deve ser aferido dentro da lei, dentro de seus limites. Trata-se, nesse caso, da denominada razoabilidade interna, “que diz com a existência

O intérprete
estará sempre
vinculado aos
textos normativos,
sob pena de o
rompimento, se
houver, acarretar a
subversão do texto

de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida”¹⁰.

Por outro lado, imperiosa é a análise da denominada razoabilidade externa, que observa a “adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional”. Assim, caso a lei seja contrária aos ditames expressos ou implícitos no texto constitucional, será ilegítima e não razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente¹¹.

Aqui, é mister transcrever os ensinamentos de Luís Roberto Barroso¹², segundo o qual, “de fato, a aferição da razoabilidade importa em um juízo de mérito sobre os atos editados pelo Legislativo, o que interfere com o delineamento mais comumente aceito da discricionariedade do legislador. Ao examinar a compatibilidade entre meio e fim, e as nuances de necessidade-proporcionalidade da medida adotada, a atuação do Judiciário transcende à do mero controle objetivo da legalidade. E o conhecimento convencional, como se sabe, rejeita que o juiz se substitua ao administrador ou ao legislador para fazer sobrepor a sua própria valoração subjetiva de dada matéria. A verdade, contudo, é que ao apreciar uma lei para verificar se ela é ou não arbitrária, o juiz ou o tribunal estará, inevitavelmente, declinando o seu próprio ponto de vista do que seja racional ou razoável”.

Por evidente, em face do princípio republicano (só para começar), isso não é possível, em razão do Poder Judiciário não ser autorizado a criar norma que escape da regra. A criação/aplicação dela tem de se dar em respeito à sua estrutura linguística, às palavras do texto. Sendo assim, se o texto normativo do artigo 295 do CPP confere a determinadas pessoas (cuja indicação está expressa na lei) o direito à prisão especial, não há que se falar em aplicação da razoabilidade (proporcionalidade) diante do caso concreto, visto que se trata de texto normativo, para tal fim, sem lacunas, devendo ser, portanto, a atuação do intérprete vinculada ao texto já posto e, em nenhuma hipótese, amparada em subjetivismos capazes de dar entendimento diverso a ele.

Como já dizia Eros Roberto Grau¹³, o intérprete estará sempre vinculado aos textos normativos, sob pena de o rompimento, se houver, acarretar a subversão do texto. Isto porque cabe ao intérprete a formulação de juízos de legalidade e, em nenhuma hipótese, de “discricionariedade” que, por sua vez, ganham (tais juízos) relevo com a formulação de juízos de oportunidade¹⁴, ou seja, no caso, arbitrários.

Eles (os juízos) não podem (porque é abusivo) alterar o texto da lei, seja por entender mais justo, ou por bondade, ou por capricho ou outro fundamento. Isto seria *decisionismo* (Ferrajoli¹⁵) e interessa pouco à democracia porque não se pode definir, senão pela cabeça do magistrado (quando toca a ele, em *ultima ratio*, interpretar), aquilo que seria o justo, o bondoso, o caprichoso ou qualquer outro atributo utilizado.

Em brilhante passagem, Lenio Luiz Streck¹⁶ disserta sobre o papel das leis (e por consequência sobre o princípio da legalidade), de modo a esclarecer que não cabe aos juízes decidir discricionária e diferentemente do previsto nelas, para afirmar que “se os juízes podem dizer o que querem sobre o sentido das leis, ou se os juízes podem decidir de forma discricionária os *hard cases*, para que necessitamos de leis? Para que serve a intermediação da lei? É preciso ter presente, pois, que a afirmação do caráter hermenêutico do direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, *não significam uma queda na irracionalidade* e, tampouco, uma delegação em favor de decisionismos”.

A prisão especial
é uma forma
de execução da
chamada prisão
cautelar

Assim, o texto primitivo deve ser preservado até o momento em que haja modificação (e nesse caso, revogação) legislativa do disposto no inciso VII do artigo 295 do CPP, pois, caso contrário, a previsão legal deve ser observada, obrigatoriamente, por autoridades e particulares, sob pena de, até mesmo, macular-se o princípio da segurança jurídica presente no ordenamento jurídico contemporâneo e responsável por dar sustentabilidade às relações jurídicas.

No Brasil, em razão da teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu, não existe a possibilidade de se negar um direito, seja ele constitucional ou previsto em legislação infraconstitucional, pela via da exegese, tendo em vista que cabe ao Poder Legislativo, e tão somente a ele, como atividade típica, a atividade legislativa, no sentido de conferir direitos aos cidadãos ou, como poderia ocorrer no presente caso, a edição de nova lei capaz de revogar um direito já existente.

Ora, os poderes administrativos, assim como o poder decisório do magistrado, conferidos às autoridades, são previstos pela lei e almejam um fim específico ou, utilizando-se das palavras de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁷, “sempre que a norma atribui a uma autoridade

ou órgão de administração um poder com vista a determinado fim (condicionante ao exercício da sua competência) e essa autoridade ou órgão prossegue fins distintos dos fixados pela norma, a decisão ou deliberação (acto administrativo) que adopte deve considerar-se viciada de nulidade”. É exatamente isso que se defende: o Poder Judiciário, ao utilizar da razoabilidade para suprimir direito previsto pelo legislador ordinário, estará violando um poder que, via de regra, cabe ao Poder Legislativo e, por isso, padece de legalidade¹⁸.

Sabem todos, ademais, que o Estado – seja através do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário – tem por missão basilar produzir e aplicar as leis, começando pela Constituição e, nesta dimensão, submete-se a elas no sentido de que, nelas, vai expressa sua missão de garantidor do cidadão. Afinal, aí não só se delimitam os direitos fundamentais (e seus consequentes) na sua mais larga extensão como, também (e por óbvio), o espaço limitado onde o Estado pode penetrar nesses direitos, justo para não se permitir nenhum passo adiante daquele demarcado¹⁹.

Assim, se há uma delimitação estrita da exceção, como é o caso da prisão especial como prisão cautelar para determinados cidadãos, não se pode ter, em qualquer hipótese, interpretação extensiva – seja mediante razoabilidade ou proporcionalidade –, sob pena de inaceitável relativização das regras e princípios. Logo, as exceções não admitem, em nome de nada e de ninguém, qualquer violação, o que se dá mediante a extensão da interpretação²⁰.

Portanto, não há outra conclusão a se chegar: não há exegese que autorize o juiz a aplicar a razoabilidade ou (como querem alguns) o “princípio constitucional implícito da razoabilidade” nos casos em que o texto normativo deixou clara a existência de um direito conferido a um determinado grupo de pessoas, como ocorre, por exemplo, com o inciso VII do artigo 295 do CPP, uma vez que ao magistrado “está vedado valorar se a lei cumpre bem ou mal os fins por ela estabelecidos”²¹ (Canotilho).

Enfim, por tal caminho se poderia pensar levar à discussão o excesso cometido pelo legislador no caso da prisão especial. Mas nunca se poderia pensar na eliminação do instituto. Por caminhos assim – tortuosos – vê-se quem é quem na ordem do dia; e que preço têm como possíveis a pagar para chegar onde pretendem exegeticamente.

Da mesma forma, não era razoável a redação final aprovada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados (01.06.2010), em face do Projeto de Lei 4.208/01, dando-se nova

redação ao art. 295 do CPP: “É proibida a concessão de prisão especial, salvo destinada à preservação da vida e da incolumidade física e psíquica do preso, assim reconhecida por decisão fundamentada da autoridade judicial ou, no caso de prisão em flagrante cumprimento de mandado de prisão, da autoridade policial encarregada no cumprimento da medida.” Afinal, quer-se mudar, para pior, a natureza da prisão especial, ou seja, de um direito passa a mera faculdade e, mais grave, atribuída à autoridade judicial, responsável, por evidente, pelo que acontecer ao preso se ela não lhe for concedida. Ora, em hipóteses assim, com dizia o abade Lacordaire, a liberdade escraviza e a lei liberta. Por elementar, o magistrado não pode ser refém da situação carcerária do preso, hoje fora de controle em vários aspectos.

A prisão cautelar é uma exceção e, portanto, só deve ser aplicada nos estritos limites da lei

Por sorte, a proposta do novo art. 295 do CPP foi afastada pelo plenário da Câmara dos Deputados (07.04.2011). Assim, o artigo que pretendia alterar as regras definidoras da prisão especial não foi aprovado juntamente com o Projeto de Lei 4.208/01, que seguiu, agora, para sanção presidencial. De fato, houve resistência de alguns deputados, notadamente os do PPS – Partido Popular Socialista (que pretendem rediscutir a matéria no PLS 156/09 – Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, em trâmite perante a Câmara); e a maioria dos deputados entendeu pela necessidade da manutenção da prisão especial. Todavia, a lei sancionada em 4 de maio de 2011 e publicada em 5 de maio de 2011 vai precisar de muitos estudos porque repleta de problemas técnicos. Os senhores deputados, em verdade, salvaram os interesses dos congressistas e, assim, tiveram que deixar as migalhas aos cidadãos comuns.

Em suma, já se disse que o grau de civilidade de um povo é medido, sobretudo, pelo modo como são salvaguardados os direitos e garantias dos réus e como são investigados no processo penal (Pisapia²², por todos) e, assim, não se pode retroceder em conquistas democráticas (Canotilho²³), principalmente quando têm a coerência que todo cidadão precisa para não ser vilipendiado em seus direitos durante a execução de uma prisão cautelar à qual está submetido. O cidadão brasileiro não merece tamanho retrocesso.

Notas

* Texto em parte publicado no *Jornal Carta Forense*, em 5 de outubro de 2010.

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade*. In: COUTINHO, J. N. M. et al. *Constituição & ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 194-5.

² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 219.

³ *Ob. cit.*, p. 219.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 99-100.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 99.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: < <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2010.

⁸ *Ob. cit.*

⁹ *Ob. cit.*

¹⁰ *Ob. cit.*

¹¹ *Ob. cit.*

¹² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46-7.

¹³ Neste sentido, vale parte do voto prolatado no Excelso Supremo Tribunal Federal, no HC de autos 95.009-4, São Paulo, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno: *“Tenho criticado aqui – e o fiz recentemente (ADPF 144) – a ‘banalização dos princípios [entre aspas] da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito. No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segunda a qual ‘não há direitos absolutos’. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o entendimento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor,*

temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.”

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 7. ed. Roma: Laterza, 2002, p. 15.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O papel da constituição dirigente na batalha contra decisionismos e arbitrariedades interpretativas*. Estudos Constitucionais. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. STRECK, Lenio Luiz (org.) Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p. 185.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1.318.

¹⁷ COUTINHO, J. N. M. *Ob. cit.*, p. 194.

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 194.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Ob. cit.*, p. 1.320.

²¹ PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 4. ed. Padova: Cedam, 1985, p. 26.

²² CANOTILHO, J. J. G. *Ob. cit.*, p. 338-9.

ELISÃO E EVASÃO FISCAL

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*

Professor emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO e UNIFMU

EXCERTOS

“A distinção básica entre elisão e evasão reside nos meios adotados para fugir ao peso, sempre injusto, da carga tributária no Estado moderno, sendo tais meios legais ou ilegais, no que se conforma a elisão ou a evasão fiscal”

“A elisão fiscal, portanto, é procedimento utilizado pelo sujeito passivo da relação tributária, objetivando reduzir o peso da carga tributária, pela escolha, entre diversos dispositivos e alternativas de lei, daqueles que lhe permitem pagar menos tributos”

“A doutrina estuda a desconsideração da personalidade jurídica sob dois aspectos fundamentais, a saber: à luz da operação realizada (teoria da desconsideração interna) e à luz das próprias forças da pessoa jurídica atuante (teoria da desconsideração externa), em que a desestimação da pessoa jurídica é tida por inteiro”

“O fenômeno da superação da pessoa jurídica ou da operação, para os que não aceitam o espectro abrangente do instituto, decorre ou da integração jurisprudencial ou da imposição normativa”

***Outras qualificações do autor**

Professor Emérito do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME, Superior de Guerra – ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª. Região. Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia). Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal). Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP. Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU-Escola de Direito/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IICS.

Princípio apresentando minha interpretação sobre a diferença entre elisão e evasão.

A compreensão do problema proposto passa necessariamente pela apreensão fenomênica da imposição tributária.

Para mim, reside a realidade tributária na província, hoje alargada, das normas de rejeição social, em face da crescente intromissão do Estado – teoricamente compositor de uma sociedade organizada e dela representante pelo governo que o empalma – na vida de cada indivíduo, tornando seu campo próprio de atuação livre cada vez mais limitado e restrito¹.

A crescente regulamentação da sociedade – que torna falso um dos principais fundamentos do direito, qual seja, o de que ninguém se exime, alegando o desconhecimento da lei, visto que na realidade atual ninguém pode alegar o conhecimento de todas as leis – tende a transformar o homem em prisioneiro de uma ordem legal, que não auxilia a criar e à qual se subordina, por interesses tidos por superiores, mesmo nos autênticos regimes democráticos.

O homem do século XXI é um prisioneiro da regulamentação crescente e sua liberdade de agir é mera ficção, posto que só a poderá exercer no cipoal legislativo que controla sua vida, desde que dentro dos padrões permitidos pelo direito de seu país².

Daí decorre a elevada interferência do Estado – e a essência da crise do direito reside nesta interferência na vida do indivíduo – e, portanto, o surgimento em escala maior das denominadas normas de rejeição social, ou seja, daquelas normas que só são passíveis de cumprimento por receio das sanções³.

Nas normas de aceitação social, como queria Cossio, as normas de comportamento são primárias, visto que aquelas de caráter sancionatório só seriam aplicáveis a casos patológicos, isto é, aos descumprimentos produzidos por pessoas descompassadas da sociedade⁴.

As normas de aceitação social quase sempre têm seu ancoradouro nas normas de direito natural, que, por sua inerência à natureza humana, prescindem de criação legislativa. Esta, quando surge, serve apenas para reconhecê-las, como é o caso do direito à vida, que o Estado pode reconhecer, mas não criar⁵.

O desrespeito ao direito à vida é ação que se pune com norma sancionatória de caráter secundário, visto que, mesmo sem sua existência, a maior parte das pessoas não se transformaria em assassina.

A crescente interferência do Estado na liberdade dos cidadãos e a camisa de força, cada vez mais complexa, que lhes impõe vai, todavia, levando-o a criar campo próprio de atuação por normas de rejeição social, aquelas que o indivíduo aceita por não ter outra alternativa e que só cumpre em face da existência de uma sanção à desobediência⁶.

Nas normas de rejeição social, a norma sancionatória é necessariamente primária, pois representa a própria razão de eficácia da norma de comportamento. Por isso, neste particular – e só nele – a teoria kelseniana de normas primárias e secundárias é correta⁷.

Ao contrário das normas de aceitação social, que ao Estado cabe apenas reconhecer, as normas de rejeição social o Estado cria, sendo regras que nitidamente refogem ao direito natural, completando a vida organizada em sociedade, ao lado daquelas próprias e exclusivamente nascidas no direito natural⁸.

O crescimento do tamanho do Estado e daqueles que o representam, através do governo no poder, faz da imposição tributária nítida norma de rejeição social, pois busca o Estado retirar do contribuinte aquilo que o contribuinte ganhou para suportar suas necessidades tidas por públicas, apesar de, em todos os espaços geográficos e períodos históricos, os interesses da comunidade e os interesses exclusivos dos detentores do poder estarem amalgamados.

Por saber que sempre paga mais do que deveria pagar, a fim de prover aquilo de que a comunidade necessita, através do Estado, e aquilo que os governantes almejam com o único intuito de se manterem no governo, independentemente dos interesses comunitários, é que o indivíduo é levado ao cumprimento das obrigações tributárias, em face de temor de uma sanção que lhe pode ser mais onerosa que o próprio tributo.

Em última análise, nem a carga tributária exigida pelo Estado moderno é “indevida”, como pretenderam os primeiros doutrinadores modernos, nem “sublimada”, como formularam os autores do Estado do Bem-Estar Social, mas é “desmedida” para que se atenda, simultaneamente, os interesses da comunidade e os exclusivos interesses dos detentores do poder⁹.

Sob esta realidade se assenta a tendência do pagador de tributos de fugir das leis impositivas, porque as sabe estruturalmente injustas, em sua dimensão atual. E os fenômenos da elisão fiscal e da evasão fiscal assentam-se nesta perspectiva de busca de meios para reduzir o tamanho crescente dessa carga desmedida.

A distinção básica entre elisão e evasão reside nos meios adotados para fugir ao peso, sempre injusto, da carga tributária no Estado moderno, sendo tais meios legais ou ilegais, no que se conforma a elisão ou a evasão fiscal¹⁰.

Em maio de 1989 realizou-se em Brasília simpósio sobre o tema “elisão fiscal”, a que as autoridades legais de outros países denominavam de “sonegação legal”, sem terem percebido que o que é legal não é sonegação. Ocorre que, moralmente, o Estado tem menos justificativas de cobrar o que cobra, pois que é, sem qualquer exceção, por melhor que sejam os governos, um notório desperdiçador de recursos públicos. Essa constatação é que levou Wagner – em gráfica afirmação, há mais de 100 anos – a enquadrar tal realidade na “teoria de expansão irreversível das despesas públicas”¹¹.

Do ponto de vista estritamente jurídico, por ser a norma tributária uma norma de rejeição social, o sujeito passivo é protegido por princípios fundamentais, como o da estrita legalidade, tipicidade fechada e reserva absoluta da lei formal, e só pode ser obrigado a fazer o que na lei estiver¹².

Desta forma, a procura, dentro da lei, de meios para que se reduza a carga tributária, sobre ser procedimento absolutamente legal é, simultaneamente, medida de justiça, visto que busca o pagador de tributos reduzir o peso da carga desmedida e, portanto, da injustiça intrínseca que o excesso termina por causar.

A elisão fiscal, portanto, é procedimento utilizado pelo sujeito passivo da relação tributária, objetivando reduzir o peso da carga tributária, pela escolha, entre diversos dispositivos e alternativas de lei, daqueles que lhe permitem pagar menos tributos.

Não passa o mesmo em relação à evasão fiscal, que adentra o campo da sonegação ou falta de recolhimento tributário, haja dolo ou culpa, sendo que na sua faceta dolosa há de se considerar as formas previstas no direito pátrio, como de simulação, fraude e sonegação¹³.

No direito brasileiro, a elisão é permitida e a evasão, além de representar infração administrativa, muitas vezes implica delito penal, desde que a lei a defina como tal.

Tudo pode o Estado dentro da lei. Nada pode fora da lei. Tudo pode o pagador de tributos que não esteja em lei, nada pode contra

A elisão é permitida e a evasão, além de representar infração administrativa, muitas vezes implica delito penal, desde que a lei a defina como tal

o que na lei estiver¹⁴. Esta é a razão por que os princípios próprios de direito penal são também de direito tributário, como os de vedação da integração analógica, *in dubio pro reo*, retroatividade da lei mais benigna etc.¹⁵

Lembro, por fim, que o § único do artigo 116 do CTN ainda não tem eficácia, à falta de legislação procedimental.

Entendo, pois, que na elisão o afastamento da imposição tributária se faz pela utilização de mecanismos legais, sendo incensurável a adoção dessa técnica de planejamento tributário, não o mesmo acontecendo com a evasão, em que o afastamento da imposição se obtém pela ruptura da norma legal.

Passo a outro tema relacionado à elisão e evasão fiscal, ou seja, o da interpretação econômica das leis tributárias.

De início, no plano meramente doutrinário, não aceito que possa existir interpretação de conteúdo econômico que supere o comando plasmado na lei. A discussão acerca da possibilidade de a interpretação de conteúdo superar a conformação legal, embora em formulação inadequada, pode ser mais fartamente colocada no direito privado, em que as normas jurídicas são sempre examinadas à luz de uma elasticidade exegética não pertinente ao direito público.

Por outro lado, uma interpretação do conteúdo relacional além das formas é também admissível nos sistemas jurídicos que são forjados na tradição costumeira ou na elaboração pretoriana, visto que a norma costumeira e aquela legislativa conformam o ordenamento de tais países¹⁶.

Nos países, todavia, que adotam a elaboração legislativa como fonte primeira e absoluta do direito, sendo todas as demais decorrentes, devem os intérpretes do sistema afastar, pelo menos nas normas de relação impositiva, a interpretação de conteúdo superativo da exteriorização formal.

À nitidez, a interpretação do conteúdo não se confunde com aquela aplicável à teoria da superação da forma, posto que naquela se objetiva afastar conteúdo diverso ao que a norma poderia exteriorizar, por força de aprofundamento de sua percepção, e nesta a forma jurídica é deliberadamente utilizada para se obter efeito diverso daquele que o ato ou situação jurídica deveriam veicular.

A interpretação de conteúdo, embora desejável, não pode, como se pretende projetar, oferecer desenho legal distinto daquele expresso na norma, sob o risco de se estar ofertando realidade exegética diversa daquela esculpida pelo legislador¹⁷.

À evidência as técnicas exegéticas – todas sem exceção – devem ser utilizadas na percepção do texto a ser examinado, ou seja, a histórica, a gramatical, a lógica, a sistemática, a restritiva ou extensiva, conforme a natureza da norma, a teleológica e até mesmo a integração analógica (não aceito a corrente dos que a fazem conviver com a interpretação analógica), em face também do perfil do texto a ser estudado. Não podem, pois, jamais ser excluídas.

A norma, todavia, não deve ser examinada além de seu conteúdo intrínseco, posto que abordar realidade diversa da configuração mandamental leva necessariamente ou à deturpação da norma ou à criação legislativa pela hermenêutica, em ambos os casos gerando para os que possam sofrer sua aplicação restritiva prejuízo ou benefício indevido¹⁸.

Há que se considerar, todavia, que afastar a interpretação de “conteúdo presumível” não significa adotar técnica meramente formalista, nos ordenamentos jurídicos em que o processo legislativo é a fonte primeira do direito. A interpretação de “conteúdo presumível” só pode ser utilizada no que concerne às normas referentes à relação de coordenação, em face da maior maleabilidade exegética, que lhes pertinem, sempre nos limites que o próprio procedimento legislativo permite.

No que diz respeito, contudo, ao direito tributário, tal formulação não encontra respaldo, em face dos limites estritos permitidos ao legislador e ao intérprete¹⁹. A interpretação de “conteúdo presumível” apenas é admitida no que diz respeito à denominada interpretação econômica. Por esta, o conteúdo econômico da relação é que deve ofertar o perfil a ser interpretado pelo jurista a partir do texto veiculado. Aqueles que a defendem objetivam, de início, a descoberta do conteúdo de natureza econômica – visto que sobre tal fato e matéria é que incide o fenômeno impositivo – para conformarem a norma a tal realidade e não tal realidade à norma. Para tais intérpretes a teoria do conteúdo presumível é que subordina o texto à sua exegese e não o texto que configura os limites da realidade econômica subjacente²⁰.

À evidência, para estes intérpretes os princípios de tipicidade fechada, estrita legalidade e reserva absoluta de lei formal não esculpem o direito tributário, posto que a norma a ser interpretada é mais extensível do que a mera interpretação jurídica parece ensejar²¹.

Entendo, pois, que a interpretação econômica, enquanto instrumento para acrescentar conteúdo normativo não exteriorizado na lei a favor do sujeito ativo da relação tributária, não foi hospedada pelo sistema brasileiro, razão pela qual, sobre ser uma falsa

proposição, representa técnica não pertinente aos sistemas em que a lei é a fonte primeira do direito.

Poder-se-ia, todavia, alegar que, se tal técnica exegética for de utilização a favor do sujeito passivo da relação tributária, poderia ela ser adotada em face dos princípios elásticos que o Código Tributário Nacional adota em benefício do pagador de tributos. Ainda aqui discordo, visto que a maior elasticidade permitida ao sujeito passivo, em sua defesa contra as normas impositivas de rejeição social, não lhe pode permitir a adoção de técnica capaz de distorcer o real conteúdo normativo.

Devo lembrar que na minha concepção tridimensional da norma tributária, coloco o fato na economia e em sua disciplina jurídica macroeconômica, que exsurge no direito econômico; a valoração nas finanças públicas e na sua disciplina jurídica, que é o direito financeiro, e a norma no próprio direito tributário²².

De tal concepção decorre que a norma tributária incide sobre uma realidade necessariamente econômica, já nascendo com o seu conteúdo real, nos estritos limites de sua veiculação. Ao conteúdo econômico já idealizado pelo legislador, ao produzir a norma não se acrescenta qualquer outro conteúdo também de natureza econômica, posto que ou a interpretação da norma se faz de acordo com a realidade que a fez nascer – e é essencialmente interpretação jurídica dentro dos limites dessa realidade – ou se faz acrescentando nova realidade não prevista pelo legislador, com o que se adiciona novo comando legal, inexistente nas normas tributárias, em que a reserva é absoluta, violentando-se os princípios da tipicidade fechada e da legalidade estrita²³.

Não há, portanto, que se considerar possível a interpretação econômica no direito tributário. O direito tributário incide sobre o fato econômico, mas a interpretação que lhe pertine é necessariamente jurídica.

Por esta razão, entendo que a interpretação econômica, como pretendem determinados autores, não foi hospedada pelo sistema brasileiro, em face do conteúdo de rejeição que as normas tributárias têm e em face dos rígidos princípios que plasmam a produção normativa nesta província do direito²⁴.

Examino a teoria desconsiderativa.

As formas jurídicas nem sempre hospedam a materialidade dos fatos, não poucas vezes estando o *nomem juris* adotado em dissonância com a ordem fática, que se serve da instrumentalização legal para obtenção de soluções diversas. O objetivo pretendido

pode ser distinto da forma jurídica adotada, cabendo ao intérprete a busca da solução mais adequada na apreensão fenomênica da norma²⁵.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica alicerça-se em tal dissociação de objetos. Apenas para lançar as premissas da questão, mister se faz, de plano, esclarecer o tipo de superação da personalidade jurídica adotada, à luz do fenômeno desconsiderativo conhecido nos direitos pátrio e comparado.

O fenômeno superativo reside na ultrapassagem dos termos formais da relação jurídica, ingressando na própria estrutura do negócio combinado ou proposto. Atinge a finalidade da operação ou da situação jurídica mantida, independente da forma adotada, mesmo que a forma adotada seja, sob este prisma, absolutamente correta²⁶.

A doutrina estuda a desconsideração da personalidade jurídica sob dois aspectos fundamentais, a saber: à luz da operação realizada (teoria da desconsideração interna) e à luz das próprias forças da pessoa jurídica atuante (teoria da desconsideração externa), em que a desestimação da pessoa jurídica é tida por inteiro.

Embora alguns autores procurem desconhecer a denominada desconsideração interna, por entenderem que a pessoa jurídica não é superada, mas apenas a operação é que deve ser desconsiderada, não me filio a tal corrente, visto que em tais operações, em que o objeto supera a forma, não se pode desconhecer a existência de uma relação jurídica diversa, direta ou indireta, apenas sendo a realidade fenomênica menos abrangente²⁷.

Entendo haja a figura desconsiderativa tanto em uma singela distribuição disfarçada de lucros (desconsideração interna), como na criação de uma segunda empresa com o fito de, através dela, serem repassados para uma terceira os lucros que não poderiam ser diretamente destinados a esta (desconsideração externa). Prefiro inclusive a adoção de terminologia distinta, denominando a primeira relação de estática e a segunda de dinâmica.

O fenômeno desconsiderativo, todavia, existe nas duas hipóteses, visto que a forma eleita não pode ser aceita, mas sim o objetivo pretendido, que introduz forma não utilizada para ser recepcionada pelo direito na recomposição do perfil jurídico da realidade antes disfarçada²⁸.

Na elisão o afastamento da imposição tributária se faz pela utilização de mecanismos legais

O fenômeno da superação da pessoa jurídica ou da operação, para os que não aceitam o espectro abrangente do instituto, decorre ou da integração jurisprudencial ou da imposição normativa.

Negam, também, alguns autores, a existência do fenômeno desconsiderativo na imposição normativa, sob a alegação de que seria hipótese legal previsível e a que a desconsideração apenas poderia decorrer de integração pretoriana. Ainda aqui divirjo de tais autores, posto que a teoria da imposição legal objetiva desconsiderar distorções que só se enquadrariam na hipótese de incidência se a realidade a ser desconsiderada ocorresse, desaparecendo, na aplicação, a função constitutiva da jurisprudência para restringir-se à sua função interpretativa.

No direito tributário, por exemplo, a desconsideração da pessoa jurídica apenas ocorre em havendo hipótese legal, como é o caso da distribuição disfarçada de lucros, visto que tal ramo da lei positiva é regido pelos princípios da estrita legalidade, da tipicidade fechada e da reserva absoluta da lei formal²⁹.

No direito privado, contudo, a desconsideração pode nascer de uma dupla formulação jurídica, ou seja, a jurisprudencial e a normativa, pois a integração analógica, a interpretação extensiva e a flexibilidade exegética constituem elementos de utilização do intérprete para buscar o real desenho das realidades ocorridas no universo do direito³⁰.

De há muito, portanto, está no direito superada a teoria do formalismo, com a prevalência dos aspectos materiais do ato ou fato jurídico sobre sua conformação normativa.

Tais considerações fazem-se necessárias, visto que, sem elas, o impasse hermenêutico poderia ocorrer sem solução viável, no plano jurídico, ou com solução diversa das intenções e da justiça, objeto final do direito ao reger a sociedade.

Não sem razão, Hervada y Izquierdo definiram o direito como a “ordem social justa”, posto que a vida social é ordenada à luz de um ideal de justiça – mesmo que a prática demonstre o contrário – visão que supera de muito a concepção restrita e pequena do “mínimo ético”, produzido pelo utilitarismo de Jeremy Bentham³¹.

A materialidade jurídica vale mais do que a forma adotada. É esta que se subordina àquela e não aquela a esta.

Um último ponto deve ser considerado. A superação da pessoa jurídica ou da operação formal não implica necessariamente fenômeno punitivo para os que as virem desfiguradas, mas exclusivamente o reconhecimento da real situação, trazendo-a para o mundo aberto do

direito, em face de seu perfil verdadeiro. Pode inclusive representar, ao se apresentar como é e não como era, para as partes envolvidas, um benefício maior do que a situação formal anterior. A figura da desconsideração objetiva apenas tornar clara uma realidade oculta, antes posta sob forma diversa da que lhe pertine por natureza³².

Isto posto, em face das colocações atrás expostas, entendo que a teoria da desconsideração foi estalajada pelo direito fiscal brasileiro apenas e enquanto decorrente de hipótese normativa, vedada sua aplicação a partir da construção pretoriana, pois tal concepção implicaria, se adotada, ofertar elasticidade exegética à norma que os princípios da tipicidade fechada, reserva absoluta e estrita legalidade vedam.

O melhor exemplo da figura superativa, por força de imputação legal, é o da distribuição disfarçada de lucros, em todas as formas que assumiu, no direito positivo, após sua introdução no Brasil com a Lei 4.604/64³³.

Não comento a Lei Complementar 104/01, pois a meu ver, ela só é aplicável após a produção legislativa, que ainda não ocorreu, visto que os artigos 13 a 19 da Medida Provisória 66/02 foram rejeitados pela Câmara.

São estas as considerações perfunctórias que faço sobre tema de minha permanente reflexão.

Notas

¹ Peter Berger, no livro “The Capitalist Revolution”, ao examinar o quadro internacional das economias em crise e daquelas em pleno crescimento, detecta realidade que merece reflexão, qual seja a de que quanto maior a presença do Estado no processo produtivo e na vida de cada cidadão, tanto menor o desenvolvimento. Conclui que, apesar de suas deficiências, o sistema capitalista provocou, a partir da década de 80, verdadeira revolução na economia mundial, com sensível redução dos impostos diretos e adequado remanejamento dos indiretos e dos tributos sociais.

² Gerson Pereira dos Santos traduziu o livro de Eduardo Novoa Monreal intitulado “O Direito como obstáculo e transformação social” (Ed. Sérgio Antonio Fabris Editor) em que o problema é admiravelmente tratado. Abre o ilustre ex-presidente do Tribunal de Justiça da Bahia o livro com o seguinte gráfico trecho: “Um novo modelo de jurista está em vias de nascer: distingue-se do modelo anterior, antes de tudo, pelo fato de que o seu propósito está no trabalho crítico sobre o Direito e, com ele, na compreensão do político e do social, também na atitude de responsabilidade visando a determinar-lhe a imagem para o porvir” (do informe apresentado pela República Federal da Alemanha e UNESCO para a comunicação

sobre as ciências sociais no ensino superior, cuja parte relativa ao direito ficou a cargo de C. Eisenmann).

³ Desenvolvo, em meu livro “Teoria da imposição tributária” (2. ed., LTR, 1997), o perfil das normas de rejeição social.

⁴ “Teoría egológica del derecho”, Ed. Abelardo Perrot, Argentina.

⁵ O Caderno n. 2 de Direito Natural, com estudos de Gustavo Miguez de Mello, Ives Gandra da Silva Martins, José Carlos Graça Wagner, Walter Moraes, foi dedicado ao tema “Direito à vida” em sua visão de jusnaturalismo não racionalista (Ed. Cejup).

⁶ José Eduardo Faria no estudo preparado para a Federação do Comércio de São Paulo e distribuído no dia 9/6/88 escreve: “Se no plano constitucional o recurso à abstração conceitual lhes permitiu ganhar tempo para evitar crises e tentar reduzir as incertezas, no plano da legislação ordinária não se pode ignorar um dado óbvio: a impossibilidade de se organizar uma sociedade dividida e contraditória por meio de leis e códigos caracterizados pela ausência de lacunas e antinomias e em condições de equacionar equilibradamente os aspectos formais e materiais de todos os conflitos. Inerente a qualquer lei ou código existe, de fato, a afirmação de uma vontade política, cuja formulação não se esgota na negociação entre os partidos, mas se estende às questões contraditórias do sistema econômico e do próprio controle das diferentes instâncias do aparelho estatal.

É, esse, portanto, o momento em que estarão sendo decididas a eficácia jurídica (isto é, “técnica”) e a eficácia real (isto é, “sociológica”) da futura Constituição, uma vez que os grupos e classes sociais derrotados em suas pretensões na ‘batalha regulamentar’ poderão optar pelo descumprimento de parte da nova Constituição, sob o argumento de que ela é ilegítima” (“Qual o futuro da nova Constituição?”, p. 5-6).

⁷ “Teoria pura do direito”, Ed. Armênio Amádio, Coimbra.

⁸ Johannes Messner, em sua monumental obra “A ética social, política e econômica à la luz del derecho natural” (Ed. Rialp, Espanha), acentua as áreas de incidência, na vida social, de umas e outras, ou seja, as de direito positivo e as de direito natural.

⁹ O “Caderno n. 4 de Pesquisas Tributárias” (Ed. Resenha Tributária/CEEU, 1979) com estudos de Dejalma de Campos, Gaetano Paciello, Gaze Assem Tufaile, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, Joaquim Luiz de Castro, José Carlos Graça Wagner, José Carlos de Souza Costa Neves, Juan Carlos Luqui, Leon F. Szklarowsky, Manuel de Juano, Roberto V. Calvo, Sacha Calmon Navarro e Ylves José de Miranda Guimarães, foi dedicado ao tema da natureza jurídica das sanções tributárias, em perspectiva semelhante ao raciocínio exposto neste trabalho.

¹⁰ O 37º Congresso da IFA de 1983 dedicou um dos temas discutidos à Evasão e Elisão Fiscal, tendo a Resolução de plenário obedecido às seguintes sugestões: “Les Congrès, se fondant sur le droit fondamental du contribuable d’organiser ses affaires de manière à minimiser sa charge fiscale, dans les limites fixées par la loi;

Considérant que: a) l'augmentation de la pression fiscale incite les contribuables à essayer d'alléger leur charge fiscale;

b) les gouvernements ont le souci d'empêcher la fraude fiscale et d'éliminer l'évasion fiscale;

Recommande que: la législation soit toujours rédigée de manière à ce que: 1. l'intention du législateur soit exprimée en termes clairs; 2. les infractions fiscales soient clairement définies et entraînent des sanctions différentes selon qu'il s'agit d'infractions de nature purement administrative ou d'infractions qui peuvent être considérées comme frauduleuses; 3. l'évasion fiscale ne soit pas un acte illégal; 4. la libre circulation des personnes, des biens, et des services entre les États ne soit pas entravée; 5. les législations destinées à combattre l'évasion fiscale n'aient pas d'effet rétroactif; 6) les contribuables et leurs conseils n'encourent pas de sanctions, à moins d'être convaincus de fraude fiscale; 7) et la charge de la preuve n'incombe pas aux contribuables" ("Resolutions Book – IFA", International Bureau of Fiscal Documentation, 1988, p. 316/7).

¹¹ Adolf Wagner, "Lehr-und Handbuch der politischen Oekonomie", Alemanha, 1893.

¹² O tema foi objeto do 6º Simpósio Nacional de Direito Tributário, tendo os trabalhos sido publicados no "Caderno n. 6 de Pesquisas Tributárias" (ed. CEEU/Resenha Tributária, 1981), de autoria de Aires Fernandino Barreto, Ana Emília Cordelli Alves, Antonio José da Costa, Aurélio Pitanga Seixas Filho, Carlos Celso Orcesi da Costa, Cecília Maria Piedra Marcondes, Célio de Freitas Batalha, Dejalma de Campos, Dirceu Antonio Pastorello, Edda Gonçalves Maffei, Fábio de Sousa Coutinho, Gilberto de Ulhôa Canto, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Melo, Ricardo Mariz de Oliveira, Vittorio Cassone, Wagner Balera, Ylves José de Miranda Guimarães, Yonne Dolácio de Oliveira e Yoshiaki Ichihara. O Caderno foi intitulado "O Princípio da Legalidade".

¹³ Antonio Roberto Sampaio Dória em seu livro "Elisão e Evasão Fiscal" (Ed. Bushatsky/IBET, 1977, págs. 85-86-87) assim distingue as duas figuras: "Ora, enquanto não se realiza 'in concreto' a hipótese de incidência, enquanto o fato gerador está latente ou potencial, não terá cabimento que o fisco pretenda direito à percepção do tributo. Se pela elisão o fato gerador não chega a se manifestar, porquanto o contribuinte, que visava certo resultado econômico, foi suficientemente hábil na estruturação de seu negócio, afastando-se do protótipo previsto na norma, então a obrigação fiscal não se instaura, por estar ainda em sua primeira etapa, de caráter abstrato.

Se, ao invés, o fato gerador ocorre, pela equivalência entre o pressuposto de incidência legal e a situação de fato, pode o fisco legitimamente pretender direito à percepção do tributo consequente, pouco importando os artifícios dolosos utilizados para, no ato da verificação do fato gerador ou posteriormente, mascarar-lo ou distorcê-lo, de vez que uma situação jurídica já se havia consolidado em favor do Estado."

¹⁴ Cuidei da matéria, a partir das diversas correntes que conformam o direito penal tributário e o direito tributário penal, no livro “Sanções tributárias” (Ed. Saraiva, 1980).

¹⁵ Os artigos 106, 108 e 112 do CTN têm a seguinte dicção:

“Art. 106: A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I. em qualquer caso, quando seja expressamente interpretati-va, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispo-sitivos interpretados;

II. tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de definí-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de, tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”;

“Art. 108: Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I. a analogia; II. os princípios gerais de direito tributário; III. os princípios gerais de direito público; IV. a equidade.

§ 1º: O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º: O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

“Art. 112: A lei tributária que define infração, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira, mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto: I. à capitulação legal do fato; II. à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; III. à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; IV. à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.”

¹⁶ L. H. Hart em seu livro “The concept of law” (Ed. Clarendon, Oxford University Press, 1961, p. 138) fixa as bases para uma teoria geral do Direito a partir da experiência inglesa, onde o poder decorrente dos Tribunais é particularmente relevante: “A supreme tribunal has the last word in saying what the law is and, when it has said it, the statement that the court was ‘wrong’ has no consequences within the system: no one’s rights or duties are thereby altered. The decision may, of course, be deprived of legal effect by legislation, but the very fact that resort to this necessary demonstrates the empty character, so far as the law is concerned, of the statement that the court’s decision was wrong. Consideration of these facts makes it seem pedantic to distinguish, in the case of a supreme tribunal’s decisions, between their finality and infallibility. This leads to another from of the denial that courts in deciding are ever bound by rules: ‘The law (or the constitution) is what the court say it is’”

¹⁷ Johnson Barbosa Nogueira em “Interpretação econômica no direito tributário” (Ed. Resenha tributária, São Paulo, 1982) oferta, na parte do livro

dedicada ao exame das correntes exegéticas, interessante abordagem da polêmica questão.

¹⁸ Edda Gonçalves Maffei ensina que: “O CTN apenas insinua a interpretação econômica, mas não a adotou de forma expressa.

Contudo o conteúdo das leis tributárias é de natureza econômica e resulta da aplicação de um princípio constitucional: o da capacidade contributiva; os efeitos que produz também o são.

Mas, esse fato não pode levar à conclusão de que a interpretação econômica é critério que se sobreponha à interpretação jurídica.

A norma tributária tem vida ao lado das demais que integram o mundo jurídico. A especificidade porventura existente apenas traz cuidados especiais na eleição dos instrumentos de hermenêutica que sejam mais apropriados.

Assim, o fator econômico apenas atuará no processo de interpretação, que é único, quando se pesquisar o elemento teleológico. Os outros elementos: lógico, sistemático, literal também devem estar presentes.” (“Curso de direito tributário”, Ed. Saraiva, 1982, p. 76).

¹⁹ Alberto Xavier (“Os princípios da legalidade e da tipicidade de tributação”, Ed. Revista dos Tribunais, 1976) e Yonne Dolácio de Oliveira (“O princípio da tipicidade no direito tributário brasileiro”, Ed. Saraiva, 1980), ao apreenderem os princípios da tipicidade fechada, estrita legalidade e reserva absoluta de lei formal, próprios do direito tributário, terminam necessariamente por afastar, como decorrência, a interpretação econômica.

²⁰ Em “Natureza e interpretação das leis tributárias” (Ed. Financeiras) Ezio Vanoni e Ruy Barbosa Nogueira, em “Da interpretação e da aplicação das leis tributárias” (Ed. Bushatsky, 1974), recebem com reservas a interpretação econômica de superação da forma legal.

²¹ Escrevi que, “com efeito, em direito tributário, só é possível estudar o princípio da legalidade, através da compreensão de que a reserva da lei formal é insuficiente para a sua caracterização. O princípio da reserva da lei formal permitiria uma certa discricionariedade, impossível de admitir-se, seja no direito/penal, seja no direito tributário”.

Como bem acentua Sainz de Bujanda (“Hacienda y derecho”, Madrid, 1963, v. 3, p. 166), a reserva da lei no direito tributário não pode ser apenas formal, mas deve ser absoluta, devendo a lei conter não só o fundamento, as bases do comportamento da administração, mas – e principalmente – o próprio critério da decisão no caso concreto.

A exigência da “lex scripta”, peculiar à reserva formal da lei, acresce-se a da “lex stricta”, própria da reserva absoluta. É Alberto Xavier quem esclarece a proibição da discricionariedade e da analogia, ao dizer (*ob. cit.*, p. 39): “E daí que as normas que instituem sejam verdadeiras normas de decisão material (Sachentscheidungsnormen), na terminologia de Werner Flume, porque, ao

contrário do que sucede nas normas de ação (*Handlungsnormen*), não se *limitam a autorizar o órgão de aplicação do direito a exercer, mais ou menos livremente um poder, antes lhe impõem o critério da decisão concreta, predeterminando o conteúdo do seu comportamento*” (grifos nossos).

Yonne Dolácio de Oliveira, em obra por nós coordenada (“Legislação tributária, tipo legal tributário” in “Comentários ao CTN”, Bushatsky, 1974, v. 2, p. 138), alude ao princípio da estrita legalidade para albergar a reserva absoluta da lei, no que encontra respaldo nas obras de Hamilton Dias de Souza (“Direito tributário”, Bushatsky, 1973, v. 2) e Gerd W. Rothmann (“O princípio da legalidade tributária”, in “Direito Tributário”, 5ª coletânea, coordenada por Ruy Barbosa Nogueira, Bushatsky, 1973, p. 154). O certo é que o princípio da legalidade, através da reserva absoluta de lei, em direito tributário, permite a segurança jurídica necessária, sempre que seu corolário consequente seja o princípio da tipicidade, que determina a fixação da medida da obrigação tributária e os fatores dessa medida, a saber: a quantificação exata da alíquota, da base de cálculo ou da penalidade.

É evidente, para concluir, que a decorrência lógica da aplicação do princípio da tipicidade é que, pelo princípio da seleção, a norma tributária elege o tipo de tributo ou de penalidade; pelo princípio do “*numerus clausus*” veda a utilização da analogia; pelo princípio do exclusivismo torna aquela situação fática, distinta de qualquer outra, por mais próxima que seja; e finalmente, pelo princípio da determinação conceitual de forma precisa e objetiva o fato impositivo, com proibição absoluta às normas elásticas” (Resenha Tributária, 154:779-82, Seção 2.1, 1980) (“Curso de direito tributário”, Ed. Saraiva, 1982, p. 57-8).

²² “Teoria da imposição tributária”, Ed. Saraiva, 1983.

²³ O “Caderno n. 9 de Pesquisas Tributárias” (Ed. CEEU/Resenha Tributária, 1984), com trabalhos de Aires Fernandino Barreto, Antonio Alberto Soares Guimarães, Antonio Bianchini Neto, Antonio Manoel Gonzalez, Cléber Giardino, Gilberto de Ulhôa Canto, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Eduardo Soares de Melo, Ricardo Mariz de Oliveira, Roberto Catalano Botelho Ferraz, Vitorio Cassone, Wagner Balera, Ylves José de Miranda Guimarães e Yonne Dolácio de Oliveira, abordou a impossibilidade de se acrescentar hipótese impositiva por força de exegese integrativa das normas tributárias. Intitulou-se “Presunções no direito tributário”, tendo servido de base para discussão no IX Simpósio Nacional de Direito Tributário.

²⁴ A. J. Franco Campos escreve, na mesma linha: “1. No campo impositivo tributário, a teoria prende-se, basicamente, aos princípios seguintes: a. somente poderá haver imposição nos limites da lei – estrita legalidade; b. o objetivo da interpretação é estabelecer exata correspondência do valor do tributo, exigido segundo os princípios de justiça, e para isso buscam-se “regras” – métodos de interpretação; c. o cidadão tem a seu favor direitos constitucionais, que são as garantias decorrentes do Estatuto do Contribuinte, cujo fundamento pode ser

resumido – só a lei pode criar imposições (E.C. n. 1/69, art. 153 §§ 2º e 29 e art. 9º do CTN); d. o dever impositivo fixado na norma deve ser interpretado para chegar-se à igualdade jurídica (art. 153, § 1º, E.C. n. 1/69); e. a desigualdade surge quando a interpretação estabelece tratamento “di diverse ‘persone sotto gli stessi presupposti di fatto’”; f. a interpretação deve ser conforme com o “único sentido possível”, porque, caso contrário, haveria arbítrio” (“Direito tributário 3”, Ed. Bushatsky, 1975, p. 175/6).

²⁵ O Código Tributário Nacional, em seu artigo 4º, oferta gráfico exemplo de solução legal sempre que o divórcio se coloca entre os fatos e a forma jurídica adotada, estando o dispositivo assim redigido:

“Art. 4º: A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:

I. a denominação e demais características formais adotadas pela lei;

II. a destinação legal do produto da sua arrecadação”.

²⁶ Henry Tilbery ensina: “Em primeiro lugar, é preciso lembrar uma diferença básica entre o sistema de direito deste país em contraposição com o direito de raízes anglo-saxônicas, onde o juiz pode “criar” o direito conforme o caso concreto. A casuística da doutrina do disregard, desenvolvida pelos juízes norte-americanos, não pode ser aplicada nos países onde o ordenamento jurídico tem suas raízes no direito romano, sem que haja base em norma legal para este procedimento.

Neste país, o primeiro estudo em profundidade desta matéria do qual temos conhecimento, foi elaborado pelo professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Rubens Requião, publicado em 1969, seguido por outros autores, entre eles Fábio Konder Comparato, João Casillo, Egberto Lacerda Teixeira em coautoria com José Alexandre Tavares Guerreiro” (“Imposto de renda – Pessoas jurídicas integração entre sociedade e sócios”, Ed. Atlas/IBDT, 1985, p. 97).

²⁷ Rubens Requião, hospedando a concepção original de Rolf Serick, adota idêntica postura, admitindo para a desconsideração operacional a não negativa da personalidade jurídica de uma maneira geral, mas apenas sua ineficácia para determinado efeito em virtude de abuso do direito e fraude (“Abuso do direito e fraude através da personalidade jurídica”, Revista dos Tribunais, 1969, p. 410).

²⁸ João Casillo: “A posição doutrinária e jurisprudencial, quase dogmática, que vê a completa separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem – sócios – sofre, há algum tempo, algumas reações. Pouco a pouco, em evolução, foi tomando corpo a idéia de que em determinadas situações não é possível manter-se a distinção clássica entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas que dela fazem parte. Este movimento vem-se alastrando, sendo tratado em vários países e destinado a entrar e ficar nos próprios textos legais, como ainda veremos neste trabalho. Na Alemanha, a posição doutrinária é conhecida como ‘durchgriff der juristischen Personen’, ou, ainda, ‘missachtung der rechtform der Juristischen Personen’. No Direito anglo-americano, ‘disregard of legal entity’, completada pelas expressões

‘to pierce the veil’ ou ‘lifting the corporate veil’; no direito Italiano, ‘superamento della personalità giuridica’; no Direito argentino, ‘teoría de la penetración’; na França, ‘mise à l’écart de la personnalité morale’; no direito brasileiro, ‘teoria da desconsideração da pessoa jurídica’, ou, ainda, ‘teoria da desestimação da pessoa jurídica’.

Basicamente, os partidários da teoria da desconsideração afirmam que, quando a forma da pessoa jurídica, ou a própria pessoa jurídica, é utilizada com o intuito de fugir às finalidades impostas pelo Direito, deve ser, então, ‘desconsiderada’, ou melhor, não deve ser levada em conta sua existência, para, na decisão do caso que lhe é apresentado, o julgador decidir como se, na espécie, a pessoa jurídica não existisse, imputando as responsabilidades aos seus sócios ou, mesmo, a outra pessoa jurídica de que se tenha utilizado ou, mesmo, se escondido sob a forma daquela primeira” (“Desconsideração da pessoa jurídica” in Revista dos Tribunais, out. 79, v. 528, p. 24).

²⁹ Henry Tilbery esclarece: “Manifestamos nossa opinião categórica de que, dentro do princípio da estrita legalidade tributária, a doutrina alienígena da desconsideração da pessoa jurídica não pode ser aplicada no direito tributário brasileiro sem base em norma legal” (*ob. cit.*, p. 98).

³⁰ Marçal Justen Filho, em sua tese para concurso de professor titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, que tive o prazer de examinar, oferta interpretação semelhante, em face da maior flexibilidade exegética aplicável às normas do direito privado.

³¹ Izquierdo e Hervada (“Compêndio de Derecho Natural”, 2 vols., Ed. EUNSA, 1980, p. 25 do 1º v.) e Jeremy Bentham (“Uma introdução aos princípios da moral e da legislação”, São Paulo, abril, 1974).

³² João Casillo, lembrando a teoria de Serick, escreve sobre as hipóteses superativas, onde haja boa-fé, o seguinte:

“*Outras hipóteses*: Além das quatro situações citadas por Serick até aqui (que, por sua vez, baseia-se em J. Maurice Wormser, ‘Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems’, Nova York, 1927), o mestre alemão informa, ainda, que os Tribunais americanos têm ampliado a aplicação da doutrina do ‘disregard’ também na interpretação das declarações de vontade e outros negócios jurídicos da mesma forma quando o exija a boa-fé. Exemplos vários são trazidos (“Fidelity Trust Co. vs. Servide Laundry Co.”, “Metropolitan Holding Co. vs. Snyder” e outros).

Também Sweeney mostra a tendência para a desconsideração em casos de sociedade unipessoal (“Pepper vs. Litton”, “Dixie Coal Mining and Manufacturing Co. vs. Willians”, 1930); como, também, em questões onde se discute a nacionalidade da pessoa jurídica, sendo a forma desconsiderada e valendo a nacionalidade dos sócios (“Clark vs. Ubersee Finanz-Korporation A.G.”), bem como em matéria de impostos (“Higgins vs. Smith”).

É de se observar, pelo levantamento que os autores fazem nos casos norteamericanos, que eles vêm de longa data e, mesmo sem uma sistematização mais robusta, a teoria do ‘disregard’, vem sendo aplicada dia a dia, no interesse coletivo, fruto do desenvolvimento das relações jurídicas, cada vez em maior número e de maior complexidade, como é normal numa sociedade tão ampla como a dos Estados Unidos” (*ob. cit.*, p. 27-8).

³³ Com Luciano da Silva Amaro, escrevi estudo para publicação pela Universidade de Buenos Aires em homenagem a Rafael Bielsa, intitulado “Distribución encubierta de beneficios”, em que procuramos, os dois, evidenciar a sua conformação desconsiderativa (v. 1, 1979, Revista da Universidade de Buenos Aires, p. 281-309).

A RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS CIVIS NA INGLATERRA

LUIZ FERNANDO TOMASI KEPPEM*

Desembargador do TJPR

EXCERTOS

“Sobre o assunto da obstinação contra o acordo, interessantíssimo é o sistema de desestímulo a tal postura. O enfrentamento da questão toca num ponto particularmente sensível a partes de processos civis, ou seja, o bolso”

“Os tribunais podem determinar a suspensão do processo para que as partes considerem as ADRs e impor sanções de custas quando um litigante se recusa de modo insensato a submeter-se a um dos métodos recomendados”

“Toda essa gama de incentivo às ADRs, que ainda não atingiu aceitação plena do sistema jurídico inglês, conduziu a uma incrível redução da procura pelos tribunais civis, estimada em cerca de 90%”

*** Outra qualificação do autor**

Mestre em Direito pela UFPR.

Neil Andrews é professor da tradicional universidade de Cambridge e *fellow* do *Clare College*. Em Londres é *bencher* do *Middle Temple* e *barrister* do *Fountain Court Chambers*. Advogado e professor, tem vasta contribuição para a disciplina do processo civil inglês. Entre outros livros, escreveu sobre “O Moderno Processo Civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra”, obra que serve de base para as reflexões que seguem.

A Inglaterra, tal qual o Brasil, passou por uma verdadeira revolução na área processual civil, visto que, partindo da forma tradicional de resolução de conflitos por processo e sentença, com a onda do final do século passado dos métodos de resolução alternativa de conflitos (RAC para nós e *ADR* para o direito anglo-saxônico), os tribunais passaram a se apresentar não só oferecendo sentença, mas como patrocinadores de um acordo negociado.

Lord Donaldson e Lord Woolf, corajosamente, entendem que a resolução de conflitos deve ser submetida a uma variedade de métodos, “dentre os quais a resolução por sentença é apenas um, e provavelmente o menos desejado”.

Juízes ingleses pensam que é melhor concluir um acordo, “mesmo que baseado no conhecimento imperfeito e, talvez, um pouco assimétrico dos fatores econômicos ou outros, do que se submeter a um processo público de longa duração, com oitiva das testemunhas, dos peritos e dos presentes, tudo de acordo com o direito”.

A revolução foi impactante no processo civil e atualmente, na Inglaterra, protocolos preliminares com fim de resolver impasses costumemente orientam conselheiros judiciais a considerar as ADRs. Os tribunais entendem que a ação deve ser considerada o último caminho, recomendando que essas não sejam propostas antes do tempo. A ordem dos advogados inglesa lançou em 2005 uma orientação para que práticas de ADR fossem sempre consideradas, mesmo antes da propositura da ação. A Comissão Europeia adotou a mediação e propôs diretriz em relação ao tema. A legislação inglesa também incentiva as ADRs nas cortes.

Para os juristas ingleses as ADRs têm vantagens e desvantagens, que Neil Andrews cataloga. São considerados pontos positivos a flexibilidade do acordo frente ao modelo de adjudicação; a grande valia diante de relações pessoais contínuas; a confidencialidade, a despeito de nos processos poderem ser feitos acordos com cláusulas de consentimento para acesso de terceiros e, por fim, o fato de normalmente ser mais econômica. Problemas são também

elencados, especialmente na doutrina de Owen Fiss, da *Yale Law School*, a saber: concepção de que acordar é capitular e sempre serve aos mais fortes da relação; dificuldades das partes em entender o alcance do que está sendo acordado; o fato de que pode decorrer de um procedimento desleal de uma das partes; o direito seria neutralizado pelo acordo; ilícitos civis graves precisariam da resposta do judiciário, não sendo o caso de serem “colocados para baixo do tapete” do acordo.

Os pontos negativos levantados não tiveram o condão de abalar a ampla aceitação do sistema das ADRs, com a observação de haver certo consenso de que a resolução dos processos pelo juiz, que hoje na Inglaterra é residual, seja especialmente ajustada para situações onde não haja diferenças substanciais entre as partes, ou quando os métodos de resolução alternativa falharem ou esteja presente a obstinação de uma das partes.

Os tribunais passaram a se apresentar não só oferecendo sentença, mas como patrocinadores de um acordo negociado

Sobre o assunto da obstinação contra o acordo, interessantíssimo é o sistema de desestímulo a tal postura. O enfrentamento da questão toca num ponto particularmente sensível a partes de processos civis, ou seja, o bolso. As normas que regem custas autorizam juízes a balanceá-las ora agravando ora mitigando em favor ou contra determinada parte. Assim, as *rules* inglesas de processo permitem ao autor ou réu fazer uma oferta de acordo jurídico a ser considerada oficialmente pela parte contrária. Se aquele a quem foi proposto o acordo não o aceita, ele assumirá um “risco de custas”. E o sistema de custas é altíssimo, contemplando uma gama elevada de despesas, inclusive honorários advocatícios em libras e por hora de trabalho. A rejeição considerada como insensata impõe a quem assim agiu não só o pagamento das custas ordinárias de sucumbência (que, repita-se, são vastas e caras), como também custas de indenização (o que agrega substancial quantia à condenação). Tais institutos são poderosas ferramentas de incentivo aos acordos, sendo endossados pelo projeto de código processual tipo transnacional para Canadá e Inglaterra.

Além disso, os tribunais podem determinar a suspensão do processo, para que as partes considerem as ADRs, e impor sanções de custas quando um litigante se recusa de modo insensato a submeter-se a um dos métodos recomendados.

Toda essa gama de incentivo às ADRs, que ainda não atingiu aceitação plena do sistema jurídico inglês (notadamente pelos cursos de direito que, Neil Andrews noticia, em sua grande maioria ainda não contemplam a disciplina da mediação), conduziu a uma incrível redução da procura pelos tribunais civis, estimada em cerca de 90%. Isso foi percebido particularmente nas ações de médio ou grande porte, sendo que advogados londrinos atualmente têm dificuldades em “vender” o processo tradicional para seus clientes. Como decorrência, juízes acabaram por sentir a perda de sua importância nessa área, o que não os tem impedido de estimular o uso desses métodos, havidos como de interesse geral.

No Brasil ainda não temos a cultura da resolução alternativa de conflitos disseminada em grande parte dos tribunais, nas escolas de direito e no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil, mas, ressalva seja feita, caminhamos para isso a passos largos.

A obra do professor Neil Andrews, ladeado pela professora Teresa Arruda Alvim Wambier, que foi colaboradora na tradução técnica, é interessantíssima e acrescenta valiosas ideias para a reforma de nosso processo civil.

HÁ VÁRIOS CAMINHOS PARA O JUIZ?

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER*

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

EXCERTOS

“O juiz, até certo ponto e sob certas condições, pode criar direito no caso concreto, embora sempre à luz das demais regras do sistema e dos princípios jurídicos, e deve fazê-lo sempre de forma harmônica com o sistema”

“As interpretações envolvem diferentes graus de dificuldade e há hipóteses em que as divergências interpretativas não são prováveis”

“Na realidade social, política e jurídica dos nossos dias – e me refiro especialmente ao nosso país – é comum o fenômeno da jurisprudência conflitante e até mesmo dispersa – várias decisões sobre uma mesma (idêntica) questão. A necessidade de uniformização aparece, nestes casos, com clareza solar”

“Quanto mais se reconhece na função jurisdicional um quê de criativo, em diferentes graus, mais se torna perigoso afirmar-se que cada caso pode comportar mais de uma decisão correta. Perigoso, pois se imagina que juristas não devam adotar posições que levem ao caos social”

*** Outras qualificações da autora**

Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora no curso de mestrado da UNIPAR. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra (2008 e 2011). Professora Visitante na Universidade de Lisboa (2011). Presidente do IBDP. Vice-Presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Membro Conselheiro da International Association of Procedural Law. Membro do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Instituto Português de Processo Civil, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem da Federação das Indústrias do Paraná – CAIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Revista dos Tribunais). Advogada.

Admite-se, é claro, que as noções de *certo* e *errado* são relativas. Contudo, isto pode não impedir que numa dada sociedade, em determinada época, haja noções claras do que é *certo* e do que é *errado*. Ou é assim, ou a vida em comum se torna impossível ou muito tumultuada.

É necessário, todavia, que se *precisem os contornos do sentido em que nos parece ser verdadeira a afirmação de que a cada conflito corresponde uma única decisão*, que é o que faremos a seguir.

Parece que nós da comunidade jurídica achamos sempre terem mais razão aqueles que escrevem empregando termos não usuais, neologismos da moda, linguagem difícil, com intermináveis notas de rodapé. E, sobretudo, nenhum exemplo.

Com este artigo pretendo outra coisa. Vou usar linguagem simples, dar exemplos, com notas de rodapé apenas necessárias.

E o texto vai impregnado da esperança de que seja compreendido e de que desperte interesse e adesão pelas ideias aqui expressas!

Em que sentido se deve entender que *a cada caso deve corresponder uma única decisão tida como correta*? Não se trata de entender que *a priori* haveria uma decisão “predeterminada” para cada situação de conflito. Embora esta expressão também tenha este significado, não é este que aqui nos interessa. Interessa-nos, isto sim, que embora, em tese, possamos admitir que um *mesmo caso* pode ser adequadamente resolvido de *mais de um modo*, depois de ter havido *opção*¹, esta forma de resolver o caso *será* a única.

Assim, vê-se que reconhecer-se na decisão judicial a função de precedente – e portanto, a capacidade de orientar e mesmo determinar decisões posteriores sobre casos iguais – transforma-a em *norma jurídica*. Como norma, deve ser *a mesma para todos*, sob pena de ofensa indistigável à isonomia.

Assim, se *antes* do caso concreto ser decidido pode-se, em tese (ou não), considerar abusiva a cláusula que, em seguro-saúde, diz que este não cobre quimioterapia, se o contrato cobre câncer, uma vez tomada tal decisão², então esta será a decisão correta para todas as cláusulas que digam que um contrato de seguro-saúde cobre a doença x, mas não a sua principal forma de tratamento.

Passemos, então, a justificar esta nossa posição.

1) Como se sabe, um dos principais objetivos da Revolução Francesa foi o de controlar a arbitrariedade dos poderosos, que era reforçada e facilitada pelos juízes, à época subordinados ao Poder Executivo. O movimento de pensamento subjacente à Revolução

Francesa influenciou toda a Europa Continental e o juiz passou a ser visto como alguém que “administrava” a justiça, e não como membro de um verdadeiro poder, equiparável ao legislativo e ao executivo.

O Poder Judiciário era, na verdade, como dito, subordinado aos outros dois poderes gêmeos³. A atividade do juiz passou a ser privada das características de um verdadeiro poder e a ele passou a caber exigir o respeito à lei, de modo quase burocrático. Não se falava, à época, da *interpretação* e muito menos da necessidade de *uniformização da jurisprudência*.

Contudo, essa concepção entrou em crise e isso vem sendo mostrado pela doutrina há algumas décadas. Os juízes começaram a recuperar seu poder a partir da segunda guerra mundial. Com a (re)adoção das garantias, da autonomia e da independência, pouco a pouco o Poder Judiciário foi, na Europa Continental, tonando-se um verdadeiro poder do Estado.

E, a partir daí, colocou-se a problemática da separação absoluta dos poderes. O juiz aplica o direito preexistente, sendo, portanto, sua função, em certa medida, *declaratória*. Mas a lei escrita tem lacunas e, cada vez mais, precisa ser interpretada. Há, também, situações problemáticas, cuja solução não está prevista de modo específico na lei. Então a função judicial não se cinge a declarar o direito, mas, há, hoje, a tendência a se reconhecer que, em certa dimensão, *o cria*.

Com isso queremos dizer que o juiz, até certo ponto e sob certas condições, pode criar direito no caso concreto, embora sempre à luz das demais regras do sistema e dos princípios jurídicos, e deve fazê-lo sempre de forma harmônica com o sistema. Afinal, o direito não poderia ser concebido como um sistema se não houvesse ao menos marcada tendência à coerência⁴.

2) A história tem mantido um movimento pendular entre o predomínio da *legislação* e da *jurisdição*. Sente-se, no mundo contemporâneo ocidental, uma tendência que aponta para o incremento dos poderes do juiz, tanto no que diz respeito à sua conduta no processo quanto no que tange à interpretação da lei. Este último aspecto resulta da complexidade e da mobilidade das sociedades atuais e da pretensão de que o direito *cubra* ou discipline a vida social, sob todos os seus ângulos. Do direito passa a ser “cobrada” a realização de tudo quanto dele se espera.

De fato, as tarefas do juiz no estado social democrático vêm se multiplicando e tornando cada vez mais complexa a função de decidir. A doutrina menciona a inflação legislativa, que ocorre em alguns

setores, e é acompanhada, naturalmente, de sua desvalorização. Aumenta a possibilidade de contradições entre as leis e se torna imensa a possibilidade de combinações entre estas. Por outro lado, em outros setores, falta disciplina imposta por lei escrita, como por exemplo, naquilo tudo o que se liga à internet⁵.

Já observei, em vários textos escritos anteriormente, que hoje a lei está repleta de conceitos vagos ou indeterminados, de cláusulas gerais, e a importância que se dá aos princípios jurídicos vem se acentuando visivelmente nas últimas décadas.

Portanto, a lei, pura e simplesmente, não mais garante automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo “filtro” dos tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si.

O juiz preenche conceitos vagos – e todos os conceitos são, de certo modo, vagos! – quando diz que a palavra *mãe*, que consta do texto legal, abrange (ou não) a mãe adotiva. O juiz decide *x* ou *y* com base no princípio da necessidade do respeito à dignidade humana. E delimita situações, no mundo empírico, em que não teria sido cumprida a função social de um contrato.

Tudo isto torna imensamente mais complexa a tarefa de julgar. Torna, como já dissemos, a função do juiz quase que próxima, em algumas circunstâncias e sob determinadas condições, à do legislador.

3) Em face destas observações coloca-se a questão: é o juiz que *cria* direito ou *descobre* o direito anteriormente existente? Se o juiz descobre o direito, deve, como etapa final de sua busca, encontrar a *única* solução que seria a *correta* para o caso que está julgando?⁶

Não se trata de teses opostas. Ambos os fenômenos ocorrem em maior ou menor grau, dependendo do caso concreto. Há situações em que o juiz mais *declara* o direito preexistente do que *cria*. Mas casos haverá, cada vez mais frequentes no mundo contemporâneo, em que o juiz mais *cria* do que *declara*. E outros haverá, ainda, em que o juiz, ao decidir, estará *unicamente* criando a regra para o caso concreto.

Nesta ordem de ideias, e é este o cerne destas nossas reflexões, deve-se esclarecer que, *mesmo nas hipóteses em que o juiz cria direito*⁷,

Há sempre uma
única decisão
correta para cada
litígio submetido à
apreciação do juiz

pode-se vislumbrar a existência de uma *única solução correta para o caso*. Não se trata propriamente *da única que existia previamente*: mas *será única* a partir de sua criação tida como a correta para os casos subsequentes.

Em muitos casos, só se pode dizer que o direito existia anteriormente à decisão criativa do juiz no sentido de estar ali *in potentia*, como que incubado, nos princípios, nas entrelinhas das obras doutrinárias, no espírito do povo (= *ethos* dominante).

A ideia de que só há uma única solução para cada caso concreto, como já se mencionou, tem vários sentidos, que dependem, em parte, do contexto em que seja compreendida.

É, a meu ver, pressuposto de funcionamento do sistema e, especificamente, relevante mola propulsora da atividade do juiz. Se lhe parecesse haver diversas soluções possíveis, todas elas *corretas*, para resolver-se a situação posta à sua apreciação, se comportaria como alguém trilhando um caminho sem saber onde vai chegar. Mas não é esta a aceção de afirmação que mais interessa aqui.

Dizer-se que para um certo e determinado caso só há uma decisão correta é, também, a ideia que está por detrás da necessidade de que os precedentes sejam seguidos, *principalmente* nas hipóteses em que o juiz tenha exercido função visivelmente criativa.

Nos países de *civil law*, havendo reiteradas decisões em determinado sentido, ou até mesmo havendo uma só, de tribunal superior, esta será a tese *correta* e *equivocadamente* decidirá o juiz que não considerar esta cláusula abusiva. Assim, em relação ao futuro, *esta será a única decisão correta* para casos concretos. Idênticos.

Por isso é que digo que, nesta dimensão, vê-se que a decisão do juiz não se limita a ser a regra para o caso concreto, mas, vista como precedente, assume também a função de ser o direito aplicável a casos futuros.

Evidentemente, não se ignora haver casos para os quais há duas ou mais soluções corretas. Mas este não pode ser o ponto de partida do juiz nem uma *verdade* doutrinária, sob pena de se comprometer o caráter sistemático do direito. Disto pode decorrer, pelo menos em parte, o desestímulo para que um conjunto de precedentes no mesmo sentido deva ser respeitado ou de que uma linha reiterada de jurisprudência, num mesmo sentido, deva ser seguida.

E é claro, também, que nesta segunda dimensão não se está tratando da *correção* da decisão sob o ponto de vista *intrínseco* ou *substancial*. Fixada a jurisprudência em certo sentido *x*, certamente

haverá argumentos capazes de demonstrar que a tese adotada deveria ser outra. Mas para fim de orientação dos demais tribunais, deve ser considerada a decisão correta.

4) É impossível desvincular a compreensão da lei de sua interpretação. Quem compreende, *compreende a seu modo*: ou seja, interpreta. As interpretações envolvem diferentes graus de dificuldade e há hipóteses em que as divergências interpretativas não são prováveis.

Portanto, um sistema em que só há legislação, sem jurisdição, só é concebível em tese. Na experiência jurídica concreta dos nossos dias, há casos em que a jurisprudência praticamente substitui os textos de lei.

5) É inevitável certa dose, ainda que ínfima, de criatividade na interpretação.

O que, historicamente, pode ter variado é o grau de criatividade empregado na interpretação. Este grau, contemporaneamente, pode ser bastante elevado, por muitas razões, mas principalmente pelo *estilo* de legislar que passou a predominar da metade para o final do século passado até nossos dias.

Quanto mais condições houver em certo país, em determinada época, de se criarem divergências jurisprudenciais – no Brasil, a pluralidade de tribunais, as diferenças culturais profundas entre as regiões do país, as nossas dimensões continentais, a legislação repleta de conceitos vagos e cláusulas gerais, e tantas outras causas –, mais necessárias serão as técnicas de uniformização. Só a consciência de que a jurisprudência cria *normas jurídicas* é capaz de tornar evidente esta necessidade.

A uniformização faz chegar à única solução correta. Ela é ínsita à ideia de *sistema* jurídico, imprescindível à criação de previsibilidade, de segurança jurídica e ao tratamento isonômico dos indivíduos. Evidentemente, mais uma vez, frise-se que não se estará necessariamente diante da decisão ontologicamente correta.

6) Ora, se um determinado ordenamento jurídico contém os princípios da legalidade, da isonomia, preza a previsibilidade e a segurança jurídica, não há como sustentar-se pura e simplesmente que o juiz deve decidir segundo as peculiaridades dos casos concretos e que não há um caso igual ao outro. Para efeitos de aplicação do direito, há sim: João e José têm 18 anos. São maiores, penalmente. Não importa se João é consciente do que faz e José não.

Há esferas em que o que há de *igual* entre casos é só a *essência*, que se deve descobrir em meio aos fatos. Mesmo destes casos pode-

se extrair um *core*, que será a regra geral. Difícil? Claro. Mas não impossível.

Não teria sentido ser diferente “dependendo do tipo de caso”. É preciso que o sistema mostre abertura e mobilidade para fazer frente às rápidas mutações da realidade social. Mas, em contrapartida, a jurisprudência deve encontrar uma *orientação* consistente e coerente para suas decisões.

7) Há muitos anos venho sustentando que *há sempre uma única decisão correta para cada litígio submetido à apreciação do juiz*. Esta afirmação não está de modo algum atrelada à concepção da função do juiz como meramente mecanicista. Ou seja, quando digo que cada caso comporta uma só decisão, não quero, com isso, significar que esta decisão seria a aplicação automática da lei.

Esta afirmação tem, a meu ver, pelo menos três sentidos:

a) Este é o único possível estímulo do juiz: ele tem de estar à procura da decisão correta, única...

b) Isto, de fato, ocorre na maioria dos casos. Por um lado, poucas decisões são juridicamente equivalentes, dando origem a um “*tanto faz*”. Por outro lado, entre decisões contraditórias, *uma deverá ser tida* como de acordo com o direito e outra não. Note-se que não usei a expressão *estará*, mas *deverá ser tida como*, de acordo com o direito.

c) Por uma série de razões, às quais me referi sucintamente acima, na realidade social, política e jurídica dos nossos dias – e me refiro especialmente ao nosso país – é comum o fenômeno da jurisprudência conflitante e até mesmo *dispersa* – várias decisões sobre uma mesma (idêntica) questão. A necessidade de uniformização aparece, nestes casos, com clareza solar. A necessidade de que se encontre uma única decisão correta para uma mesma questão jurídica torna imprescindíveis métodos cujo objetivo seja o de se uniformizar a jurisprudência.

Nem se está aqui afirmando que aquela que venha a prevalecer em detrimento das outras seja *a correta*. Mas *deverá ser considerada como única correta*.

Quanto mais se reconhece na função jurisdicional um *quê* de criativo, em diferentes graus, mais se torna perigoso afirmar-se que cada caso pode comportar mais de uma decisão *correta*. Perigoso, pois se imagina que juristas não devam adotar posições que levem ao caos social.

Isto não quer dizer que não se reconheça que, segundo diferentes pontos de vista, várias decisões, diferentes também, possam estar corretas. Todavia isto não interessa ao direito, mas à sociologia. Como

disse Fernando Sainz Moreno⁸: conceitos indeterminados são os que geram discussão quanto ao seu significado. Mas isto não interessa ao direito, e sim à linguística.

A afirmação do genial autor espanhol diz respeito a estes conceitos que integram necessariamente a formulação de cláusulas gerais e até mesmo a verbalização de princípios jurídicos. Portanto, liga-se a todos estes fenômenos que tornam mais rarefeitos os parâmetros de decisão do juiz. A nós juristas cabe encontrar meios de neutralizar esta rarefação. Deixemos, pois, o aspecto linguístico aos linguistas; o social aos sociólogos, e se cuidarmos do “nosso jardim” já estaremos fazendo muito.

Notas

¹ No sentido de se ter a jurisprudência pacificado a respeito de uma dada interpretação.

² Tendo-se firmado este entendimento na jurisprudência.

³ Nicola Picardi. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Gen/Editora Forense, 2008, cap. I, A vocação do nosso tempo para a Jurisdição, 1.8, p. 24 e ss.

⁴ Já discorri com mais vagar sobre o tema em *Precedentes e Evolução do Direito*. In *Direito jurisprudencial*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2012, p. 11 e ss.

⁵ Nicola Picardi, *op. cit.*, p. 6.

⁶ Ou se o cria, deve-se entender que a solução encontrada é a única correta para o caso que está sendo julgado e para todos os outros idênticos ou que tenham a mesma *essência*. A respeito da identidade essencial, v. *Precedentes e Evolução do Direito*. In *Direito jurisprudencial*, cit., p. 11 e ss.

⁷ Na verdade, principalmente nestas hipóteses!

⁸ Passim, *Conceptos jurídicos, interpretacion y discrecionalidad administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1976.

A FORMAÇÃO DE JUÍZES COMO IMPERATIVO ÉTICO

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO*
Desembargador do TJPR

EXCERTOS

“Nunca se fez tanto apelo à justiça e nunca o acesso a ela esteve tão aberto, não parando de se alargar as funções que a democracia confia à justiça, parecendo ser ilimitadas”

“Um dos maiores desafios que se propõem, hoje, para o Poder Judiciário, é selecionar e formar bons magistrados, aptos a solucionar não só a lide processual, aquela que se revela no processo, mas o conflito sociológico, muito mais amplo e nem sempre possível de ser resolvido com a mera aplicação da lei”

“A legitimidade do poder decorre em boa parte da seleção dos melhores e da capacidade da magistratura para decidir em tempo real e de forma adequada, reclamando profunda consciência ética, competência, segurança, cultura e elevado sentido de alta responsabilidade”

“O juiz poderá ser confrontado com problemas imediatos sob os quais o direito é silencioso, obrigando-o a exercer um papel de legislador e administrador sem ter sido anteriormente preparado. Por isso a urgência da formação institucionalizada, com novos paradigmas de aquisição de conhecimentos, direcionados à ampliação da capacidade de pensar numa visão integrada e transdisciplinar”

“A formação do magistrado constitui-se hoje um dever que ultrapassa a responsabilidade de cada magistrado para ser também do Poder Judiciário”

*** Outras qualificações do autor**

Doutor em Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná.

A atuação do poder jurisdicional em decorrência do império do fenômeno da globalização tem assumido relevância nunca antes vista, e as características do tempo que vivemos vêm modificando substancialmente o papel do direito, sobretudo na perspectiva da sua aplicação judiciária.

Nos últimos cinquenta anos ocorreu uma intensa evolução e profunda transformação no poder jurisdicional. É um fenômeno onipresente, sem fronteiras e nacionalidade, provavelmente conexo à evolução das relações entre o Estado e a sociedade.

A presença crescente da justiça, com a explosão dos pedidos, faz com que ela se transforme numa parte cotidiana do processo político. Nunca se fez tanto apelo à justiça e nunca o acesso a ela esteve tão aberto, não parando de se alargar as funções que a democracia confia à justiça, parecendo ser ilimitadas.

À medida que o poder público torna-se mais intenso, a justiça descobre, sob a pressão de uma demanda crescente, novos domínios. Não há hoje nenhuma intervenção pública que possa ser subtraída da apreciação do juiz. Onde existe uma lei também existirá um juiz para interpretar e precisar os seus efeitos.

Hodiernamente, o juiz tende assim a se tornar uma espécie de maestro de orquestra, na qual sua função consiste não só em resolver os litígios, mas também encontrar soluções aos problemas que as outras instituições não puderam resolver.

Além de uma função técnica científica, aos juízes se exige uma função axiológica, com a valoração das ideias que iluminam o direito. A sociedade espera da justiça o dever de defender a liberdade, aplacar as tensões sociais, tutelar o meio ambiente, conter as tendências incoercíveis ao abuso do poder, impor penas, atenuar as diferenças entre os indivíduos, defender os cidadãos desde o nascimento, casamento, divórcio e morte etc.

As responsabilidades do juiz revelam-se cada vez mais acrescidas, desencadeando o fenômeno da jurisdicionalização e a crescente influência da justiça na vida cotidiana.

Concomitantemente à esta forte evolução, a concepção clássica do juiz, executor da vontade do legislador, vem sendo abandonada. Percebe-se claramente nessa trajetória que a estrutura burocrática da magistratura começa a apresentar fissuras cada vez mais profundas. O papel de mero aplicador da lei vem sendo desmantelado paulatinamente pelo realismo

jurídico, que ilumina a aproximação criativa do juiz à elaboração do direito.

Na sua nova função o juiz cria o direito, pois constrói normas que não estão nos códigos. Os juízes tornam-se depositários do direito que se torna o que é por eles feito.

O pensamento filosófico contemporâneo mais recente mostra a aplicação judiciária do direito, considerando o jurídico essencialmente na perspectiva do judiciário, como fazem John Rawls e Paul Ricoeur. A ideia do justo só se completa na aplicação da norma ao julgamento.

O julgamento é uma verdadeira norma jurídica, ainda que limitada às partes que estão obrigadas a cumpri-lo. Nesse sentido a função judiciária revela sempre uma versão política. Por isso o controle da sociedade sobre as razões que fundamentam a decisão judiciária é cada vez mais amplo, colocando em xeque o preparo do juiz.

Um dos maiores desafios que se propõem, hoje, para o Poder Judiciário, é selecionar e formar bons magistrados, aptos a solucionar não só a lide processual, aquela que se revela no processo, mas o conflito sociológico, muito mais amplo e nem sempre possível de ser resolvido com a mera aplicação da lei.

A construção e solidificação do Estado Democrático de Direito depende em grande parte da qualificação do juiz. Neste contexto, perfila-se claramente a exigência de um profissionalismo forte, a partir da institucionalização sistemática da seleção, formação e promoção do magistrado, fundadas em estruturas abertas de espírito não corporativo completamente vinculados aos termos do legislador constitucional.

O aumento do poder traz automaticamente o aumento de responsabilidade, transparência e independência, com o acréscimo das expectativas e das exigências em relação aos magistrados no ato de julgar.

A legitimidade do poder decorre em boa parte da seleção dos melhores e da capacidade da magistratura para decidir em tempo real e de forma adequada, reclamando profunda consciência ética, competência, segurança, cultura e elevado sentido de alta responsabilidade. A construção de uma identidade profissional sólida, com a formação profissionalizante institucionalizada

que busque uma progressiva maturidade profissional, torna-se imperiosa.

Esse desafio se faz muito mais relevante no momento em que a Constituição Federal, em face da Emenda Constitucional 45, atribui ao Poder Judiciário a integral responsabilidade pela seleção, preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados.

A Reforma do Judiciário descreveu de maneira expressa as qualidades do juiz, sendo este aquele capaz de assegurar a todos a razoável duração do processo e de implementar os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII do art. 5º da CF, acrescentado pela Emenda 45, de 2004).

Além disso, elencou os atributos do juiz, como o desempenho, a produtividade, a presteza no exercício da jurisdição, além da frequência e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento (alínea “c” do inciso II do art. 93 da CF, com a nova redação da Emenda 45/04).

Pela primeira vez, a escola da magistratura foi inserida no texto constitucional, denominando-a de Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (art. 105, parágrafo único, inciso I, da CF).

A comissão constituída pelo presidente do STJ para elaborar o primeiro documento da Enfam, quando da elaboração do projeto inicial, partiu da premissa de que *“a escola deverá ficar equidistante dos maiores males do Judiciário: a verticalização, comandada pelo critério de antiguidade, em todas as escolhas e determinações; e a politização, diante da incompatibilidade de defesa de interesses outros, senão os institucionais”* (Escola da Magistratura: Ministra do STJ Eliana Calmon Alves, in *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, n. 2 – outubro 2006, p. 23).

A missão vai mais além do que reforçar os mecanismos imparciais de seleção e promoção, sendo a sua principal incumbência a adoção do sistema de formação profissional institucionalizada, com a elaboração de uma teoria de formação de magistrados.

Não há hoje
nenhuma
intervenção
pública que possa
ser subtraída da
apreciação do juiz

A formação continuada não deve ser vista como uma obrigação; mais do que o aprofundamento das técnicas próprias à função e a confrontação dos elementos teóricos com a realidade das práticas judiciais, deve-se buscar a construção de um magistrado servidor de um direito que se origine na dignidade inviolável do ser humano, da supremacia da ética e dos direitos fundamentais.

O desafio é o de modificar o modelo dogmático da ciência jurídica, buscando um pensamento crítico de direito útil para a reflexão judicial, tentando descobrir quais as possibilidades e de que formas a função jurisdicional pode adotar a crítica jurídica para enfrentar os desafios contemporâneos.

Na sua nova função o juiz cria o direito, pois constrói normas que não estão nos códigos

O alargamento das atribuições dos juízes tem sido apontado como sinal de “crise da jurisdição”, nascendo a indagação de se a magistratura está preparada para as novas responsabilidades que começam a pesar sobre ela.

Sem escamotear a realidade, urge a tomada de consciência de que se passa rapidamente a uma outra etapa da modernidade e que importa compreender a crise judiciária e procurar os meios para superá-la.

O juiz poderá ser confrontado com problemas imediatos sob os quais o direito é silencioso, obrigando-o a exercer um papel de legislador e administrador sem ter sido anteriormente preparado. Por isso a urgência da formação institucionalizada, com novos paradigmas de aquisição de conhecimentos, direcionados à ampliação da capacidade de pensar numa visão integrada e transdisciplinar.

A necessidade de se reinventar, na busca da eficácia, eficiência e efetividade de sua atuação, faz emergir a consciência da necessidade de um magistrado dotado de cultura aberta, com personalidade independente, responsável, sabedor, com espírito de serviço e de solidariedade, aberto à cultura e à vida.

A implantação de um sistema de formação de magistrados é indispensável para que sejam viáveis as transformações que hoje se reclamam do sistema judiciário. A criação de um projeto institucional indicando que tipo de juiz se postula para a

sociedade irá traduzir os objetivos, os métodos, os cronogramas e os recursos das diferentes ações pedagógicas.

A formação do magistrado constitui-se hoje um dever que ultrapassa a responsabilidade de cada magistrado para ser também do Poder Judiciário, configurando-se numa exigência ética, num poder-dever indeclinável, face à extrema complexidade das interpelações que a sociedade dos nossos dias lhe coloca.

IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL

ACCÁCIO CAMBI

Desembargador aposentado do TJPR

EXCERTOS

“É possível a suspensão da execução, porém esta será excepcional e dependerá do grau (aparente, evidente) de prejudicialidade da impugnação e de uma valoração comparativa entre a gravosidade a que estaria sujeito o executado em caso de prosseguimento da execução e o eventual prejuízo que o exequente suportaria com o atraso da continuidade do feito”

“Na impugnação, a alegação de eventual novação somente será admitida se tiver ocorrido após a sentença ou o recurso”

“Os recursos adequados para combater as decisões proferidas na impugnação são: (i) agravo de instrumento, contra decisão interlocutória que julgar improcedente a impugnação, ou se, por exemplo, excluir um dos executados do processo, ou ainda quando reconhecer a existência de causa impeditiva da execução, e (ii) apelação, nos demais casos em que a solução da impugnação importar extinção da execução, sendo o ato judicial caracterizado como sentença”

“Não sendo oferecida a impugnação, o executado decairá do direito de impugnar a execução e, por seu intermédio, verificados os pressupostos do art. 475-M, travar-lhe a marcha até o julgamento das exceções e objeções apresentadas, ficando, assim, preclusa toda a matéria de defesa”

I. Introdução

As alterações introduzidas pela Lei 11.232/05 no capítulo X do título VIII do livro I do Código de Processo Civil deram novo regramento à execução judicial, agora denominada “cumprimento da sentença”, criando um novo meio de defesa do executado – a impugnação –, previsto nos artigos 475-J, § 1º, 475-L e 475-M daquele estatuto processual, que substituiu os embargos à execução naquela modalidade de execução.

Não se pode ignorar que é possível ao executado opor-se ao cumprimento de sentença por outro meio, isto é, através de simples requerimento, seja qual for a espécie de obrigação nela estampada (dar, fazer, não fazer ou entrega de coisa), porque não se pode excluir do executado, seja lá por qual for o meio, a possibilidade de apontar excessos ou quaisquer outras irregularidades verificadas, sejam de mérito ou processuais, quando da efetivação das medidas de alcance material¹, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho.

II. Desenvolvimento

1. Natureza jurídica

A impugnação oferecida pelo executado tem caráter de defesa, de reação à tutela jurisdicional do direito, pretendida através da ação², ou tem conteúdo de defesa, mas difere da contestação por razões teleológicas³, pelo fato de que não impugnar não significa que se aplique ao executado o principal efeito da revelia (CPC, art. 319), que só encontra aplicação no processo de conhecimento⁴, ou, ainda, se constitui, sob o aspecto procedimental, simples incidente (fase) interno ao processo em que já se desenvolve o cumprimento da sentença⁵.

2. Conteúdo

O conteúdo da impugnação não difere daquilo que prevê o art. 741 do CPC, ou seja, salvo falta de pressuposto de existência na fase cognitiva (por exemplo, falta ou nulidade da citação) e inconstitucionalidade

do fundamento do comando supervenientemente declarada pelo STF, estará o executado impedido de abordar matérias que foram ou deveriam ter sido objeto de debate na fase em que se obteve a sentença⁶.

Portanto, a defesa do executado somente poderá versar sobre: a) falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; b) inexigibilidade do título; c) penhora incorreta ou avaliação errônea; d) ilegitimidade das partes; e) excesso de execução; f) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação (pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição), desde que superveniente à sentença (art. 475-L).

3. Prazo de apresentação

O prazo para apresentação da impugnação, previsto no § 1º do artigo 475-J, é de quinze dias. Porém, isto não significa que o executado, a partir daí, não possa mais deduzir qualquer defesa; poderá ele apresentar defesa fora de tal prazo desde que se trate de tema que o juiz possa conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 303 do CPC), o que indica que permanece vivo o interesse na chamada “exceção de pré-executividade”, embora o seu campo seja hoje, em grande parte, dominado pela impugnação⁷.

Acrescente-se, também, que qualquer defesa que pudesse ter sido oferecida na fase de conhecimento, tenha ou não sido deduzida, não poderá mais ser apresentada. Seu exame resta inviabilizado porque a coisa julgada formada impede a sua apreciação.

Entretanto, as objeções processuais surgidas depois do trânsito em julgado, como por exemplo impedimento do juiz que processa a execução, se distinto daquele que julgou a causa, embora não incluídas no art. 475-L, certamente devem ser admitidas.

Igualmente, tratando-se de execução de decisão provisória, todas as objeções processuais não sujeitas a preclusão (art. 301, § 4º, do CPC) e as defesas de mérito que têm esta qualificação (arts. 303 e 462 do CPC) podem ser apresentadas até o trânsito em julgado da decisão que constitui o título executivo, porque sobre elas não há preclusão (art. 473 do CPC, a *contrario sensu*)⁸.

4. Autuação

Após a reforma introduzida no CPC, a execução de título judicial passou a correr nos próprios autos da ação, salvo se houver impugnação, com deferimento de efeito suspensivo (§ 1º do art. 475-M do CPC), quando ela é processada em autos apartados, isto é, em apenso à ação originária.

5. Segurança do juízo

O § 1º do artigo 475-J do CPC dispõe que, após efetuada a penhora e intimado o executado da penhora, o executado poderá “oferecer impugnação, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias”, dando a entender que somente depois de seguro o juízo é que o executado poderá defender-se.

Sobre a matéria há divergência na doutrina: uma corrente entende que a apresentação da impugnação (i) continua a depender da segurança do juízo, sob o argumento de que esta exigência também seria feita no caso de cumprimento de obrigação de entrega de coisa, mas que seria dispensada para o caso de obrigações de fazer e não fazer⁹; (ii) outra corrente ensina que é desnecessária a prévia segurança do juízo, porque não há regra específica sobre a questão e o art. 475-J, § 1º, poderia insinuar outra resposta, pois dispõe que a intimação para o executado impugnar se dá depois de realizada a penhora, ressaltando que, pelo sistema executivo adotado, diante da regra da não suspensividade da impugnação (art. 475-M) e dos embargos à execução de título extrajudicial (art. 739-A), a prévia realização de penhora não é mais imprescindível para tornar o juízo seguro enquanto não processados a impugnação e os embargos¹⁰; ou que a impugnação não depende de penhora, nem é necessário que o juízo esteja garantido para que se possa apresentar a impugnação, porque, conforme dispõe o § 1º do art. 475-J do CPC, o prazo final

Qualquer defesa que pudesse ter sido oferecida na fase de conhecimento, tenha ou não sido deduzida, não poderá mais ser apresentada

para apresentação da impugnação é de quinze dias a contar da intimação da penhora e o que a regra estabeleceu foi um limite temporal para o oferecimento da impugnação¹¹.

6. Suspensão da execução

É possível a suspensão da execução, porém esta será excepcional e dependerá do grau (aparente, evidente) de prejudicialidade da impugnação e de uma valoração comparativa entre a gravosidade a que estaria sujeito o executado em caso de prosseguimento da execução e o eventual prejuízo que o exequente suportaria com o atraso da continuidade do feito¹².

A execução de título judicial passou a correr nos próprios autos da ação, salvo se houver impugnação

Em suma, dois são os fundamentos que autorizam a suspensão da execução: i) a relevância dos fundamentos da impugnação; e que a execução seja ii) manifestamente suscetível de causar grave dano de difícil ou incerta reparação¹³. Tal entendimento é confirmado pela lição do ministro LUIZ FUX, no sentido de que “a suspensividade da impugnação reclama relevância e *periculum in mora*, consistente

em que o prosseguimento pode causar ao executado ‘grave dano, de difícil ou incerta reparação’”¹⁴.

O grave dano de difícil ou incerta reparação, um dos requisitos que propicia a suspensão da execução, caracteriza-se em duas hipóteses: (a) quando o exequente não apresenta idoneidade financeira evidente para suportar a indenização que lhe resultaria do acolhimento da impugnação fundada nos incisos II e VI do art. 475-L; ou (b) quando a alegação do executado envolve um direito fundamental, a exemplo do direito à moradia (art. 6º da CF/88), alegada a condição de residência familiar do bem penhorado, caso em que não há reparação pecuniária que remedie a privação da moradia¹⁵.

7. Casos implícitos de impugnação

Embora não se encontrem elencados no artigo 475-L do CPC, cabe ao executado alegar, por via de impugnação, a nulidade da

citação naqueles casos (por exemplo, execução da sentença penal condenatória) em que ela se realiza na execução incidental, a teor do art. 475-N, parágrafo único, bem como a falta ou nulidade de citação e os vícios da sentença arbitral, a teor do art. 33, § 3º, da Lei 9.307/96, decorrentes de um dos motivos arrolados no art. 32 do mesmo diploma¹⁶.

Ensina o mestre ARAKEN DE ASSIS, também, que, “quanto às nulidades do anterior processo de conhecimento, somente a falta ou nulidade de citação se ostenta admissível, baseando-se a execução, neste caso, no art. 475-L, I. As demais nulidades ficam encobertas pela eficácia de coisa julgada, na execução definitiva, ou integram a matéria devolvida ao órgão *ad quem* no recurso pendente, tratando-se de execução provisória”¹⁷.

8. Omissão da impugnação

Não sendo oferecida a impugnação, o executado decairá do direito de impugnar a execução e, por seu intermédio, verificados os pressupostos do art. 475-M, travar-lhe a marcha até o julgamento das exceções e objeções apresentadas, ficando, assim, preclusa toda a matéria de defesa, perdendo, por consequência, o executado tão só o direito de suspender a execução, de forma que lhe resta, pois, apenas alegar as exceções e objeções através de ação autônoma e de exceção de pré-executividade, remédios desprovidos do mesmo efeito suspensivo¹⁸.

9. Preclusão: reavivar questões já superadas

Na impugnação, a alegação de eventual novação somente será admitida se tiver ocorrido após a sentença ou o recurso, porque, se ocorrida no curso do processo, ainda que em grau de recurso, o réu poderia deduzi-la autorizado pelo benefício do art. 517 do CPC, ciente ou não de sua ocorrência, e se não o fez, resta inadmissível invocar esse fundamento na impugnação, porque estará coberta pela preclusão.

O desacolhimento daquela alegação visa impedir a retroação da marcha do “cumprimento da sentença” com o reavivar de questões já superadas no processo¹⁹.

10. Recursos

Os recursos adequados para combater as decisões proferidas na impugnação são: (i) agravo de instrumento, contra decisão interlocutória que julgar improcedente a impugnação, ou se, por exemplo, excluir um dos executados do processo, ou ainda quando reconhecer a existência de causa impeditiva da execução, e (ii) apelação, nos demais casos em que a solução da impugnação importar extinção da execução, sendo o ato judicial caracterizado como sentença²⁰.

III. Conclusão

As modificações introduzidas pela Lei 11.232/05 no ordenamento processual civil, alterando substancialmente o procedimento da execução de título judicial e extrajudicial, visaram, como tudo indica, atender ao princípio constitucional que assegura a todos os cidadãos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (inciso LXXVIII do art. 5º da CF), em vista de que o sistema anterior favorecia ao devedor, retardando e dificultando a pronta satisfação do crédito executado. Se as novas modificações da legislação alcançarão sucesso, somente o tempo dirá.

Notas

¹ MARTINS, Sandro Gilbert. Apontamentos sobre a defesa do executado no “Cumprimento da Sentença”. *Revista de Processo*, n. 116, p. 174.

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Execução. São Paulo: RT, 2008, v. 3, p. 294-295.

³ MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 176.

⁴ MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 177.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 406.

⁶ MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 172.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 292.

⁸ *Idem*, p. 298.

⁹ MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 174-175.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p.296.

¹¹ CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *As defesas do executado*. RT citada, p. 647.

¹² MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 178.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 305.

¹⁴ FUX, Luiz. Impugnação ao cumprimento da sentença. In: FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane et al. (Coords.) *Execução Civil*. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: RT, 2007, p. 210.

¹⁵ ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. São Paulo: Forense, 2006, p. 350-351.

¹⁶ Idem, p. 332.

¹⁷ Idem.

¹⁸ ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 334.

¹⁹ FUX, LUIZ. *Ob. cit.*, p. 206.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 312.

A RESOLUÇÃO 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS DE INTERESSES NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

MICHELLE ARIANE DE LIMA SEABRA*
Bacharel em Direito (UEPG/PR)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar aspectos relevantes da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, principalmente no que se refere à proposta de valorização das vias consensuais de resolução de conflitos, apresentando neste contexto a conciliação e a mediação como os principais mecanismos desta política nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Primeiramente, foi destacada a situação de crise de desempenho e de credibilidade do Poder Judiciário, traduzida na quantidade avassaladora de processos pendentes de solução em todas as suas instâncias. Em seguida, com apoio na doutrina pertinente ao tema, discorreu-se acerca da conciliação e da mediação e, por fim, foi polemizado sobre a efetividade destes institutos enquanto instrumentos de pacificação social, de garantia ao acesso a uma ordem jurídica justa e como mecanismo de auxílio na redução da sobrecarga de processos em todos os tribunais do país.

*** Outra qualificação da autora**

Servidora pública efetiva do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Introdução

Não restam dúvidas de que a crise de desempenho do Poder Judiciário, decorrente do número excessivo de processos pendentes, já configura em si motivo suficiente para se buscar alternativas mais eficazes aos conflitos a ele levados.

Contudo, não bastasse esta situação, o que se nota na sociedade é um aumento da sua própria litigiosidade, com intensa judicialização dos conflitos, além da ocorrência cada vez maior de demandas repetitivas.

Pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça indicam taxas alarmantes de congestionamento de processos em todas as instâncias do Poder Judiciário. Daí os esforços da comunidade jurídica em promover uma reforma, por meio de mudanças normativas e de paradigmas, com o objetivo de conferir maior eficiência à prestação jurisdicional do Estado.

A criação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça partiu da premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer esta política pública de tratamento adequado dos conflitos, seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos, dando destaque para a mediação e a conciliação.

1. Os objetivos da política pública de tratamento adequado de conflitos de interesses

Pesquisas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram uma taxa de congestionamento de processos da monta de 71%, o que significa dizer que a cada grupo de 100 processos em tramitação, 71 terminaram o ano de 2009 sem solução, conforme demonstrado no relatório Justiça em Números, de setembro de 2010¹.

Esta sobrecarga de demandas judiciais, em grande parte, pode ser atribuída às transformações por que vem passando a sociedade brasileira, de intensa litigiosidade decorrente de inúmeros fatores, um dos quais o surgimento da economia em massa². Alguns destes conflitos são levados ao Judiciário por meio de ações coletivas, mas a grande maioria ocorre por ações individuais, circunstância que vem agravando a sobrecarga dos serviços judiciais.

O ex-ministro Cesar Peluso, então presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, no seu discurso de posse,

proferido em 23 de abril de 2010, ao falar a respeito da “sobrecarga insuportável de processos em todos os âmbitos do Poder Judiciário”, afirmou a necessidade de uma “política pública menos ortodoxa do Poder Judiciário em relação aos conflitos de interesses”, tomando esta como uma das diretrizes de seu mandato³.

A falta de uma política pública de tratamento adequado de conflitos, de fato, foi apontada como uma das causas para o agravamento da crise do sistema judiciário e, neste contexto, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, em 29 de novembro de 2010, a Resolução 125, cujos objetivos basilares podem ser atribuídos à eficiência operacional, ao acesso à Justiça e à pacificação social.

Restam, contudo, indicados de forma taxativa no texto da Resolução 125 do CNJ como objetivos: i) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (art. 4º); iii) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º)⁴.

Hodiernamente prevalece, em toda a sociedade e entre os operadores do direito, a chamada “cultura da sentença”, denominação adotada pelo professor Kazuo Watanabe, em oposição à *cultura da pacificação* proposta pela Resolução 125 e escopo magno da jurisdição. Nas palavras do mencionado professor, o mecanismo tradicionalmente utilizado para resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, ou seja, aquela que se dá por meio da sentença do juiz. A utilização predominante deste critério ocasionou o fenômeno da “cultura da sentença” e, como consequência, o aumento invencível de recursos e execuções judiciais, sobrecarregando as instâncias ordinárias, os tribunais superiores e até mesmo a suprema corte⁵.

Ada Pellegrini Grinover, ao relacionar o resgate dos meios autocompositivos com a crise do Judiciário, menciona três fundamentos para adoção das vias conciliativas, quais sejam: o fundamento funcional, o fundamento político e o fundamento social⁶.

O fundamento *funcional* está vinculado à otimização da prestação jurisdicional, consistente na racionalização na distribuição da justiça e na desobstrução dos tribunais por meio da inclusão de instrumentos institucionalizados que busquem a autocomposição dos conflitos de interesses em relação a determinadas matérias.

O fundamento *político* é demonstrado pela participação popular na administração da justiça, visto que os procedimentos da conciliação

e da mediação permitem a participação dos jurisdicionados na composição dos conflitos.

E o fundamento *social* consiste na obtenção da pacificação social que, em geral, não é alcançada com a sentença, visto que esta se limita a solucionar parcela da lide levada a juízo e de forma autoritária, sem se preocupar com a lide sociológica, em geral mais ampla.

A mencionada autora acrescenta, em relação ao aspecto social, que enquanto a Justiça tradicional se volta para o passado, os métodos autocompositivos de resolução de conflitos se dirigem para o futuro, pois exercem função preventiva de conflitos, visto que se ocupam com a solução das adversidades que estão à base da litigiosidade⁷.

Com efeito, desde os bancos acadêmicos, os operadores do direito são doutrinados e treinados a litigar. As pessoas, de igual modo, a pretexto de exercer o direito de amplo acesso à justiça, preferem que um terceiro, no caso um juiz, solucione os seus problemas. Não se leva, contudo, em consideração, que a sentença não pacifica as partes, pois sempre deixa uma delas descontente, quando não ambas, ainda que parcialmente, levando à execução e aos recursos.

Kazuo Watanabe sustenta que o princípio constitucional do acesso à justiça, consagrado no inciso XXV do art. 5º da Constituição Federal, deve ser interpretado como um direito de acesso a uma ordem jurídica justa, assim entendida como aquela que garanta aos jurisdicionados não apenas um acesso formal, mas sim um acesso qualificado, no sentido de que cabe a todos um tratamento e resolução adequada do conflito por parte do Poder Judiciário. Conforme destacado por este autor,

“cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples orientação jurídica. Mas é certamente na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não

Desde os bancos acadêmicos, os operadores do direito são doutrinados e treinados a litigar

apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução de conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é da mediação e da conciliação.”⁸

Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari, acerca do modelo de acesso à justiça qualificado proposto por Kazuo Watanabe, destacou:

“Esse acesso qualificado à Justiça nem sempre é obtido através da solução adjudicada, por meio de sentença, pois esta muitas vezes não é capaz de ministrar uma solução adequada à natureza dos conflitos e às peculiaridades e especificidades dos conflitantes, o que somente pode ser alcançado através da utilização de outros métodos de solução de conflitos, não adjudicados. (...) não se quer, com isso, diminuir a importância do Poder Judiciário, dos magistrados e de suas sentenças, mas pelo contrário, o que se deseja é contribuir para a melhora da prestação jurisdicional, reservando-se aos juízes e à solução adjudicada as causas mais complexas, as que versam sobre direitos indisponíveis, ou aquelas nas quais as partes, apesar de poderem, não querem se submeter a outro tipo de solução, que não a sentença.”⁹

Este cenário de mudança de paradigma reclama, do Poder Judiciário, uma reforma dos serviços judiciários direcionados ao tratamento de conflitos, não apenas por meio de adjudicação em processos contenciosos, mas também por meios consensuais de solução de conflitos como a mediação e a conciliação, com vistas a assegurar o acesso à justiça de forma efetiva, tempestiva e adequada¹⁰.

Historicamente essa situação de crise e o desejo por mudança de mentalidade motivaram e ainda motivam reformas legislativas, e levaram ao novo ideal de acesso à justiça e à preocupação com a efetividade e pacificação social. Com o intuito de proporcionar uma justiça menos formal e mais rápida, a Constituição de 1988, inspirada na experiência dos juizados de pequenas causas (Lei 7.244/84), determinou a criação dos juizados especiais, que foi introduzida no ordenamento jurídico pela Lei 9.099/95, tendo na conciliação um dos seus princípios basilares.

O Código de Processo Civil em vigor contempla no procedimento ordinário a previsão de tentativa de conciliação no seu artigo 331¹¹. No procedimento sumário o artigo 277¹² dispõe sobre a realização de conciliação antes da apresentação da resposta do réu. E o artigo 125¹³ do Código de Processo Civil prevê, entre os deveres do juiz, o de conciliar as partes a qualquer tempo no curso do processo.

O projeto de lei que altera o Código de Processo Civil¹⁴ em vigor dá indícios de que a crise de desempenho do Judiciário não para de provocar mudanças legislativas. A primeira inovação verificada diz respeito ao conteúdo do artigo 129¹⁵ do projeto, que inclui os conciliadores e os mediadores judiciais entre os auxiliares da justiça. A medida revela um avanço, já que o teor do artigo 139¹⁶ do atual Código de Processo Civil não os menciona entre os auxiliares da justiça.

Além disso, o texto do projeto prestigia uma série de disposições relacionadas aos meios alternativos de soluções de conflitos, conforme as disposições contidas nos artigos 144 a 153 do projeto¹⁷, estabelecendo os princípios que devem nortear as sessões de conciliação e mediação, as normas éticas, os meios de controles da atuação dos profissionais, entre outros.

Em relação ao procedimento ordinário, o projeto instituiu no artigo 323¹⁸ o que vem se chamando de audiência de conciliação obrigatória. Assim, estando em termos a petição inicial e não sendo o caso de indeferimento liminar, o juiz deverá designar uma audiência de conciliação que será realizada por conciliadores ou mediadores, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 323 do projeto. Essa audiência será obrigatória, ressalvado o previsto no parágrafo 5º do mesmo artigo. Ela poderá ser dispensada quando as partes manifestarem expressamente desinteresse pela composição consensual.

Nos termos do parágrafo 6º do dispositivo em referência, a ausência injustificada do autor ou do réu à audiência de conciliação será considerada ato atentatório à dignidade da justiça, passível de multa de até 2% sobre o valor da causa ou sobre a vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do estado.

Por fim, obtida a conciliação, esta será reduzida a termo e homologada por sentença; por outro lado, caso a conciliação reste infrutífera, o demandado poderá contestar a ação no prazo de quinze dias contados da audiência de conciliação, conforme disposto no artigo 324¹⁹ do projeto de lei.

A preocupação com a valorização e aplicação excessiva das formas autocompositivas de resolução de conflito leva inevitavelmente ao

**Cabe a todos
que tenham
qualquer problema
jurídico, não
necessariamente
um conflito de
interesses, uma
atenção por parte
do poder público,
em especial do
Poder Judiciário**

debate acerca da eficácia dos métodos aplicados, bem como quanto à qualidade destes serviços judiciários. Com o intuito de tentar evitar práticas equivocadas, a Resolução 125 estabeleceu que todos os tribunais deverão implantar em seus territórios os chamados *Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos*, que ficarão responsáveis pela fixação de metas e diretrizes e terão a missão de concretizar as diretrizes traçadas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Atualmente, é possível observar que não há uniformidade nas estruturas criadas pelos tribunais para implantação das práticas autocompositivas, com sistemas diferenciados inclusive dentro de um mesmo estado ou região, diversidade que decorre da ausência de organização e planejamento destes serviços em âmbito nacional e regional. A criação destes núcleos foi idealizada com o propósito de sanar estas deficiências estabelecendo padrões de procedimento e qualidade destes serviços judiciários.

Entre as atribuições do núcleo, merece destaque a contida no artigo 7º, inciso IV, da Resolução, que fixa o dever de que sejam instalados os *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*, que, entre outras funções, concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação.

Com a centralização das sessões de conciliação e mediação será possível a sistematização das melhores práticas e gerenciamento das atividades desenvolvidas pelo núcleo. A medida visa o aprimoramento da qualidade dos serviços e o estabelecimento de parâmetros de seleção, capacitação, treinamento e fiscalização de conciliadores e mediadores.

Isto posto, diante desta nova perspectiva que traz à tona o resgate das vias autocompositivas de solução de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 125/10, estimula a sua aplicação a pretexto de garantir acesso a justiça qualificado, pacificação social, otimização da prestação jurisdicional, elegendo para tanto os métodos da conciliação e da mediação, os quais passamos a analisar no item que segue.

2. A conciliação e a mediação

A análise dos institutos jurídicos da conciliação e da mediação implica necessariamente recordar que ambas são espécies de autocomposição de conflitos que apresentam formas não coercitivas de resolução de litígios²⁰.

A autocomposição consiste na participação ativa dos próprios litigantes na solução da controvérsia estabelecida; pode-se dizer que a autocomposição é gênero cujas espécies são, entre outras, a conciliação e a mediação²¹.

A autocomposição recebe outras denominações na literatura pertinente ao tema como: “meio não convencional de atividade jurisdicional”, “método não adversarial de solução de conflito”, “método alternativo de solução de conflito (MASC)”, “resolução alternativa de disputas (RAD)”, entre outros²².

Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ao discorrerem sobre os meios alternativos de solução de conflitos, alertam que “vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”²³.

A conciliação é considerada pela doutrina como um negócio jurídico processual, estabelecido diretamente entre as partes e que implica a transação; trata-se de um ato processual que se desenvolve com a presidência do juiz²⁴.

A conciliação é um importante instrumento para a solução de conflitos com vistas à pacificação social. Numa sessão de conciliação, as partes, auxiliadas por conciliador, podem estabelecer entre si a solução que melhor atenda às suas pretensões, sem que haja total renúncia ou submissão de uma parte à outra.

O conciliador intervém com o propósito de mostrar às partes as vantagens de uma composição, esclarecendo sobre os riscos da demanda ser judicializada. Age como terceiro imparcial e tem como missão incentivar as partes a apresentarem propostas de soluções para o conflito.

Todavia, nada obstante o dever de manter a imparcialidade, o conciliador deve adotar uma postura ativa para se chegar ao acordo, devendo trazer às partes propostas equilibradas e viáveis para solução da controvérsia, exercendo no limite do razoável influência no convencimento dos interessados²⁵.

Importa destacar que a conciliação pode ser realizada tanto no âmbito judicial quanto na esfera extrajudicial. A conciliação extrajudicial possui grande relevância, pois evita a formação do processo, promove a racionalização e a eficiência na administração da justiça, resolvendo e prevenindo lides, bem como propiciando a participação da sociedade na administração da justiça²⁶. A conciliação judicial ou processual é dever do juiz, devendo ser tentada a qualquer

tempo e grau de jurisdição, conforme a regra contida no artigo 125, IV, do Código de Processo Civil e também nos artigos 277, 331, 447²⁷ e 449²⁸ do mesmo diploma legal.

A conciliação judicial pode ocorrer em diversas fases e segundo ritos diferenciados. As principais formas de conciliação judicial previstas na legislação vigente podem ser agrupadas na forma que segue.

No âmbito dos juizados especiais, a busca da conciliação das partes se apresenta como um princípio norteador da Lei 9.099/95, conforme disposto no seu artigo 2º²⁹. Esta tentativa de alcançar a autocomposição dos envolvidos é realizada na sessão de conciliação que antecede a audiência de instrução e julgamento. A sessão de conciliação poderá ser conduzida pelo juiz togado, juiz leigo ou por conciliador sob orientação de juiz togado.

O conciliador, conforme prescreve a Lei 9.099/95, deverá preferencialmente ser bacharel em direito, e serão selecionados de acordo com o regimento interno do tribunal correspondente.

A presença das partes na sessão de conciliação nos juizados especiais é obrigatória, sendo vedada a sua representação. A ausência injustificada acarretará consequências processuais, tais como a declaração dos efeitos da revelia em relação ao demandando ausente e a extinção do processo sem julgamento do mérito em relação ao demandante, conforme disposto no artigo 20³⁰ e artigo 51³¹, inciso I, da Lei 9.099/95.

Se alcançada a conciliação, esta será encaminhada para homologação pelo juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo, sendo o processo extinto com julgamento do mérito.

Não obtida a conciliação, as partes poderão optar pelo juízo arbitral ou prosseguirá o processo com a instalação da audiência de instrução e julgamento; não sendo possível a sua realização imediata, deverá ser marcada para o prazo máximo de 15 dias.

No procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil em seu artigo 331, sempre que a ação versar sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar para tentativa de conciliação, intimando as partes para que compareçam pessoalmente ou por meio de procurador ou preposto com poderes para transigir.

O comparecimento à audiência preliminar não é obrigatório, não havendo atualmente qualquer consequência processual para a ausência das partes. A tentativa de conciliação é, em regra, conduzida pelo juiz.

Obtida a conciliação, esta será homologada por sentença que terá força de título executivo e o processo será extinto com julgamento do mérito. Caso contrário, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes, determinará as provas a serem produzidas e designará audiência de instrução e julgamento.

No rito sumário, segundo a regra descrita no artigo 277 do Código de Processo Civil, o juiz deverá designar audiência de conciliação no prazo máximo de trinta dias. As partes deverão comparecer pessoalmente ou ser representadas por prepostos com poderes para transigir e a ausência do réu acarretará a aplicação dos efeitos da revelia.

A conciliação na justiça do trabalho é conduzida pelo juiz do trabalho e a tentativa de composição das partes é uma exigência legal prevista tanto para as demandas que envolvam dissídios individuais, quanto para os casos que demandem dissídios coletivos, conforme prescreve a regra contida no artigo 764³² da CLT.

A postura proativa do juiz do trabalho é um traço determinante nas sessões de conciliação realizadas no âmbito da Justiça do Trabalho. O juiz do trabalho tem o dever de ministrar, ao longo do processo, reiteradas tentativas de conciliação, sendo que a supressão deste dever é inclusive apontada pela doutrina trabalhista como possível causa de nulidade do processo.

No rito ordinário trabalhista existe a exigência de que a conciliação seja tentada em dois momentos distintos: por ocasião da abertura da audiência e após o término da sessão e apresentação das razões finais pelas partes, conforme disposto nos artigos 846³³ e 850³⁴ da CLT. No rito sumário, o juiz deverá tentar a conciliação em qualquer fase da audiência, consoante artigo 852-E³⁵ da CLT.

Em relação à indicação da aplicação do método da conciliação, o que se verifica, consideradas as características do próprio instituto, é que esta se mostra mais adequada aos casos nos quais as partes não tiveram uma convivência ou vínculo pessoal anterior. O conflito é circunstancial, sem perspectiva de gerar ou restabelecer uma relação continuada entre as partes. Não há preocupação na conciliação em adentrar nos aspectos subjetivos da demanda ou nos fatores que desencadearam o litígio.

O conciliador procura demonstrar às partes as vantagens da realização do acordo, ressaltando fatores como a celeridade e a

A conciliação é recomendada para os conflitos que envolvam relações jurídicas não duradouras

economia processual. As partes, por sua vez, a fim de evitar todo o aparato judiciário, deverão entrar em consenso quanto às eventuais concessões que estão dispostas a se submeter a fim de se alcançar uma composição.

Usualmente a conciliação é indicada para situações que envolvam acidentes de trânsito e responsabilidade civil em geral, divergências comerciais entre consumidor e fornecedor de produto, entre clientes e prestadores de serviço etc.

Este é o traço distintivo entre conciliação e mediação, enquanto instrumentos de autocomposição de disputas. A conciliação busca, sobretudo, o acordo entre as partes. A mediação foca o conflito surgindo o acordo como mera consequência. “Trata-se mais de uma distinção de método, pois o resultado tende a ser o mesmo.”³⁶

Em outras palavras, a conciliação é recomendada para os conflitos que envolvam relações jurídicas não duradouras, já que este método não se ocupa com as consequências do conflito. A mediação, ao contrário, pelo fato de se voltar para o conflito, é recomendada para as relações jurídicas duradouras³⁷.

A mediação é um método não adversarial, consensual e informal, pelo qual as próprias partes envolvidas no litígio buscam estabelecer uma solução ao caso submetido à apreciação judicial³⁸.

Assim como ocorre na conciliação, na mediação existe a presença de um terceiro imparcial com o dever de encorajar e facilitar a comunicação entre as partes para a resolução do impasse, mas diferentemente do que ocorre na conciliação, o mediador não interferirá diretamente na tomada de decisão.

Nas palavras de Fernanda Tartuce:

*“A mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual. A proposta da técnica é proporcionar um outro ângulo de análise aos envolvidos: em vez de continuarem as partes enfocando suas posições, a mediação propicia que elas voltem sua atenção para os verdadeiros interesses envolvidos.”*³⁹

A mediação tem como foco o conflito. O objetivo da mediação é o reestabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições. O mediador não julga, tampouco poderá impor uma decisão, nem interfere nas propostas oferecendo opções.

As propostas e elaboração de opções deverão partir dos próprios mediados, com o amadurecimento quanto à relação conflituosa. É

a diferença fundamental da mediação em relação à conciliação; o mediador não faz propostas de acordo, mas tenta aproximar as partes para que elas próprias consigam atingir um consenso.

É por este aspecto que a técnica da mediação é indicada para resolução de conflitos que possuem marcantes elementos subjetivos, como nas relações familiares, sugerindo-se também em outras relações continuadas, como as relações reguladas pelo direito de vizinhança, por exemplo⁴⁰.

As relações jurídicas envolvidas são mais intensas e prolongadas, tanto por vínculos jurídicos como por vínculos pessoais. Este vínculo pode ser anterior ao conflito ou gerado para as partes ao solucionar o conflito, momento a partir do qual inicia para os envolvidos uma nova relação de direitos e obrigações recíprocas que antes não existia, gerando uma perspectiva de futura convivência que se espera seja harmônica⁴¹.

Indubitavelmente a principal função do mediador é conduzir as partes ao seu empoderamento, que é o processo segundo o qual, a partir da aplicação das técnicas de mediação adequadas ao caso, o mediador faz com que os envolvidos compreendam que têm capacidade de administrar seus próprios conflitos e com isto ganharem autonomia⁴².

Neste contexto, convém observar que, à medida que se confere aos mecanismos de autocomposição de conflitos um lugar de destaque, surge, em função desta nova perspectiva, expectativas em relação à capacidade de provocar mudanças de comportamento na sociedade.

O empoderamento se apresenta como um ideal a ser alcançado, assim como o escopo da validação, que à exemplo do primeiro, se apresenta como um ideal, consistindo em despertar nas partes o reconhecimento de interesses e sentimentos mútuos, com vistas à aproximação real entre os litigantes e a conseqüente humanização do conflito decorrente da empatia⁴³.

Assim como ocorre na conciliação, a mediação pode ser realizada antes da instauração do processo judicial, sendo também mecanismo de prevenção de litígios.

Nos Estados Unidos, a mediação é um mecanismo de resolução de conflitos extrajudiciais (*alternative dispute resolution* – ADR). As técnicas de mediação configuram disciplina ensinada nas faculdades de direito. São utilizadas especialmente em conflitos de família, consumidor, direitos de vizinhança, questões trabalhistas e até questões criminais de bagatela⁴⁴.

Na prática, a mediação tem demonstrado bons resultados em experiências realizadas em demandas que versam sobre direito de família e de vizinhança, ajudando as pessoas próximas a dialogar. É um instrumento valioso para o alcance da pacificação social⁴⁵.

Ao terceiro facilitador, conciliador ou mediador caberá o dever de identificar pela origem do litígio, pelas características pessoais dos envolvidos ou pelas peculiaridades das questões controvertidas as situações em que se recomenda um ou outro método de autocomposição, a fim de propiciar o tratamento adequado ao conflito de interesse respectivo.

3. Visão crítica

Até o presente momento, foram analisados os aspectos positivos que envolvem os meios consensuais de solução de conflitos, tais como: a celeridade processual, eficiência operacional, obtenção da pacificação social, função preventiva de conflitos, entre outros.

Todavia, o que se passa a argumentar neste momento é: até que ponto o incentivo a utilização dos mecanismos autocompositivos de fato se mostra eficiente?

Conforme já mencionado, prevalece entre nós o mecanismo da solução adjudicada de conflitos, que é aquela que se dá por meio da sentença proferida pelo juiz segundo as normas e garantias asseguradas pelo devido processo legal.

Em busca da satisfação de seus interesses, as partes formalizam seus pedidos, fundamentando-os, submetem-nos aos mais diversos ritos prescritos em lei, aguardam por audiências, por decisões, por sentenças, pelo trânsito em julgado, pela execução, pelo prazo de embargos à execução etc.

A ideia do desenvolvimento da política pública de tratamento adequado de conflitos é justamente no sentido de incentivar a sociedade a evitar todo este sistema judiciário desnecessariamente.

Owen Fiss, entretanto, polemiza ao afirmar que a visão negativa acerca da adjudicação e o movimento favorável ao resgate das vias consensuais baseiam-se em premissas questionáveis: “Não acredito que o acordo, como prática genérica, seja preferível ao julgamento ou deva ser institucionalizado em uma base extensa e ilimitada.”⁴⁶

Em seguida, assevera:

“Em meu entendimento, o objetivo da adjudicação deve ser entendido de maneira mais ampla. A adjudicação utiliza recursos

públicos e não emprega estranhos escolhidos pelas partes, mas agentes públicos escolhidos por um processo do qual o público participa. Esses agentes, como os membros dos Poderes Executivo e Legislativo, possuem um poder que foi definido e conferido pelo direito público e não por ajuste privado. Seu trabalho não é maximizar os objetivos de particulares, nem simplesmente assegurar a paz, mas explicar e conferir força aos valores contidos em textos de grande autoridade, como a Constituição e as leis: para interpretá-los e deles aproximar a realidade. Essa tarefa não é desempenhada quando as partes celebram um acordo.”⁴⁷

Afirma, igualmente, que as partes podem compor-se amigavelmente, sem que efetivamente seja feito justiça. Para tanto fundamenta sua posição em quatro premissas basilares.

O primeiro problema apontado diz respeito ao desequilíbrio de poder entre os litigantes, pois nem sempre as partes estarão em igualdade de recursos entre si. Esta desigualdade de distribuição de riqueza, segundo o autor, irá, invariavelmente, tornar prejudicado o processo da negociação, de modo que a composição realizada nestas condições ofenderá a concepção de justiça.

Outro problema refere-se à dificuldade em criar um consenso legítimo, isto porque em diversas situações os indivíduos envolvidos no conflito estão vinculados a relações contratuais que prejudicam a sua autonomia, como quando o poder de realizar o acordo está investido em agentes autônomos, ou ainda em situações em que a parte sequer é um indivíduo, mas uma organização ou grupo social.

O terceiro argumento menciona a ausência, nas vias consensuais de resolução de conflitos, de uma base para o envolvimento judicial continuado. O autor esclarece que existem casos nos quais o Judiciário deve continuar supervisionando as partes após o julgamento. São as hipóteses em que a prolação da sentença não findará a batalha, mas tão somente modificará seus termos e equilíbrio do poder, como ocorre em uma ação de divórcio em que existem disputas intermináveis pela guarda de menores e alimentos devidos.

Por fim, defende que existem hipóteses em que as circunstâncias fáticas demonstram uma verdadeira necessidade social de que haja uma interpretação legítima do direito. O autor exemplifica esta hipótese final ilustrando a consolidação de um acordo que possui por objeto a segregação escolar. Na situação hipotética é assegurada a paz entre as partes, visto que elas convencionam entre si para viver sob as condições acordadas. Contudo, mencionado ajuste, embora

assegure a paz entre os litigantes, deixa de garantir a igualdade racial, situação socialmente inaceitável, sobretudo nos dias atuais.

É inegável que a composição da lide de forma consensual, utilizando mecanismos como a conciliação e a mediação, é um expediente que poupa tempo, os custos advindos da prestação jurisdicional e, por consequência, desafoga o judiciário.

Todavia, com efeito, o emprego dos meios autocompositivos sem observância dos princípios e garantias constitucionais, preocupação com a satisfação das pretensões discutidas e viabilidade legal das decisões ajustadas, não será capaz de pôr fim ao conflito de maneira definitiva, pois certamente estar-se-á apenas postergando o problema para um momento futuro, que provavelmente retornará ao Judiciário com nova formatação.

Nada impede que a parte, após receber informações acerca dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, opte pela solução adjudicada

Certamente este não é objetivo colimado pela Resolução 125 do CNJ, e justamente a fim de evitar equívocos e impedir distorções é que existe a preocupação de que a utilização dos institutos autocompositivos eleitos pela resolução sejam adequadamente aplicados.

A participação ativa do juiz do processo é o passo inicial para atingir o objetivo delineado na resolução, especialmente no que se refere à realização pessoal da triagem dos processos para encaminhamento aos métodos consensuais de solução de conflitos, inclusive para realizar a fiscalização e orientação do serviço realizado pelos servidores, conciliadores e mediadores.

Além disso, a boa qualidade desses serviços dependerá da observação de um requisito fundamental que é o estabelecimento de critérios mínimos de capacitação, treinamento e atualização permanente dos conciliadores e mediadores.

O foco da questão em exame é a melhora da prestação jurisdicional. E em relação a esta política pública nacional de tratamento adequado de conflitos que vem gradativamente se consolidando no sistema jurídico brasileiro, o que pode de fato representar um avanço aos jurisdicionados é o aumento das opções disponíveis para a composição dos conflitos que eventualmente levariam ao Judiciário, continuando, contudo, a figurar a sentença como a principal forma de resolução.

Em outras palavras, nada impede que a parte, após receber informações acerca dos métodos autocompositivos de resolução de conflitos, opte pela solução adjudicada.

Considerações finais

Da análise das considerações apresentadas neste estudo pode-se concluir que a eficiência, o acesso à justiça qualificado, a pacificação social e, por via reflexa, a desobstrução do Poder Judiciário são objetivos da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.

A cultura da solução pacífica de conflitos exige, no entanto, mudança de mentalidade, estudo e conhecimento específico sobre os métodos consensuais de solução de litígios. Isto porque é preciso, num primeiro momento, identificar as demandas em que se recomenda a autocomposição e após, de acordo com as peculiaridades das relações jurídicas e partes envolvidas, optar por um ou outro método: conciliação ou mediação.

O emprego da conciliação e mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, apesar de não ser a solução para a crise da Justiça, acaba por auxiliar na diminuição do número de processos, pois, se utilizadas com técnica e capacitação dos terceiros facilitadores, conduz as partes para a pacificação social.

A consolidação das práticas autocompositivas num estágio mais avançado poderá conduzir as partes ao empoderamento, que é a situação em que elas compreendem o seu papel de protagonistas de seus próprios conflitos, buscado soluções que não necessariamente passarão pelo Poder Judiciário, que com o tempo será acionado apenas quando os meios tenham sido tentados sem sucesso.

Haverá, em consequência, melhor equacionamento da Justiça, que passará a se dedicar a causas que efetivamente exijam intervenção do Poder Judiciário.

Notas

¹ CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: Resolução 125/2010: mediação e conciliação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.

² WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses. In: RICHIA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p 3-9.

³ A íntegra do discurso está disponível no site do Supremo Tribunal Federal: http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CelsoMello/Discursos/Proferidos/2010_abr_23.pdf.

⁴ SOUZA, Aiston Henrique de et al. *Manual de mediação judicial*. 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 281-2.

⁵ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 3-9.

⁶ GRINOVER, Ada Pelegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p.71-6, mar./abr.2008.

⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini. *Op. cit.*, p. 71-6.

⁸ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 3-9.

⁹ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça: Origem, Objetivos, Parâmetros e Diretrizes para a Implantação Concreta. *In: RICHÁ, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Coords.). Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 229-49.

¹⁰ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-90.

¹¹ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

¹² Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias citando-se o réu com antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

¹³ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento; II – velar pela rápida solução do litígio; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

¹⁴ Projeto de Lei n. 8.046/2010 (origem PLS 166/2010), atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, cuja integralidade do texto em deliberação está disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>.

¹⁵ Art. 129. São auxiliares da justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria judicial, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o mediador e conciliador judicial.

¹⁶ Art. 139. São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.

¹⁷ Os dispositivos mencionados encontram-se disponíveis para consulta em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>.

¹⁸ Art. 323. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação, observando o previsto nos artigos 144 e 145, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não excedentes a sessenta dias da primeira, desde que necessárias a composição das partes.

§ 3º As pautas de audiência de conciliação, que respeitarão o intervalo mínimo de vinte minutos entre um e outro ato, serão organizadas separadamente das de instrução e julgamento e com prioridade em relação a estas.

§ 4º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 5º A audiência não será realizada se uma das partes manifestar, com dez dias de antecedência, desinteresse na composição amigável. A parte contrária será imediatamente intimada do cancelamento do ato.

§ 6º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado.

§ 7º As partes deverão se fazer acompanhar de seus advogados ou defensores públicos.

§ 8º A parte poderá fazer-se representar por preposto, devidamente credenciado, com poderes para transigir.

§ 9º Obtida a transação, será reduzida a termo e homologada por sentença

¹⁹ Art. 324. O réu poderá oferecer contestação por petição, no prazo de quinze dias contados da audiência de conciliação ou da última sessão de conciliação ou mediação.

²⁰ BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do Jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 58.

²¹ *Ibidem*, p. 59.

²² *Ibidem*, p. 58.

²³ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo et al. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27-8.

²⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro, volume 2: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais)*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

²⁵ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 40.

²⁶ FARINELLI, Alisson. Conciliação e mediação no novo código de processo civil (PLS 166/2010). *Revista de Processo*, São Paulo, v.194, n. 36, p. 277-305, abr./2011.

²⁷ Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

²⁸ Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

²⁹ Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

³⁰ Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.

³¹ Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I – quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo.

³² Art. 764 – Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

³³ Art. 846 – Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

³⁴ Art. 850 – Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

³⁵ Art. 852-E. Aberta a sessão, o juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência.

³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo et al. *Op. cit.*, p. 30.

³⁷ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 76.

³⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. *Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento*. Estudos em homenagem a José Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 349.

³⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 208.

⁴⁰ CAHALI, Francisco José. *Op. cit.*, p. 41.

⁴¹ *Ibidem*, p. 40.

⁴² SOUZA, Aiston Henrique de et al. *Op. cit.*, p. 159.

⁴³ SENA, Adriana Goulart. *O instituto da conciliação na justiça do trabalho – dimensões éticas jurídicas e sociais*. Arquivo disponível para consulta no endereço que segue descrito: http://www.geminalcursos.com.br/ew.player.id/922/downloads/Instituto_da_Conciliacao.pdf. Acesso em: 04.05.2013.

⁴⁴ FARINELLI, Alisson. *Op. cit.*, p. 288.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 289.

⁴⁶ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 123.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 139.

Referências

BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: Resolução 125/2010: mediação e conciliação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo et al. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARINELLI, Alisson. Conciliação e mediação no novo código de processo civil (PLS 166/2010). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 194, n. 36, p. 277-305, abr./2011.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p.71-6, mar./abr.2008.

MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coords.). *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005

RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Coords.). *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SENA, Adriana Goulart. *O instituto da conciliação na justiça do trabalho – dimensões éticas jurídicas e sociais*. Disponível em:http://www.germinalcursos.com.br/ew.player.id/922/downloads/Instituto_da_Conciliacao.pdf Acesso em: 04.05.2013

SOUZA, Aiston Henrique de et al. *Manual de mediação judicial*. 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

**MEDIDAS PROTETIVAS
DA LEI MARIA DA
PENHA – ABANDONO
DE POSIÇÃO
JURÍDICA (*SURRECTIO*
E *SUPRESSIO*):
DECRETAÇÃO DA PRISÃO
PREVENTIVA?**

MÁRCIO AUGUSTO MATIAS PERRONI
Juiz de Direito

EXCERTOS

“Muitas vezes, depois de adotada uma medida mais drástica, qual seja, o afastamento do agressor do lar conjugal, os cônjuges ou companheiros voltam a conviver sob o mesmo teto, o que acarreta, certamente, um surgimento de uma posição jurídica à ofendida (supressio) e ao agressor (surrectio)”

“Não se faz possível admitir que a ofendida, em que pese meu entendimento de que deve ser sempre protegida em situações merecedoras e urgentes, tenha uma ‘carta na manga’ contra o agressor, sem que este disponha de um mesmo mecanismo para se proteger (ou defender)”

“Os direitos fundamentais devem sempre ser efetivados, mas, com o abandono de uma posição jurídica por parte do vulnerável, creio que a ação afirmativa decorrente do princípio da igualdade perde sua eficácia e validade, não podendo disso decorrer simplesmente a autoaplicabilidade de uma sanção prevista na lei”

“Em caso de aplicação de uma medida de prisão preventiva nos fatos previstos pela Lei Maria da Penha, é preciso verificar se não ocorreu o abandono da posição jurídica da ofendida e o surgimento dessa mesma posição pelo agressor”

Como é do conhecimento dos operadores do direito, há na legislação pátria, mais precisamente na Lei 11.340/06, institutos jurídicos que visam dar proteção às pessoas, em especial às mulheres, que sofrem agressão no ambiente doméstico. Referida lei, batizada como “Lei Maria da Pena”, tem por objetivo dar tratamento diferenciado aos desiguais, consagrando o princípio da igualdade descrito no art. 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Isso decorre da adoção da igualdade como valor supremo, como bem descrito no preâmbulo da carta maior, repetido no *caput* do art. 5º.

Pois bem, referido princípio, eternizado desde os tempos mais remotos, até hoje é um dos temas de maior complexidade da humanidade. Em linhas gerais, o seu foco está centralizado sempre no alcance de uma maior isonomia ou, quando não, de uma redução de desigualdades, visando a busca da justiça, seja ela social, econômica ou jurídica.

Somente a título de ilustração, segundo a doutrina aristotélica-tomista justiça corresponde a “*dar a cada um o que é seu, segundo uma certa igualdade*”. De acordo com essa doutrina, surgem três elementos que consubstanciam a justiça:

a) A alteridade ou *alteritas*, que é a demonstração da necessidade da existência de mais de um sujeito, uma vez que a justiça sempre se processa em relação a outrem e nunca a si próprio;

b) O devido ou *debitum*, que é a configuração de dar a cada um o que é seu. Este *debitum* é atribuído segundo uma igualdade (*aequalitas*);

c) O terceiro elemento é a igualdade, ou *aequalitas*, que atribui uma determinada flexibilidade ao sistema. A igualdade pode ser absoluta ou aritmética, como, também, proporcional ou geométrica.

Feito este breve introito, cabe tecer alguns comentários sobre as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Pena.

Segundo a Lei 11.340/06, verificada a situação de violência doméstica contra a mulher:

“Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).”

Visando dar plena efetividade às obrigações acima descritas, logo em seguida, os artigos 23 e 24 preveem que a ofendida dispõe de algumas medidas, a saber:

“Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV – determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II – proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III – suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficial ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.”

Mencionadas proteções decorrem de ações afirmativas que visam dar existência, eficácia e validade ao princípio da igualdade previsto na Constituição Federal, adotado como valor supremo e, por que não dizer, como um corolário do direito natural.

Assim, verificada a situação de violência doméstica contra a mulher, referida pessoa humana pode se valer de tais proteções, cabendo ao juiz deferir-lhe as medidas que se fizerem suficientes para a proteção da mulher, obedecidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Dessa feita, no meu sentir, aos diretamente atingidos pela medida adotada (cônjuges, companheiros ou namorados) nasce uma nova posição jurídica decorrente do princípio da boa-fé

A “Lei Maria da Penha” tem por objetivo dar tratamento diferenciado aos desiguais

objetiva, em que pese referido princípio ser aplicável às relações contratuais. Sobre isso cabe tecer alguns comentários.

Com o advento do atual Código Civil, alicerçado nos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, grande ressonância, tanto que consagrado na atual codificação, obteve o princípio da boa-fé contratual, previsto no art. 422 da codificação civil¹.

Segundo FLÁVIO TARTUCE, *“como se sabe, o dispositivo do Código Civil em análise consagra o princípio da boa-fé objetiva. Essa seria, para nós, a soma de uma boa intenção com a probidade e com a lealdade. Desse modo, a expressão e que consta da norma, conjunção aditiva por excelência, serve como partícula de soma entre uma boa fé relacionada com intenção (boa-fé subjetiva) e a probidade”* (Direito Civil – Teoria Geral do Contrato e Contrato em Espécie. Vol. III, Editora Método, São Paulo: 2006, p. 103).

No escólio de TERESA NEGREIROS, *“trata-se da consagração expressa do princípio segundo o qual as relações contratuais se devem pautar não apenas pela autonomia e liberdade das partes, mas igualmente pela lealdade e pela confiança”* (O princípio da boa-fé contractual in Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Coord. Maria Celina Bodin de Moraes. Renovar, Rio de Janeiro: 2006, p. 222).

Destarte, o art. 422 do Código Civil traz ínsito às partes de uma relação jurídica o dever de adotarem condutas probas e éticas, ou seja, *“condutas guiadas pela boa-fé”* (TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 97).

Para a adequada compreensão do princípio da boa-fé contratual – boa-fé objetiva –, a doutrina atribui ao princípio três funcionalidades: *“i) a função de cânone interpretativo-integrativo do contrato (art. 113); ii) a função de fonte normativa de deveres jurídicos, que podem até mesmo preexistir à conclusão do contrato, bem como sobreviver à sua extinção (art. 422); e iii) a função de fonte normativa de restrições ao exercício de posições jurídicas (art. 187) (...).”*² São também denominadas como *“função de interpretação do negócio jurídico”, “função de controle” e “função de integração do contrato”*³.

Na *função de integração do contrato* estão os conceitos da *supressio, surrectio, tu quoque, exceptio doli, venire contra factum proprium no potest* e *duty to mitigate the loss*, que, nas palavras de Luciano de Camargo Penteado, são figurares parcelares da boa-fé objetiva⁴.

Por brevidade vou me ater somente à função integrativa e ousou afirmar que as medidas protetivas devem ser entendidas sob o ponto de vista desta.

Nessa ordem de ideias, afastado o agressor do lar conjugal, nasce às partes atingidas uma nova posição jurídica.

Ocorre que, muita vez, depois de adotada uma medida mais drástica, qual seja, o afastamento do agressor do lar conjugal, os cônjuges ou companheiros voltam a conviver sob o mesmo teto, o que acarreta, certamente, um surgimento de uma posição jurídica à ofendida (*supressio*) e ao agressor (*surrectio*).

No entanto, as partes que passam novamente a conviver deixam de comunicar o juízo de tal fato, estando ainda em vigência as medidas protetivas deferidas em favor da mulher, bem como a ação penal porventura instaurada para a apuração e punição do fato típico, ilícito e culpável supostamente praticado pelo agressor.

A certa altura, o casal (cônjuges, conviventes ou namorados) se desentende novamente e a parte vulnerável agredida comunica o juízo de tal fato, o que tem por consequência, na maioria das vezes, a decretação da prisão preventiva do agressor (nos termos do art. 313, III, do CPP).

Nesse ponto, entendo serem aplicáveis os conceitos de *surrectio* e *supressio* na área processual penal, ainda que referida matéria seja de ordem pública e os institutos retromencionados aplicáveis, a princípio, na área do direito privado, mais precisamente no direito contratual.

Ora, com a retomada da vida em comum, penso que surge uma nova posição jurídica para o agressor (*surrectio*) com o conseqüente abandono de uma posição jurídica para a mulher (*supressio*), tendo em vista que, segundo alguns doutrinadores, o casamento, convivência ou namoro deve ser entendido como uma forma de contrato *sui generis* (sem querer aprofundar o tema, já que este não é o espaço apropriado para tanto).

Nesse diapasão, a decretação da prisão preventiva do agressor se faz desproporcional e ressentido de razoabilidade.

Sendo pacífico o entendimento de que às relações jurídicas privadas devem ser aplicados os princípios constitucionais

Afastado o
agressor do lar
conjugal, nasce às
partes atingidas
uma nova posição
jurídica

fundamentais, o que se denomina de “horizontalização dos direitos fundamentais”, tenho que a referidos institutos, de forma contrária, também devem ser aplicadas as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, já que as normas jurídicas devem ser interpretadas e integradas sob o contexto de um sistema jurídico.

Não se faz possível admitir que a ofendida, em que pese meu entendimento de que deve ser sempre protegida em situações mercedoras e urgentes, tenha uma “carta na manga” contra o agressor, sem que este disponha de um mesmo mecanismo para se proteger (ou defender).

Em caso de aplicação de uma medida de prisão preventiva, é preciso verificar se não ocorreu o abandono da posição jurídica da ofendida

Os direitos fundamentais devem sempre ser efetivados, mas, com o abandono de uma posição jurídica por parte do vulnerável, creio que a ação afirmativa decorrente do princípio da igualdade perde sua eficácia e validade, não podendo disso decorrer simplesmente a autoaplicabilidade de uma sanção prevista na lei.

Penso que, conforme previsto pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 3º, não é dado a ninguém descumprir as leis alegando que não as conhece.

Nessas pegadas, caberia à parte protegida informar o juízo de que retomou a convivência com seu agressor, com a finalidade de serem revogadas as medidas protetivas que lhe foram deferidas para se evitar a imposição de outras medidas mais drásticas (como a decretação da prisão preventiva). Isso sem dizer em que casos se faz necessária a aplicação da medida de prisão preventiva ao ofensor em casos de ação penal pública mediante representação.

Finalizando, para que a igualdade e a dignidade da pessoa humana sejam plenamente aplicáveis como direito fundamental, necessário se faz que as partes beneficiárias observem diversos conceitos previstos na legislação pátria, e em caso de aplicação de uma medida de prisão preventiva nos fatos previstos pela Lei Maria da Penha, é preciso verificar se não ocorreu o abandono da posição jurídica da ofendida e o surgimento dessa mesma posição pelo agressor.

Notas

¹ Art. 422, CC: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

² NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.*, p. 223.

³ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 100.

⁴ <http://www.cantareira.br/thesis/figuras-parcelares-da-boa-fe-objetiva-e-venire-contra-factum-proprium/>

INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA DIRETAMENTE PELAS PARTES: O ART. 212 DO CPP

RENATO MARCÃO*
Mestre em Direito

EXCERTOS

“O parágrafo único do art. 212 é expresso ao afirmar que a atividade do juiz tem natureza complementar (o juiz complementar a inquirição), e a lei não mudou para ficar tudo como estava”

“Embora as perguntas devam ser feitas diretamente pelas partes à testemunha, o juiz não admitirá aquelas que puderem induzir a resposta, que não tiverem relação com a causa ou que importarem a repetição de outra já respondida”

“O juiz é o destinatário final da prova e sobre ela poderá buscar lançar luz relativamente aos temas que lhe causem perplexidade”

“A atividade judicial no campo da prova está delimitada pela complementaridade. A atuação judicial não perdeu relevância”

“É preciso que o magistrado se ponha atento e atue com redobrada cautela para não cercear a atividade defensiva ou acusatória, visto que muitas vezes as perguntas poderão parecer inúteis para o juiz apenas por ainda não ter compreendido na inteireza a linha de atuação da parte que pergunta”

*** Outras qualificações do autor**

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e da Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP).

1. Aplicação do art. 212 do CPP

A Lei 11.690/08 modificou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal (CPP), que atualmente assim dispõe: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

Desde então se estabeleceu profunda discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito da ordem e da forma que se deve adotar na inquirição de testemunha.

Há quem entenda, como Greco Filho¹ e Nucci², que só foi alterado o sistema de inquirição feito pelas partes (antes as partes formulavam suas perguntas ao juiz, que as refazia à testemunha, e agora as perguntas são feitas diretamente pelas partes à testemunha), e que mesmo diante da nova sistemática é o juiz quem inicia a inquirição de mérito, após o que as partes poderão formular suas perguntas diretamente à testemunha, e, ao final, visando complementar a inquirição, poderá o juiz fazer novas perguntas para esclarecer determinados pontos do depoimento.

Segundo pensamos, no momento em que adotou o sistema do *direct examination* (de inquirição direta pelas partes), o legislador afinou-se um pouco mais com o sistema processual de modelo acusatório, de modo que sua atividade passou a ser complementar na colheita da prova. Isso não quer dizer que está afastado o *sistema presidencialista*, até porque é o juiz quem preside a audiência e direciona os trabalhos, podendo, inclusive, indeferir perguntas, conforme veremos.

Este também é o pensamento de Tourinho Filho³, Fernando Capez⁴, Távora e Alencar⁵, Gomes Filho⁶ e Pacelli, que sintetiza: “As partes iniciam a inquirição, e o juiz encerra.”⁷

Qualificada a testemunha e resolvida eventual impugnação a seu depoimento (contradita ou arguição de defeito), o juiz deve passar a palavra à parte que arrolou a testemunha para que a ela faça suas perguntas. Em seguida, a parte contrária poderá igualmente fazer as suas.

Encerradas as perguntas das partes, caberá ao juiz *complementar a inquirição*, oportunidade em que indagará a testemunha sobre pontos que devam ser esclarecidos.

Note-se que o parágrafo único do art. 212 é expresso ao afirmar que *a atividade do juiz tem natureza complementar* (o juiz

complementará a inquirição), e a lei não mudou para ficar tudo como estava. A guinada legal objetivou um maior distanciamento do juiz com relação à gestão da prova, numa verdadeira adequação ao *sistema acusatório*, vale dizer, a um *processo de partes*.

É óbvio, e nunca se olvide: o juiz é o destinatário final da prova e sobre ela poderá buscar lançar luz relativamente aos temas que lhe causem perplexidade. Porém, nos termos do novo regramento, a atividade judicial no campo da prova está delineada pela complementaridade. A atuação judicial não perdeu relevância.

Com efeito, embora as perguntas devam ser feitas diretamente pelas partes à testemunha, o juiz não admitirá aquelas que puderem induzir a resposta, que não tiverem relação com a causa ou que importarem a repetição de outra já respondida.

Na busca da verdade real, a lisura da prova é fundamental, daí não se admitir que as partes possam formular perguntas em que já se afirme ou induza a resposta.

De igual maneira, não tem sentido a formulação de pergunta cuja resposta não seja útil para o processo, daí não se admitir questionamento sobre algo irrelevante ou impertinente para a causa. Neste particular, é preciso que o magistrado se ponha atento e atue com redobrada cautela para não cercear a atividade defensiva ou acusatória, visto que muitas vezes as perguntas poderão parecer *inúteis para o juiz* apenas por ainda não ter compreendido na inteireza a linha de atuação da parte que pergunta.

No mais, não é incomum situação em que a parte, quase sempre induzindo a resposta que pretende e tentando obter uma nova versão, refaça pergunta cuja resposta já foi apresentada pela testemunha. Neste caso, com ou sem indução de resposta, caberá ao juiz indeferir a pergunta feita em reiteração.

Quando não for utilizado sistema de gravação de som e imagem da audiência, as partes poderão requerer que constem do termo de declarações as perguntas indeferidas e as razões eventualmente apresentadas pelo juiz como fundamento. Tais providências são de extrema relevância para que em sede de recurso se possa alegar e julgar eventual cerceamento de defesa ou de acusação.

2. Descumprimento da regra: consequência

Para não se expor o processo a nulidade absoluta, é necessário que se observe o disposto no art. 212 do CPP, em homenagem ao *princípio do devido processo legal*^B, que se apresenta sob as vertentes da *garantia*

ao procedimento integral e da garantia ao procedimento tipificado a que se refere com absoluta propriedade Scarance Fernandes⁹.

O prejuízo, na hipótese, é indemonstrável. Não se pode exigir do acusado a demonstração, na prática impossível, do prejuízo acarretado à sua defesa em razão do desrespeito, por parte do Estado, às regras do procedimento tipificado.

A jurisprudência de ambas as Turmas do STF, entretanto, é no sentido de que a nulidade é relativa: HC 107.318/SP, 1ª T., rel. Min. Marco Aurélio, rela. p/ o acórdão Mina. Rosa Weber, j. 5-6-2012, *DJe* 204, de 18-10-2012; HC 103.525/PE, 1ª T., rela. Mina. Cármen Lúcia, j. 3-8-2012, *DJe* 159, de 27-8-2010; HC 112.217/SP, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13-11-2012, *DJe* 240, de 7-12-2012; HC 110.623/DF, 2ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-3-2012, *DJe* 61, de 26-3-2012.

Na mesma linha segue o entendimento da 5ª e da 6ª Turma do STJ: HC 251.737/RS, 5ª T., rela. Mina. Laurita Vaz, j. 13-11-2012, *DJe* de 23-11-2012; HC 217.691/SP, 5ª T., rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18-9-2012, *DJe* de 21-9-2012; HC 230.277/SP, 6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 21-8-2012, *DJe* de 26-11-2012; REsp 1.305.986/RS, 6ª T., rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 2-5-2012, *DJe* de 23-5-2012.

O juiz não
admitirá provas
que puderem
induzir a
resposta

Notas

¹ Vicente Greco Filho, *Manual de processo penal*, p. 247.

² Guilherme de Souza Nucci, *Manual de processo e execução penal*, p. 476.

³ *Manual de processo penal*, p. 620.

⁴ *Curso de processo penal*, p. 441.

⁵ Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, *Curso de direito processual penal*, p. 451.

⁶ Antonio Magalhães Gomes Filho, *Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: As reformas no processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, 2008, p. 287-8.

⁷ Eugenio Pacelli, *Curso de processo penal*, p. 414.

⁸ Embora não seja a opinião predominante naquela Corte, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito da matéria nos seguintes termos: “No caso vertente restou violado o *due process of law* constitucionalmente normatizado, pois o art. 5º, inciso LIV, da Carta Política Federal preceitua que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’, e na espécie o ato reclamado não seguiu o rito estabelecido na legislação processual penal, acarretando a nulidade do feito, porquanto, a teor do art. 212 do Código Instrumental, a oitiva das testemunhas deve

ser procedida com perguntas feitas direta e primeiramente pelo Ministério Público e depois pela defesa, sendo que, na hipótese, o Magistrado não se restringiu a colher, ao final, os esclarecimentos que elegeru necessários, mas realizou o ato no antigo modo, ou seja, efetuou a inquirição das vítimas, olvidando-se da alteração legal, mesmo diante do alerta ministerial no sentido de que a audiência fosse concretizada nos moldes da vigência da Lei n. 11.690/2008” (STJ, HC 121.216/DF, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* de 1º-6-2009, *Boletim IBCCrim*, n. 200, jurisprudência, p. 1.273).

⁹ Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, 5. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 123-4.

OS LIMITES DA INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS SERVIÇOS PÚBLICOS – DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA¹

GISELE CRISTIANE PRUDÊNCIO DA SILVA*

Assessora jurídica da presidência da Associação dos Magistrados Catarinenses

RESUMO

Este artigo pretende tecer algumas considerações sobre o Código de Defesa do Consumidor e os serviços públicos, ambos como direito fundamental, expondo o que se entende sobre relação de consumo, de natureza privada, e serviço público como atividade vinculada à lei, analisando-se os limites da aplicação do CDC nas relações entre usuários e o Poder Público sob o aspecto do interesse coletivo, em determinadas situações específicas, com base na doutrina e nas decisões dos tribunais pátrios. Na elaboração deste artigo, utiliza-se o método indutivo.

ABSTRACT

This article intends to make a few remarks on the Code of Consumer Protection and public services, both as a fundamental right, exposing what is understood about the consumption relations, these of private nature, and public service as an activity linked to the law, analyzing the limits of the CDC when applied to the relations between users and the Government under the aspect of the collective interest, based on the doctrine and the decisions of the national courts. In preparing this article, we use the inductive method.

*** Outra qualificação da autora**

Advogada.

Introdução

Este estudo pretende analisar a limitação e o alcance das leis consumeristas na atividade estatal, por meio da doutrina e da análise de casos concretos da jurisprudência. É cediço que a incidência legal da norma consumerista decorre tanto da liberalização econômica desencadeada nas últimas décadas, como da notória influência do capitalismo em todas as esferas econômicas, sejam elas públicas ou privadas, ensejando regras protetivas de consumo em contrapartida às regras de mercado cuja sistemática difere-se, nitidamente, da natureza solidária que subsidia o serviço público, razão pela qual surge a necessidade de melhor delimitação do tema².

Partindo-se da premissa de que o CDC e os serviços públicos são contextos jurídicos distintos, segundo Aragão³, sob o aspecto inclusive mercadológico, sendo um privatista – ainda que suas regras tenham conteúdo de ordem pública – e outro publicista, voltado à prestação de serviço essencial à coletividade, a questão ainda suscita dúvidas acerca dos limites de aplicação das normas do CDC às relações entre o usuário e o Poder Público.

Nesse contexto, Jacques Amar, citado por Aragão⁴, afirma que “a infiltração de uma lógica de mercado faz com que as prestações de serviços públicos também sejam igualmente analisadas à luz das expectativas dos usuários. Consequentemente, o surgimento de uma lógica de mercado (*lógica d'échange*) altera integralmente a lógica solidária (*lógica de don*) própria do serviço público e do poder que era invocado como necessário a alcançar o interesse público (...). Sob essa perspectiva, a aplicação do direito do consumidor aos serviços públicos é indissociável dos debates contemporâneos sobre a posição e o papel do Estado na economia, já que ela introduz a lógica de mercado onde outrora havia unicamente a lógica solidária. Com efeito, a defesa dos direitos dos consumidores e usuários assume um papel relevante para demarcar até onde os preceitos fundamentais do consumidores devem ser aplicados aos conceitos fundamentais publicísticos do serviço público.”

É bem verdade que a eficiência dos serviços públicos, prevista na Constituição da República em seu art. 37, *caput*, autoriza, implicitamente, ao cidadão-usuário buscar a proteção jurídica

quando tais atividades não estiverem de acordo com seus direitos, o que por vezes implica a incidência do CDC.

Contudo, as normas do CDC não sugerem, por si só, a sua aplicação ilimitada a toda relação jurídica envolvendo prestação de serviço público e usuário na medida em que o interesse público e social sempre permeará essa relação, não podendo, simplesmente, ser reduzido diante da norma jurídica de caráter privado e mercadológico.

Sabe-se que o objetivo maior do Estado é assegurar a realização dos direitos sociais estabelecidos na Constituição, por meio da prestação de serviços públicos tais como saúde, assistência social, lazer, moradia, trabalho, segurança, deveres estes impostos ao Estado, dos quais não pode se desincumbir⁵. Portanto, os objetos de tutela de ambas as esferas jurídicas são nitidamente distintos e como tais não podem ser ignorados. Disto se indaga: até onde as normas do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre a relação entre usuário/cidadão e Estado?

Dessa forma, com a utilização do método indutivo, este artigo busca analisar, em breves considerações, a incidência do CDC nas relações entre usuários e Poder Público, tratando, num primeiro momento, a concepção e natureza da relação de consumo sob a ótica do CDC. Em seguida, passa-se pelo conceito de serviço público e usuário, arrematando-se com os limites das normas consumeristas na atividade estatal à luz de decisões dos tribunais pátrios.

1. Relação de consumo: consumidor e fornecedor na visão do CDC

O conceito de consumidor está previsto no artigo 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, no qual estabelece: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Nesse sentido, o consumidor está submetido ao controle dos titulares de bens de produção, constituídos pelos empresários. Da mesma maneira, todo produtor também depende, em maior ou menor grau, de outros empresários que atuam como fornecedores de matéria-prima ou financiadores da sua atividade produtiva, razão pela qual, neste aspecto, também é consumidor. No entanto, em se tratando de proteção do consumidor, a tutela se refere ao

indivíduo em si, ou à sua coletividade, inclusive aos empresários enquanto adquirentes de produtos ou usuários de serviços, sem relação com a sua atividade comercial⁶.

Na visão do CDC, o consumidor se constitui como toda pessoa natural ou jurídica que contrata a aquisição de mercadoria ou prestação de serviço para sua utilização direta, sem que se obrigue alguma forma especial de manifestação da vontade, exceto quando a lei exigir⁷.

Com efeito, a definição de consumidor e, por conseguinte, a constituição da “relação de consumo”, liga-se à ideia de relação contratual privada, na qual os interesses essencialmente patrimoniais e individuais estão em jogo. Envolve, pois, o exercício da livre iniciativa e da economia de mercado previstas no art. 170 da CR (Constituição da República), o que para alguns doutrinadores não ocorre com a natureza própria dos usuários de serviços públicos.

O consumidor
está submetido
ao controle dos
titulares de bens
de produção,
constituídos pelos
empresários

A concepção de “consumidor” baseia-se na destinação final do bem objeto do contrato. O destinatário final é o destinatário econômico de fato, seja pessoa jurídica ou física. Ou seja, não deve haver aquisição do produto para revenda ou para uso profissional, porque assim o bem entraria novamente no sistema de produção⁸, perdendo a característica de consumidor final.

Na mesma linha, o conceito de fornecedor, estabelecido no CDC, também vem atrelado à visão privatística. O art. 3º do CDC dispõe:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Observa-se que a definição de fornecedor, no CDC, assim como a de consumidor, é ampla. O critério que caracteriza o fornecimento de produtos está atrelado ao desenvolvimento de atividades essencialmente profissionais cuja atividade deva ser contínua, habitual, assim como está vinculado também à transformação e distribuição de produtos⁹.

Para Nunes¹⁰, “não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quota de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da administração direta etc.”

Em síntese, infere-se que o CDC protege as relações de consumo constituídas pelo consumidor e fornecedor objetivando uma transação de natureza comercial, isto é, privada e sem conotação social, mesmo que se admita que as regras do CDC sejam de ordem pública em virtude da relevância assumida no contexto econômico das relações humanas para coibir práticas abusivas e tutelar a parte hipossuficiente.

2. A relação do usuário com o serviço público

Em linhas gerais, o usuário é o titular do direito de usufruir e gozar da atividade pública produzida por órgãos da administração (seja direta ou indireta), na maior parte das vezes mediante o pagamento de determinado valor fixado por lei, sendo o serviço colocado à sua disposição. No serviço público o usuário, na condição de beneficiário, é parte integrante do Estado como instrumento de efetividade das garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição da República. Em outras palavras, é parte fundamental do sistema estatal, para não dizer a própria razão de ser deste e para o qual se dirige a prestação do serviço público¹¹.

Ao contrário do que ocorre no direito privado, tal como na própria relação de consumo do CDC, a condição dos usuários de serviços públicos é de natureza jurídico-pública, ainda que por vezes possa existir, em certos serviços, a autonomia de vontade das partes e a própria aplicação de regras de direito privado, pois toda relação entre usuário e prestador do serviço público¹² está adstrita às condições previamente fixadas pelo Poder Público, estas quase sempre vinculadas à lei cogente e imperativa, da qual a relação não pode se afastar nem mesmo por vontade do órgão/entidade contratante, diversamente do que costuma ocorrer numa relação entre consumidor e fornecedor estritamente privado¹³.

Com efeito, a condição jurídica do usuário será sempre regida por normas (leis e regulamentos) que criam direitos e deveres aos usuários, mesmo que a situação decorra de um contrato de direito privado. É justamente por ser um beneficiário do serviço público, custeado mediante tributos, taxas e tarifas, que torna o usuário uma figura jurídica, por vezes, distinta daquela acepção jurídica utilizada pelo CDC para definir o consumidor¹⁴.

No que tange ao serviço público, numa concepção constitucional e legalista, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵ destaca que “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral”, frisando o autor que deve ser fruível pelos administrados, cujo Estado assume como obrigação legal que deverá ser prestada por si mesmo ou por um terceiro sob um regime de direito público com as prerrogativas de supremacia e de restrições especiais¹⁶.

Já na visão do jurista Grau¹⁷, a ideia de serviço público é sintetizada como uma atividade essencial para a “consecução da coesão social” e como “necessário para a defesa o interesse social”, dando um conceito de essencialidade¹⁸.

É interessante notar que, de acordo com Grotti¹⁹, “não existe serviço público por natureza”, pois segundo a autora o que se reconhece como serviço público trata-se de uma opção política, presente na “Constituição de cada país, na lei, na jurisprudência e nos costumes presentes em um dado momento”.

Diante dessa relação complexa entre serviços públicos, usuários e a relação consumerista inserida nesta interação é que se faz necessário tecer-se breves considerações acerca da incidência do CDC na prestação dos serviços públicos.

3. Incidência do CDC na prestação dos serviços públicos

O Estado afasta-se cada vez mais da sua função de provedor, adotando um caráter fiscal e regulador, concedendo à iniciativa privada a prestação de alguns serviços cuja obrigação, dentre outras, é assegurar acuidade às relações entre a prestação dos serviços e seus usuários, na medida em que o direito vem assumindo os serviços públicos como direito fundamental da pessoa humana, o que torna o usuário a figura central das relações de prestação de serviços públicos²⁰.

Segundo Aragão²¹, a liberalização econômica ocorrida no final do século XX trouxe como reflexo a incidência do direito consumerista na prestação de serviços públicos, em que o enfoque é a proteção do indivíduo *de per se* como parte hipossuficiente em face do poder econômico das empresas, portanto, de caráter individualista, permitindo uma lógica de mercado com enfoque distinto da lógica solidária inerente à ótica publicista, cuja ênfase reside na proteção coletiva dos cidadãos visando operacionalizar um sistema prestacional equitativo, contínuo e universal²².

Diante dessa complexidade assumida pelo Estado é que o interesse coletivo, para muitos, justifica a prestação dos serviços públicos sem exclusividade estatal, sendo a concorrência fundamental para a própria manutenção do interesse público.

Nesse contexto, a Constituição da República estabeleceu formas indiretas de intervenção do poder econômico na prestação dos serviços públicos, compondo o que a doutrina classifica como “administração pública indireta”. Assim, os serviços públicos podem ser executados pela administração direta do Estado ou pelas entidades autárquicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou, ainda, por meio da descentralização administrativa, transferindo-se a prestação desses serviços para particulares fora do Poder Público, surgindo os institutos de “concessão” e “permissão”²³.

Dessa forma, com o repasse dos serviços públicos aos particulares, ocorre a incidência, inevitável, de normas típicas das relações de natureza privada, sem que com isto se descaracterize a natureza da atividade pública estatal, e muito menos a inobservância dos princípios da administração pública.

Isso não implica dizer que a exploração da atividade econômica não possa ser realizada de forma direta pelo Estado. Vale lembrar que ao Estado, como representante da coletividade, por intermédio dos seus órgãos públicos, compete a prestação dos serviços públicos que lhes são próprios, notadamente aqueles relativos à atividade legislativa, judiciária, manutenção da ordem pública por meio da atividade policial, bem como a defesa da nação com as forças armadas²⁴.

Não obstante alguns doutrinadores questionarem a aplicação do CDC aos serviços públicos no que tange às concessionárias e permissionárias – embora este estudo não vise esclarecer esta questão a fundo –, assevera-se que o

entendimento prevalecente na atual conjuntura doutrinária e jurisprudencial é a incidência do CDC às relações entre serviços públicos e usuários, especialmente no que diz respeito às concessionárias e permissionárias. E não poderia ser diferente diante do contexto legislativo em vigor.

Além do artigo 3º do CDC, que inclui dentre os fornecedores a pessoa jurídica de direito público e todos aqueles que prestam serviços públicos, direta ou indiretamente, tem-se que a Lei 8.987/95, que regulamenta as concessões e permissões, prevê em seu artigo 1º o seguinte:

“As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.”

A concepção de “consumidor” baseia-se na destinação final do bem objeto do contrato

Ou seja, a lei em referência sugere a possibilidade de aplicação de normas legais pertinentes às concessionárias e permissionárias, dando margem para uma interpretação em que se aplica o CDC (Lei 8.078/90) aos serviços prestados por tais entidades.

Igualmente, o CDC, em seu art. 2º, antes mencionado, permite uma interpretação da qual se conclui que as normas consumeristas são aplicáveis aos serviços públicos. Além disso, o CDC ainda estabelece outras regras das quais se deduz a aplicação das normas consumeristas aos serviços prestados por pessoas jurídicas de direito público, tais como artigos 4º, inciso II, 6º, inciso X, e 22²⁵.

Com efeito, diante das regras previstas no CDC, resta evidente a sua incidência nos serviços públicos, especialmente nas relações envolvendo concessões e permissões.

No entanto, vale lembrar que a aplicação do CDC não deve ser indiscriminada, conforme se verá, sob pena de se correr o risco de desnaturar o serviço público enquanto sistema social de proteção que é, e não individual²⁶.

Destacadas essas observações sumárias, passa-se à análise das limitações de incidência das normas do CDC aos serviços públicos e de questões decididas pelo Poder Judiciário.

4. Limites de incidência do CDC aos serviços públicos na doutrina e jurisprudência

Não há dúvida de que consumidores e usuários de serviços públicos são instrumentos de realização dos direitos fundamentais, tão valorados pelo atual sistema democrático.

Na concepção atual da ordem constitucional, o Estado não é um fim em si mesmo, mas acima de tudo deve se pautar na busca da satisfação integral dos direitos fundamentais²⁷. Logo, não se perquire quanto à incidência do CDC nas relações entre Estado/prestador de serviço público e usuários, por vezes essencial.

Entretanto, cabe analisar em que medida tal aplicação deve ocorrer²⁸, dadas as peculiaridades inerentes ao que se entende como serviço público e que “fazem com que seja mantido um grau de critérios de direito público aplicáveis às relações entre usuário e o prestador do serviço público”²⁹ que lhes diferenciam da relação de consumo.

Para ilustrar essa noção, Jacques Amar, citado por Aragão³⁰, pondera que “uma prestação de serviço público não pode ser equiparada em todos os aspectos a uma prestação de atividade econômica privada. Ela se liga a uma missão de serviços públicos e, por esta razão, contém uma forte dimensão política, ao passo que a prestação de uma atividade econômica privada só tem valor em relação às aspirações do indivíduo que a contrata.”

É nesse contexto que a jurisprudência, em determinados casos, já se manifestou de forma a limitar a aplicação do CDC em demandas cujo usuário estaria, em tese, sendo preterido em prol do fornecedor. Isto é, o usuário, como parte hipossuficiente, tendo seu direito supostamente ameaçado pelo Poder Público³¹.

Dentre os casos mais polêmicos apreciados pelo Judiciário estão as cobranças de tarifas diferenciadas, frequentemente utilizadas por concessionárias de energia elétrica e de saneamento básico. Uma das mais relevantes é a cobrança de “tarifa sazonal” ou “sobretarifa” por parte de algumas concessionárias de saneamento.

A principal tese sustentada contra as referidas cobranças é a violação ao artigo 39 do CDC e aos princípios constitucionais (especialmente da isonomia, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais do consumidor e da atividade econômica), em razão da cobrança desigual entre determinados consumidores devido à localização de suas residências³².

Contudo, a jurisprudência tem admitido a legitimidade da tarifa sazonal não apenas pela existência de Lei Federal 11.445/07³³, que autoriza a sua cobrança bem como a sua estruturação por categorias de usuários relacionados ao consumo da água, nos termos do artigo 30³⁴, mas principalmente por obediência aos princípios fundamentais que regem os serviços públicos e o interesse da coletividade.

A propósito, os seguintes julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – nos quais a cobrança da tarifa sazonal foi considerada legal – demonstram essa tese:

“Ação de consignação em pagamento – Casan – Tarifa sazonal – Legalidade – Recurso improvido.

‘Não há ilegalidade na cobrança de tarifa diferenciada pelo abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto nos meses de veraneio nas regiões praianas, notadamente naquelas em que é exigido um maior volume de investimentos para atender a expressiva demanda nessa época’ (...).³⁵

Administrativo – Casan – Tarifa sazonal – Legalidade

Não há ilegalidade na cobrança de tarifa diferenciada pelo abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto nos meses de veraneio nas regiões praianas, notadamente naquelas em que é exigido um maior volume de investimentos para atender a expressiva demanda nessa época.

A tarifa sazonal traduz-se em medida indispensável à garantia da continuidade do aludido serviço público, pois visa à recomposição da baixa contraprestação verificada durante o inverno nessas regiões.”³⁶

Deste último precedente infere-se que a legislação consumerista foi considerada subsidiária em face da legislação federal específica, conforme se extrai do corpo do acórdão:

“O Togado singular deferiu o provimento liminar em favor da Associação Praia Brava – APBRAVA, pois, no seu entender, o preço da tarifa sazonal instituída pela Resolução n. 234/2008 teria sido manifestamente excessivo se comparado à quantidade de serviço efetivamente usufruída pelos consumidores, o que os onerou em demasia, violando frontalmente o disposto no inc. V do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.

Ab initio, releva saber que o mandamus versa questão atinente ao saneamento básico, que possui regramento específico, qual seja, a Lei n. 11.445/2007. Logo, as normas de proteção ao consumidor têm aplicação subsidiária.”³⁷

Em caso análogo, o Supremo Tribunal Federal também já se manifestou favorável à cobrança da sobretarifa (ao analisar a diferenciação da sua natureza jurídica) no sentido de garantir a continuidade do serviço público, conforme segue:

“Serviço de fornecimento de água. Adicional de tarifa. Legitimidade.

Mostra-se coerente com a jurisprudência do Supremo Tribunal o despacho agravado, ao apontar que o ajuste de carga de natureza sazonal, aplicável aos fornecimentos de água pela CAESB, criados para fins de redução de consumo, tem caráter de contraprestação de serviço e não de tributo.”³⁸

Na referida decisão, a julgadora enfatizou:

“Esta decisão fundou-se em precedentes desta Corte que afirmam ser o serviço de fornecimento de água sujeito ao pagamento de preço público ou tarifa e não de taxa, inexistindo irregularidade em sua majoração por decreto em lugar de lei ordinária. E que o mesmo raciocínio deve valer para a sobretarifa deste serviço porque consiste em instrumento da peculiar política de preços adotada no Distrito Federal, pela qual os usuários que ultrapassam limites determinados de consumo pagam tarifas mais altas, com a finalidade de garantir a continuidade da prestação do serviço público a toda a população, em tempos de escassez.”

Nessas hipóteses, a fixação da sobretarifa pelas concessionárias foi considerada prática regular e legítima no que concerne às políticas públicas e econômicas adotadas pelas empresas prestadoras de serviços públicos, com o escopo de coibir o excesso de consumo da água em períodos críticos, de modo a evitar a sua falta para toda a coletividade, valorizando o princípio da continuidade do serviço público.

Por esses motivos é que não se tem acolhido a tese de que as normas do CDC não foram respeitadas em razão do tratamento desigual entre os usuários por se entender que não basta dar tratamento diferenciado aos consumidores para ensejar violação ao CDC sob o aspecto da isonomia³⁹.

A dificuldade, por vezes, para se julgar ações onde estão em jogo os interesses tutelados pelo CDC e o serviço público é identificar no caso concreto as situações que justifiquem um tratamento diferenciado entre os usuários, respeitando todos os princípios fundamentais e a legislação, sem ensejar discriminação

entre aqueles que entendem serem “consumidores” protegidos pelo CDC.

Sobre o tema, Nunes⁴⁰ assevera que “a constatação da existência de discriminações, portanto, não é suficiente para definir se o princípio constitucional de isonomia está ou não sendo respeitado, pois, como visto, em determinadas situações a discriminação empreendida está em consonância com o princípio constitucional. Ao contrário, é exatamente da discriminação que nasce o princípio. Mas, para aferição da adequação ao princípio da igualdade, é necessário levar em conta outros aspectos. Todos eles têm de ser avaliados em maneira harmônica: se adotado o critério discriminatório, este tem de estar conectado logicamente com o tratamento jurídico atribuído em face da desigualdade apontada.”

Nem sempre as normas do CDC poderão prevalecer diante das regras e princípios que regem o serviço público

Portanto, a distinção de tratamento entre os tipos de usuários levando em conta algumas especificidades regionais e quantidade de consumo, segundo a jurisprudência, não atenta contra as normas do CDC e muito menos contra princípios constitucionais tal qual o da isonomia. O preceito da igualdade de tratamento entre os consumidores deve se ajustar à realidade das necessidades sociais, equacionado dentro do sistema “bem-estar individual e meio ambiente”, em prol de sua resultante que seria o “bem-estar da coletividade”⁴¹.

Atente-se para o fato de que o adicional da tarifa de água foi criado com a mesma finalidade com que foi criada a sobretarifa de energia elétrica, qual seja, controlar o consumo de produto essencial em período de desabastecimento e de elevado consumo.

É o que se depreende da decisão do STF exarada nos autos da Ação Direita de Constitucionalidade n. 09 (27.06.2001), que admitiu a cobrança de tarifa especial com base no interesse da coletividade e a necessidade de continuidade do serviço em períodos de escassez. A propósito, vale transcrever o seguinte fragmento da decisão:

“Ação declaratória de constitucionalidade. Medida Provisória n. 2.152-2, de 1º de junho de 2001, e posteriores reedições. Artigos 14 a 18. Gestão da crise de energia elétrica. Fixação de metas de consumo e de um regime especial de tarifação. 1. O valor arrecadado

como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.”⁴²

Observa-se que a controvérsia da tarifa de energia elétrica submetida ao STF quando à sua constitucionalidade foi solucionada, notadamente por meio de princípios fundamentais de direito, preceitos de ordem constitucional, e dando como válidas as políticas de gestão que privilegiem o interesse da coletividade (generalidade de usuários) em detrimento do direito individual.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também já admitiu entendimento similar para outras hipóteses de tarifas diferenciadas, tal como a tarifa de assinatura básica de telefonia, conforme decisão da 1ª Turma, no Recurso Especial n. 975425 / MG, de 6.11.2007, do ministro José Delgado⁴³:

“Administrativo. Recurso especial. Serviço de telefonia. Cobrança de ‘assinatura básica residencial’. Natureza jurídica: Tarifa. Prestação do serviço. Exigência de licitação. Edital de desestatização das empresas federais de telecomunicações MC/ BNDES n. 01/98 contemplando a permissão da cobrança da tarifa de assinatura básica. Contrato de concessão que autoriza a mesma

exigência. Resoluções n. 42/04 e 85/98, da Anatel, admitindo a cobrança. Disposição na Lei n. 8.987/95. Política tarifária. Lei 9.472/97. Ausência de ofensa a normas e princípios do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da corte admitindo o pagamento de tarifa mínima em casos de fornecimento de água. Legalidade da cobrança de assinatura básica de telefonia. (...) O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

20. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, possibilitadora de vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.

21. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação.”⁴⁴

Como se vê pela jurisprudência tanto das instâncias inferiores como das superiores, a prestação do serviço público está ligada não apenas à lei, mas também aos valores fundamentais previstos na Constituição, razão pela qual se distingue das outras atividades econômicas, conferindo-lhe um regime jurídico próprio⁴⁵, tornando a aplicação do CDC, por vezes, mitigada⁴⁶.

Assevera-se, entretanto, que não se está a afirmar a preponderância do interesse público sobre as relações de consumo em todas as circunstâncias, como se o direito administrativo prevalecesse sobre as regras da CDC – estas também de ordem pública de direito fundamental.

A questão é reconhecer-se o momento em que cada qual deverá prevalecer, frisando-se a lição de Justen Filho⁴⁷ para quem o “Direito do Consumidor apenas se aplicará na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidades com os princípios fundamentais norteadores do serviço público”.

Nessa linha, Aragão⁴⁸, que dedicou ao tema um capítulo de sua obra sobre serviços públicos, ensina que “os serviços públicos têm uma conotação coletiva muito mais ampla que as

atividades econômicas privadas. Visam à coesão social, sendo muitas vezes um instrumento técnico de distribuição de renda e realização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), com o financiamento, através das tarifas dos usuários que já têm o serviço, da sua expansão aos que ainda não têm acesso a ele. Se fosse apenas pelo sistema privatista do CDC, essas tarifas teriam que ser consideradas abusivas (arts. 39, V; e art. 51, IV, CDC), eis que superam o valor que seria decorrente apenas da utilidade individualmente fruída.”⁴⁹

Com efeito, subsistindo legislação federal que ampare a atividade pública e as espécies de cobranças, unida aos princípios de direitos fundamentais que lhes deem sustentação, tende a prevalecer o interesse social da coletividade em face das normas do CDC.

Considerações finais

A partir dessas ideias, observa-se que os serviços públicos não são atividades econômicas comuns, submetidas à liberdade empresarial, ao contrário das relações jurídicas consumeristas, sujeitas ao livre critério entre os envolvidos para atender às necessidades privadas e individuais.

Conforme as decisões judiciais analisadas, admitindo a cobrança diferenciada das tarifas, deve-se levar em conta que estas não remuneram apenas o serviço público, mas têm como destinação principal custear a infraestrutura e a própria manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, assegurando a continuidade do serviço público e atendendo aos princípios fundamentais.

É necessário, portanto, frisar que determinados bens e serviços são essenciais à coletividade e à satisfação do princípio da dignidade humana. O serviço público é prestado diretamente pelo Estado ou por terceiros particulares com o objetivo único de atender aos anseios sociais e coletivos, motivo pelo qual nem sempre as normas do CDC poderão prevalecer diante das regras e princípios que regem o serviço público.

Logo, a interpretação restritiva do CDC em algumas hipóteses na prestação dos serviços públicos, quando respaldada na lei específica e nos princípios norteadores dos direitos fundamentais, e desde que com a efetiva adoção de políticas públicas para a

manutenção do sistema, será cabível e oportuna para equilibrar as relações jurídicas entre o interesse privado e o coletivo, sem que com isto se violem as regras do CDC ou preceitos da Constituição.

Notas

¹ Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal da Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina (ESMAFESC), Turma 2011.

² Registramos que não se perquire, neste trabalho, quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às situações que envolvam a relação entre usuário e serviço público, conforme se infere do artigo 3º do referido diploma legal, que enquadra a prestação de serviço público como fornecedor.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 400.

⁴ AMAR, Jacques in Alexandre Santos de Aragão. *Serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 499-500.

⁵ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 13.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor. Importante capítulo do Direito Econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.13, n. 15/16, 1974, p. 90.

⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 27.

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 304.

⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 393.

¹⁰ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86.

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹² Especialmente aqueles de natureza delegada tais como concessões e permissões.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁴ PEREIRA entende que o consumidor se caracteriza, juridicamente, por ser titular de direitos subjetivos; o usuário, por sua vez, está numa situação jurídica instrumental para que o Estado possa alcançar os valores essenciais que inspiram a definição de determinados serviços públicos, pelo que designa o autor

como sendo “direitos subjetivos funcionalizados”. E arremata que “o usuário tem direitos em relação à criação e organização do serviço completamente incompatíveis com a posição jurídica de um consumidor” (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006).

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, p. 600.

¹⁶ CARVALHO FILHO também segue a linha constitucional com uma definição diretamente ligada à satisfação das necessidades essenciais da coletividade, inclusive as secundárias, afirmando que serviço público é “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 217).

¹⁷ Eros Grau distingue interesse coletivo de interesse social. Afirma que “este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos” (GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 128).

¹⁸ Diante dessas premissas, entendemos que o serviço público é aquele por meio do qual o Estado, seja direta ou indiretamente por delegação, concessão e permissão, exerce as garantias e direitos fundamentais que lhe são impostos pela Constituição, ou seja, instrumentaliza a vontade do legislador constituinte através da prestação de serviços públicos essenciais, que são colocados à disposição da população, qualificada individualmente como usuários.

¹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. 1a. ed. 3a. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45.

²⁰ Aragão ressalta que “a aplicação do direito do consumidor aos serviços públicos é indissociável dos debates contemporâneos sobre a posição e o papel do Estado na economia” (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 500).

²¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 500.

²² Pelas pesquisas feitas, percebe-se que essa noção é fundamental para se chegar a compreensão da possível justificativa que admite a hipótese de limitação da incidência do CDC aos serviços públicos, dependendo do caso concreto.

²³ DOLZANE, Harley Farias. O serviço público adequado e a controvérsia sobre a possibilidade de interrupção na prestação dos serviços públicos essenciais à luz do CDC e da Lei 8. 987/95. *Revista Jus Vigilantibus*, 8 de maio de 2007. Disponível em <<http://jusvi.com> no site>. Acesso em 12.11.2011.

²⁴ LAZZARINI, Álvaro. *Temas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

²⁵ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...); X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

²⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 503.

²⁷ “A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62).

²⁸ MARQUES defende a incidência do CDC em quase todas as relações de prestação de serviço, admite a especialidade da relação concessionária e assinala que “dos contratos concluídos com a administração é especial: mesmo se regidos por leis civis, não perde a relação seu caráter de verticalidade, reservando-se à administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato”. Logo, a autora reconhece a necessária conciliação do CDC com o regime de direito público (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. ver e amp., São Paulo: RT, 2002, p. 485).

²⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 512.

³⁰ AMAR, Jacques *in* Alexandre Santos de Aragão. *Serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 517.

³¹ Acredita-se que aqui o julgador deve se valer dos princípios da administração pública, em especial a premissa da razoabilidade, em que se busca emitir uma decisão que equilibre a relação entre o usuário/consumidor e o Poder Público/fornecedor, de modo a ajustar na medida do possível o interesse da coletividade com o do consumidor individual, o que se sabe que, na prática, nem sempre será possível.

³² Nas hipóteses apreciadas, percebe-se que as defesas embasaram-se nas normas consumeristas, quase sempre ao argumento de infringência às regras consumeristas – em regra com base no art. 39 do CDC, que trata das práticas abusivas – e na própria inconstitucionalidade da espécie de cobrança tarifária por desrespeito a princípios fundamentais. Entretanto, o que se verifica é que nessas ações estavam em jogo muito mais do que o direito do consumidor ofendido, mas sim toda a coletividade usuária do produto que naquelas circunstâncias estava à mercê da falta de água, ou mesmo de energia, como decorrência da escassez do produto e do próprio abuso do excesso de consumo.

³³ Lei Federal que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento.

³⁴ Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração os seguintes fatores: I – categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo; (...); V – ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos.

³⁵ (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2010.022263-8, de Barra Velha, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 29.6.2010).

³⁶ (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2009.007945-9, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 5.2.2010).

³⁷ E afirma ainda o julgador na mesma decisão que “na cobrança de tarifa diferenciada pelo abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto nos meses de veraneio nas regiões praianas, notadamente naquelas em que é exigido um maior volume de investimentos para atender a expressiva demanda nessa época”, “a tarifa sazonal traduz-se em medida indispensável à garantia da continuidade do aludido serviço público, pois vida à recomposição da baixa contraprestação verificada durante o inverno nessas regiões”.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, REAgR n. 201630/DF, Min. Ellen Gracie.

³⁹ Acerca do tema, no que diz respeito ao princípio da isonomia, cuja afronta atingiria diretamente o consumidor nos moldes do CDC, torna-se

oportuna a lição de Kelsen, que pontifica: “A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos. Com a garantia da igualdade perante a lei, no entanto, apenas se estabelece que os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar. Com isso, porém, apenas se estabelece o princípio, imanente a todo o Direito, da juridicidade da aplicação do Direito em geral e o princípio imanente em todas as leis da legalidade da aplicação das leis, ou seja, apenas se estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 158).

⁴⁰ NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 34.

⁴¹ De outro vértice, entende-se que a distinção de tratamento se justifica também por desestimular o consumo da água de forma indiscriminada, de modo que outros valores protegidos pelo ordenamento jurídico serão assegurados, tais como o direito à prestação de serviço adequado e à melhoria da qualidade de vida em sentido coletivo, tornando o sistema autossustentável.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 09/2001, Relator Min. Néri da Silveira; Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 975425 / MG, Relator Ministro José Delgado.

⁴⁴ BRASIL. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Garantindo o pagamento de tarifa mínima: Resp 759.362/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29/06/2006; Resp 416.383/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23/09/2002; Resp 209.067/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 08/05/2000; Resp 214.758/RJ.

⁴⁵ Entendemos que o objetivo maior das decisões sobre o tema é de assegurar a todos os usuários/beneficiários a continuidade dos serviços públicos nos períodos em que ocorrem elevados níveis de consumo, como, por exemplo, na região litorânea de determinados estados brasileiros, no caso da água, e nas regiões em que ocorrem os famigerados “apagões”, na hipótese da energia elétrica.

⁴⁶ Além disso, vale lembrar que a Constituição difere o consumidor do usuário de serviço público. O consumidor age por interesse próprio, individual, e está dentro do ciclo do mercado de consumo dentro de um regime de economia (art. 170, V, da CR). Já o usuário, por sua vez, precisa realizar as suas

necessidades elementares como sujeito beneficiário do serviço público, não porque quer, mas porque precisa, cuja relação é de interesse público (art. 175, da CR).

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Ética, 2003, p. 558.

⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 521.

⁴⁹ É com base nesse raciocínio, lastreado em leis específicas sobre serviços públicos e princípios de direitos fundamentais, que se entende como necessária a limitação da incidência das normas do CDC em dadas circunstâncias jurídicas, conforme se verificou nos casos judiciais apreciados pelo Poder Judiciário, em que as discussões abordavam as “tarifas diferenciadas” cobradas por algumas concessionárias.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direitos dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 217.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante Capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.13, n. 15/16, 1974, p. 90.

DOLZANE, Harley Farias. O serviço público adequado e a controvérsia sobre a possibilidade de interrupção na prestação dos serviços públicos essenciais à luz do CDC e da Lei n. 8. 987/95. *Revista Jus Vigilantibus*, publicado em 8.5.2007. Disponível em <<http://jusvi.com> no site>. Acesso em 12.11.2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e sua transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1a. ed. 3a. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Ética, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros.

NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros. 2009.

APONTAMENTOS SOBRE A INEFICÁCIA DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

BÁRBARA CRISTINA KRUSE*
Advogada e geógrafa

RESUMO

Este artigo faz apontamentos sobre o despertar humano em relação às normas ambientais. Analisa-se desde a visão antropocêntrica humana até o desencadeamento do paradigma ecocentrista. Tal mudança de paradigma só foi possível em face da crise ambiental vivenciada atualmente, herança do estilo de vida pós-moderno. Mudanças ocorridas desde a Revolução Industrial até hodiernamente fizeram com que a sociedade clamasse por uma consciência ambiental – ocorrida em meados dos anos 1960 – a qual modificou sensivelmente o cenário mundial a respeito das indústrias frente à degradação ambiental. A partir daí surgem tratados internacionais e acordos entre países em prol do meio ambiente. Entretanto, como veremos adiante, tais acordos são ineficazes, não possuem coercitividade, havendo países que não seguem suas orientações, sendo denominados tais tratados de soft law.

*** Outras qualificações da autora**

Atuante na área Civil e Ambiental, em Ponta Grossa – PR. Mestranda em Gestão do Território na UEPG.

Introdução

O ser humano, desde a Revolução Industrial e com alicerces em uma visão antropocêntrica, modificou de uma forma estrondosa sua paisagem natural. Já é estimado por alguns autores que esse estilo de vida enraizado na ideologia do capitalismo contemporâneo desencadeou uma crise ambiental. Neste contexto, é urgentemente necessária a adoção de medidas preservacionistas ambientais que freiem a degradação ambiental dos efeitos avassaladores da vida pós-moderna.

Com base no exposto, iremos analisar como se deu o despertar da sociedade para esses clamores ambientais e quais os problemas enfrentados atualmente no direito ambiental internacional.

1. O despertar de um paradigma ecocentrista

Em épocas remotas o ser humano sentia-se submisso à natureza, frente aos fenômenos naturais ainda não compreendidos por ele. Contudo, na medida em que ele passa a questionar-se sobre sua existência, inevitavelmente ocorrem indagações sobre assuntos que ainda não lhe eram compreendidos. Diante disso, o ser humano passa a perseguir respostas científicas e racionais para suas litigâncias, apontando-se, deste modo, como centro do Universo. Tal comportamento despertou uma visão antropocêntrica sobre o mundo. Com base nesta postura, o homem aguça a sensação de domínio e controle sobre o mundo e a natureza, pondo em risco a própria existência da humanidade no planeta (BONAZINA, *et al*, 2014)¹.

A preocupação com a degradação ambiental é desencadeada depois da intensificação do processo de industrialização mundial². O ser humano passou a utilizar de maneira desenfreada e irracional os recursos naturais, despertando a necessidade legal de proteção e prevenção ao ambiente. Neste contexto, dispõem Isonel Sandino Meneguzzo, Adeline Chaicouski e Paula Mariele Meneguzzo (2009):

A concepção de meio ambiente fragmentada e separada do homem, amplificada pelo modo de produção capitalista, originou uma profunda degradação dos recursos naturais com conseqüente diminuição em relação à qualidade de vida de diversas sociedades, nas diferentes partes da Terra (p. 511).

No século XX, surgem questionamentos sobre a base da ciência clássica, a qual dá lugar à visão holística do mundo, que se fundamenta em uma visão integradora. Impulsionados nesta visão dinâmica, o ser humano é visto como parte integrante e ativa da natureza. A partir daí, começam a surgir as preocupações jurídicas com o ambiente (BONAZINA, *et al*, 2014)³. Sendo assim, aos poucos a legislação passou a se adequar a nova realidade social.

Ainda no final dos anos 1960, os países industrializados começam a perceber os impactos negativos do uso de suas tecnologias, eis que a poluição, a destruição das florestas, a chuva ácida, entre outros, passaram a ser sinônimos de problemas e má qualidade de vida. Com isso, a população, por meio de protestos e manifestações, passou a reivindicar a conservação e a proteção ao ambiente (FARIAS, 2007).

Segundo esta realidade, expõe Celso Simões Bredariol:

No plano internacional, em decorrência, principalmente, da corrida espacial e do desenvolvimento da eletrônica, foi possível o aperfeiçoamento dos métodos de diagnóstico dos problemas ambientais, com o uso de imagens de satélites, sensoriamento remoto e sistemas de informações geográficas (SIG-GIS), das ciências, das comunicações, da informática, da biotecnologia e outros ramos do conhecimento. Em consequência, cresce também o movimento ecológico e a consciência pública, e também, um mercado de métodos e tecnologias ambientais que contribuíram para a formulação de novos problemas e para a mudança de pauta da política ambiental, voltada agora, para a sobrevivência da espécie humana no planeta (2001, p. 19).

O relatório “Os Limites do Crescimento”, elaborado com o apoio do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) e publicado em 1971, ajudou a população a despertar para a degradação ambiental. Neste relatório foram destacadas as desigualdades entre os países do Norte (“desenvolvidos”), os quais “representam a minoria da população do planeta, consomem a maior parte dos recursos naturais e desfrutam de melhor qualidade de vida”, e os países do Sul (“subdesenvolvidos”), os quais possuem os piores índices de desenvolvimento humano e, chegam, até mesmo, a sofrer com escassez de alimentos (TOMÉ SILVA, 2012, p. 2).

Observamos, com isso, que os governos tiveram que se adequar à opinião pública mundial, e para tanto surgiram normas de proteção ao ambiente. Em consequência, apenas na década de 1970 foram aprovadas normas ambientais de alcance global, as

quais demandaram adequação das normas internas (SANTOS DE OLIVEIRA, 2010).

Em meados da década de 1980, surge a preocupação quanto ao ressurgimento das coisas “verdes”, especialmente após as lamentáveis catástrofes ambientais, que ganham proporções internacionais inimagináveis, tais qual o desastre de Bophal, na Índia, em 1984, e Chernobyl, na Ucrânia, em 1986. Diante dessas tragédias foi inevitável que um número incalculável de pessoas desencadeasse um sentimento preservacionista ao ambiente, pois a população mundial ficou apavorada em face da insuficiência na reparação desses eventos (TOMÉ SILVA, 2011).

Assim, verificamos posicionamentos diversos com as teorias ecocentristas e tecnocentristas. No ecocentrismo vemos uma ascendente visão bioética do mundo natural, aliada a uma visão antimaterialista. Além disso, os ecocentristas defendem um novo paradigma, eis que as questões ambientais transcendem ideologias econômicas. Já a visão tecnocentrista defende a ideia do acréscimo material por meio da riqueza, com a utilização de recursos naturais. Sendo assim, essa teoria afirma que a ciência proporcionará um potencial quase que inesgotável de recursos naturais a serviço da humanidade (BRASIL PINTO, 2004).

Em síntese, observamos que mesmo com uma significativa mudança nos paradigmas antropocêntricos e tecnocentristas, estes ainda são insuficientes para a concretização de medidas que assegurem uma efetiva preservação ambiental. Além disso, a liquidez da pós-modernidade dificulta a implementação de medidas protetivas ao ambiente, pois de um lado observa-se o lucro e do outro a redução destes⁴.

Aliado a isso, o sistema capitalista transforma a sociedade em individualista e, neste contexto, ninguém acredita na possibilidade de se mudar o todo. Com efeito, é compreensível que esse paradigma ecocentrista seja taxado por muitos como utópico, eis que a cultura capitalista incorporou o seu *modus vivendi* na sociedade e, por isso mesmo, é tão difícil para a sociedade líquida pós-moderna ter uma visão antimaterialista no contexto atual.

Mesmo com uma mudança nos paradigmas antropocêntricos e tecnocentristas, estes ainda são insuficientes para uma efetiva preservação ambiental

2. Ineficácias do direito internacional ambiental frente aos problemas ambientais hodiernos

Diante de todos os desdobramentos mundiais, podemos observar que o direito ambiental internacional – direito concretizado nos inúmeros encontros entre países – “instrumentalizou a necessidade de preservar o meio ambiente, editando declarações e tratados internacionais multilaterais que serviram de base para a formação da legislação ambiental interna dos vários países (GRANZIERA, 2009)”. Entretanto, apesar de nós encontrarmos diversos tratados internacionais que tratam do direito ambiental, fato é que estes ainda são ineficazes e na maioria das vezes acabam por ser meramente diretrizes programáticas.

Isso ocorre porque o direito ambiental internacional ainda é uma matéria não consolidada – desde o seu surgimento suas normas são de cogência relativa, ou seja, desprovidas de coercitividade exatamente pela falta de autoridade impositiva supranacional⁵. Isso quer dizer que o direito ambiental Internacional possui normas desprovidas de obrigatoriedade, sendo, portanto, um universo jurídico que Rafael Santos de Oliveira (2010) denomina de “fluido”.

Estas normas são denominadas de *soft law*, pois são destituídas de força vinculante. Em contrapartida, as normas positivadas (imperativas) são denominadas de *hard law* e são as normas que conhecemos tradicionalmente, ou seja, as que possuem força obrigatória. Hailton Vieira (2009) explora mais o assunto:

Instrumentos de “soft law” são geralmente vistos como opção flexível, que evita o compromisso imediato decorrente de tratados. Visto que a “soft law” tende-se a se tornar uma “hard law”, ele também é considerado uma rota potencialmente mais rápida para compromissos jurídicos definitivos considerado o ritmo lento do direito internacional consuetudinário. Isto é notável no domínio do direito ambiental internacional, já que os Estados têm sido relutantes em comprometer-se a muitas iniciativas ambientais que tentam equilibrar o uso do meio ambiente com os objetivos econômicos e sociais.

Observamos então que o direito ambiental internacional é ineficiente no que diz respeito à aplicabilidade dos seus tratados. Isso porque a flexibilidade das normas ambientais internacionais compromete o desenvolvimento de um órgão internacional institucional, dotado de instâncias hierárquicas com poderes de decisão. No caso dos tratados ambientais, normalmente são as

partes que ficam incumbidas de sanar questões que dizem respeito à aplicabilidade de seus acordos, através das reuniões consultivas.

Diante disso, os objetivos dos tratados internacionais acabam por se constituírem em meras metas futuras a serem realizadas pelos Estados, o que nos mostra um direito programático. Coerente com esse pensamento, Rafael Santos de Oliveira (2007, p. 53) dispõe sobre a emergência da obrigatoriedade da *soft law*:

A opção dos Estados por instrumentos não obrigatórios, ou que visem apenas a ações futuras, sem compromisso imediato, supera as questões acerca da assinatura de um tratado e das suas reservas. No direito ambiental internacional as reservas a certos pontos delicados e de difícil implementação tornaram-se muito comuns. Com essa atitude, a eficácia dos tratados se fragiliza, pois a existência de reservas em um instrumento juridicamente vinculante acaba por eximir o Estado de cumprir determinada parte do tratado.

O direito ambiental internacional é ineficiente no que diz respeito à aplicabilidade dos seus tratados

As obrigações da *soft law* acabam por ser um mero “acordo de cavalheiros”; concretamente suas obrigações são apenas morais. Nos tratados internacionais que não têm caráter de *soft law*, é a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que os normatiza. Está nos arts 60 e 61 da referida Convenção a consequência quando descumprido o tratado⁶. Assim, as partes podem extinguir ou suspender os efeitos do tratado se ocorrer uma violação substancial por qualquer um de seus signatários.

De certa forma, podemos falar em ineficiência do ordenamento jurídico em relação ao meio ambiente no que tange à esfera global. Cabe então a cada país fazer a sua parte, englobando as normas ambientais em seus ordenamentos jurídicos.

Conclusão

Em que pese o cenário mundial ter despertado para a degradação ambiental, ainda falta muito caminho a ser percorrido para que as normas ambientais internacionais possam ter alguma efetividade. É necessário, assim, que cada país tenha um rigoroso ordenamento jurídico ambiental, que puna severamente os infratores.

Notas

¹ Muitos autores discutem sobre os problemas ambientais atuais. Estudos científicos comprovam que tais problemas passaram a ser desencadeados com o advento da Revolução Industrial. Isso porque a sociedade agrária de outrora passa a ser urbana e se estabelece em cidades sem infraestrutura alguma. Além disso, o novo estilo de vida fabril não foi acompanhado de uma preocupação com a natureza. Sendo assim, a busca desenfreada pelo lucro fez com que as indústrias destruíssem suas paisagens naturais e essenciais para uma boa qualidade de vida humana. Neste contexto, aponta Félix Guattari que “o planeta Terra vive um período de intensas transformações técnico científicas, em contrapartida das quais engendram-se fenômenos de desequilíbrios ecológicos que, se não forem remediados, no limite, ameaçam a vida em sua superfície. Paralelamente a tais perturbações, os modos de vida humanos individuais e coletivos evoluem no sentido de uma progressiva deterioração. As redes de parentesco tendem a se reduzir ao mínimo, a vida doméstica vem sendo gangrenada pelo consumo da mídia, a vida conjugal e familiar se encontra frequentemente “ossificada” por uma espécie de padronização dos comportamentos” (2001, p. 7).

² A Revolução Industrial na forma em que foi historicamente articulada trouxe malefícios indelévels para o tempo presente, eis que os danos e catástrofes contra o planeta registraram inúmeras florestas devastadas e extinção de seres vivos em grande escala. A busca de lucros escudada pela ideologia do liberalismo clássico defendeu e defende o lucro como forma de solvência de todos os problemas humanos. A natureza, neste frenético padecer, foi vista como algo disponível e imprescindível para o capitalismo industrial. Nem de longe se discutia a possibilidade dos recursos serem limitados, finitos. Sobre o assunto, Nelson Frederico Seiffert afirma: “O avanço do conhecimento científico sobre os processos de desgaste ambiental resultantes do crescimento populacional e sistema de produção e consumo indica que o modelo de desenvolvimento adotado conduz a uma crise ambiental porque modifica a estrutura dos seus componentes de forma a comprometer a prosperidade humana. Os indicadores ambientais, sob o impacto da aceleração da intervenção humana sobre o ambiente, têm permitido perceber que existe um limite para sua expansão e a capacidade de suporte dos recursos ambientais” (2008, p. 19).

³ As normas de proteção ambiental, durante muito tempo, foram ligadas à visão antropocêntrica e local. As normas regulamentavam “situações emergenciais ou catastróficas, envolvendo especialmente, questões transfronteiriças, de onde se verifica não haver uma preocupação prévia a ocorrência desse tipo de situação” (SANTOS DE OLIVEIRA, 2010). As obrigações decorriam mais no sentido da imposição normativa de não fazer (como por exemplo, não matar espécies em extinção) do que da de fazer (como por exemplo, preservar à natureza). Uma das primeiras

manifestações do Direito Internacional do Meio Ambiente se deu com a arbitragem internacional na década de 1940, sobre a poluição atmosférica transfronteiriça entre o Canadá e os Estados Unidos (FONSECA, 2010). Observamos então que as normas ambientais eram fragmentadas e interpartes e não multilateral com repercussão global. Essa visão perdurou até o término da Primeira Guerra Mundial. No período entre-guerras, a prática da diplomacia multilateral entrou em ascensão, especialmente as internacionais, como por exemplo, a Liga das Nações. Com isso, nestes contextos mundiais houve intensas discussões no que diz respeito à proteção ambiental, principalmente na atuação das organizações internacionais quanto à adoção dos tratados multilaterais e negociações entre as partes. Entrementes, foi apenas após a Segunda Guerra Mundial que a comunidade internacional percebeu a gravidade dos problemas ambientais, ampliando assim as concepções existentes até então (SANTOS DE OLIVEIRA, 2010).

⁴ O sociólogo Zygmunt Bauman (2009, p. 7) expõe que o momento atual em que vivemos denomina-se de pós-moderno. Para ele, a sociedade atual é pós-moderna e líquida, eis que as coisas mudam muito rapidamente, em um tempo mais curto que o necessário para a consolidação de hábitos, rotinas e formas de agir. Além disso, ele afirma que as relações individuais não conseguem solidificar-se, pois as transformações ocorrem em um piscar de olhos. Tudo passa rapidamente e as coisas se tornam obsoletas antes de os atores sociais terem uma chance de aprendê-las efetiva e significativamente. Na pós-modernidade, as coisas devem atualizar-se antes que ultrapassem a data de vencimento ou pereçam. Diante disso, a modernidade líquida “não estabelece objetivos nem traça uma linha terminal. Mais precisamente, só atribui a qualidade da permanência ao estado de transitoriedade. O tempo flui, não ‘marcha’ mais” (p. 88).

⁵ A teoria do Direito Internacional Público reflete há muito estas questões e dificuldades. Sobre o tema, entre muitos autores, ARAÚJO (1995, p. 11-6), e NASCIMENTO E SILVA; ACCIOLY (2000, p. 16-8) abordam a fundamental dificuldade incrustada no âmago próprio do Direito Internacional, qual seja, *ab ovo* que haja “carência de qualquer órgão legislativo internacional que estabeleça os direitos e obrigações dos diversos Estados” (ARAÚJO, 1995, p. 13) ou, que entre voluntaristas e positivistas, a obrigatoriedade do Direito Internacional Público decorre da vontade dos próprios Estados” ou, que esta “obrigatoriedade é baseada em razões objetivas, isto é, acima da vontade dos Estados” (NASCIMENTO E SILVA & ACCIOLY, p. 16). Em qualquer hipótese, trata-se de uma discussão teórica marcada pelo desânimo em relação às suas condições efetivas de aplicação, especialmente depois do desastre iraquiano, como bem salienta José Manuel Pina DELGADO, *As Guerras Iraquianas e o Direito Internacional*, In: *Direito das Relações Internacionais*, p. 472-521. Quase que em desalento vai concluir o autor que “as chamadas intervenções pró-democráticas, na sua dimensão ativa, isto é, quando com elas se pretende uma mudança de regime e a imposição da democracia, por oposição às passivas, nas

quais o objetivo é proteger uma democracia de uma mudança de regime pela força das armas, não têm respaldo no Direito Internacional contemporâneo” (p. 510 e ss). Ou seja, aos Estados Unidos e sequazes países, nas ações militares empreendidas, pouco importou o Direito Internacional. O mesmo ocorre em relação ao problema ambiental.

⁶ Quando um tratado não é denominado de *soft law*, ele é chamado de *hard law*. Os tratados *hard law* acabam por ter uma “roupagem” jurídica vinculante, pois quando descumpridos por qualquer um de seus signatários a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é quem normatiza essa situação. Um tratado *hard law* possui trâmite totalmente diferenciado. Diante disso, quando o caso deste tratado passa a vigorar no país, muitas vezes ele pode conflitar com suas normas jurídicas. A doutrina não é unânime quanto ao que fazer nessas situações; existe a corrente monista e a corrente dualista. Na corrente monista, apenas uma ordem jurídica deve prevalecer. Por isso mesmo, essa corrente dividiu-se em: a) corrente monista com primado no direito interno, em que o direito interno prevalece em relação ao tratado internacional. Defende-se a primazia do direito nacional e de sua soberania frente ao direito internacional, além de que as normas advindas de tratados internacionais adquiriam caráter de normas infraconstitucionais e abaixo da Constituição Federal; b) corrente monista com primado no direito internacional: aqui se defende que o tratado internacional é hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais, adquirindo assim uma hierarquia parecida com as emendas constitucionais, e se sobrepõe ao direito interno. Por fim, a corrente dualista defende que não há conflito entre as normas de direito internacional e de direito interno. Isso porque, como elas advêm de dois sistemas jurídicos diferentes, não há como se falar em conflito. Para os doutrinadores defensores dessa teoria, se existe algum conflito não é entre a norma do direito internacional e a de direito interno, mas sim entre as normas nacionais (SANTOS DE OLIVEIRA, 2007; OLIVEIRA SOARES, 2012).

Referências

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. 210 p.

BONAZINA, Maria Cristina Rath et al. *O repensar da relação homem-natureza, a partir da ecopsicologia: uma contribuição para a ergonomia*. Disponível em: <www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP1997_T2511.PDF>. Acesso em: 05 jan. 2014.

BRASIL PINTO, Antônio Carlos. *Turismo e meio ambiente: aspectos jurídicos*. 7. ed. São Paulo, Papirus, 2004. 192 p.

BREDARIOL, Celso Simões. *Conflito ambiental e negociação para uma política local de meio ambiente*. 2001. 276 f. Programa de Planejamento Energético (Tese) – UFRJ, Rio de Janeiro, 2001.

DELGADO, José Manuel Pina. As Guerras Iraquianas e o Direito Internacional. In: STELZER & GONÇALVES (orgs). *Direito das relações internacionais*, Ijuí: Editora Unijuí, 2006, pp. 472-521.

FARIAS, Talden Queiroz. Evolução histórica da legislação ambiental. In: *Âmbito jurídico*, Rio Grande, X, n. 39, mar. 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3845>. Acesso em 05 set. 2013.

FONSECA, Fúlvio. Eduardo. *Notas e reflexões sobre a jurisprudência internacional em matéria ambiental: participação de indivíduos e organizações não governamentais*. Ambiente e Sociedade (Campinas), v. 13, p. 243-259, 2010. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v13n2/v13n2a03.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2012.

GRANZIERA, M. L. *Direito ambiental internacional*. Conservação dos espaços e da biodiversidade. Convenção Ramsar. São Paulo, 2009

GUATARRI, Félix. *As três ecologias*. 11. ed. São Paulo: Papirus, 2001.

MENEGUZZO, I. S. ; CHAICOUSKI, A. *Reflexões acerca dos conceitos de degradação ambiental, impacto ambiental e conservação da natureza*. Geografia (Londrina), v. 19, p. 181-185, 2010.

NASCIMENTO E SILVA, G. E. do & ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito ambiental internacional: a soft law e a normatização do direito ambiental internacional*. Ijuí: Editora Unijuí, 2007.

SANTOS DE OLIVEIRA, Rafael. *A evolução da proteção internacional do meio ambiente e o papel da "soft law"*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17154/a-evolucao-da-protecao-internacional-do-meio-ambiente-e-o-papel-da-soft-law#ixzz2DHPeC864>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

SEIFFERT, Nelson Frederico. *Política ambiental local*. Santa Catarina: Insular, 2008. 320 p.

TOMÉ SILVA, Carlos Henrique Rubens. Estocolmo'72, Rio de Janeiro'92 e Joanesburgo'02: as três grandes conferências ambientais internacionais. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/conleg/Boletim_do_Legislativo/Boletim_n.6_Carlos_Henrique_R.Tome_Silva.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2012.

VIEIRA, Hailton. *Soft Law – Instrumentos “quase-legais”*. Disponível em: < <http://www.caiunoconcurso.com/2009/11/soft-law.html>>. Acesso em: 05 set. 2012.

A SISTEMÁTICA DOS PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ALGUMAS OBSERVAÇÕES INICIAIS A RESPEITO DOS LIMITES ARGUMENTATIVOS DA FUNDAMENTAÇÃO

MAIRA PORTES*

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná

EXCERTOS

“Ao se exigir a contextualização do ato normativo que é citado, abre-se a possibilidade de conhecer, com maior grau de certeza, o posicionamento do julgador sobre o assunto”

“É necessário que o julgador, ao fundamentar sua decisão, aprofunde-se um pouco mais na argumentação das partes, tendo em vista que mesmo os argumentos capazes, em teoria, de infirmar sua conclusão devem ser enfrentados”

“O precedente judicial é uma decisão judicial que resolve determinadas questões de direito, desenvolvendo soluções para além do texto legal codificado, estabelecendo normas que devem ser aplicadas nos casos que se enquadrarem nos moldes do caso paradigma, inclusive no que diz respeito à semelhança entre os fatos”

“Caberia ao próprio STJ fixar interpretação no sentido da preferência do precedente sobre a decisão ou acórdão não identificado como paradigma, de maneira a reduzir a imprecisão do texto legal e evitar interpretações absurdas e prejudiciais ao jurisdicionado”

“Tanto na dimensão teórica quanto na dimensão prática, o precedente judicial constitui elemento do raciocínio jurídico, porque é ferramenta utilizada pelos julgadores no processo de tomada de decisão”

“O precedente judicial decorre de uma justificativa institucional: a autoridade conferida institucionalmente para que o precedente seja utilizado como elemento de limitação e coordenação da decisão judicial em face do sistema jurídico vigente”

*** Outras qualificações da autora**

Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Técnica Judiciária do Primeiro Grau de Jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

1. Introdução

Após aproximadamente três anos de tramitação, inclusive com a realização de audiências públicas em diversos lugares do país, o processo de elaboração de um novo Código de Processo Civil encaminha-se para o seu desfecho, com a aprovação do texto definitivo pela Câmara dos Deputados em 9 de outubro de 2013. Dentre as inovações propostas, está a inclusão de um regramento mínimo para o manejo dos precedentes judiciais, previsto em capítulo próprio (capítulo XV), além da previsão de critérios suplementares para a configuração da fundamentação da sentença (art. 499).

Tais inovações seguem a linha já conhecida dos estudiosos do processo civil de aproximação das famílias de *civil law* e *common law*, iniciada com a promulgação de leis referentes à racionalização do processamento e julgamento dos recursos, conferindo maior relevância ao direito que é produzido dentro dos tribunais. Porém, desta vez a ampliação da atuação judicante vem acompanhada de uma série de limites argumentativos, inédita no direito processual civil brasileiro nessa amplitude e profundidade, a qual visa adaptar o protagonismo dos tribunais à sistemática da tradição civilista da qual o Brasil é adepto por herança portuguesa.

Com os olhos voltados para esse contexto, a proposta deste artigo é tecer algumas considerações iniciais a respeito das mudanças propostas, com a breve análise do texto dos artigos 499, 520 e 521 até o inciso IV da proposta da nova lei processual. O objetivo aqui é identificar o estado da arte da teoria de precedentes no direito brasileiro no que diz respeito aos limites da fundamentação das decisões judiciais, uma vez que, sendo o precedente judicial o veículo da norma criada pelo juiz no caso concreto, na figura da sua *ratio decidendi*, as regras de limitação argumentativa dispostas na nova lei representam o caminho para aferição da adequação do precedente.

2. Art. 499 e a ampliação dos requisitos da sentença: delimitação do conceito de fundamentação por critérios de exclusão

Os requisitos da sentença, previstos no Código de Processo Civil de 1973 no artigo 458, são: relatório, fundamentação com análise das questões de fato e de direito, e dispositivo, os quais não foram modificados no texto do projeto do novo Código de Processo Civil (CPC).

A novidade, porém, está na inserção de três parágrafos, os quais têm o papel de preencher o conteúdo em aberto da norma inserta no inciso II, que diz respeito à fundamentação:

“§ 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.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”¹

Há muito tempo se discute a necessidade de estabelecer uma definição mínima do conceito de fundamentação, e, a princípio, esses parágrafos adicionais buscaram positivar alguns critérios que vêm sendo discutidos na doutrina.

Relativamente ao § 1º, observa-se a preocupação com a transparência da interpretação legal contida na sentença, no sentido de que seja possível às partes alcançar por meio de processos intelectivos as razões que levaram o juiz a decidir de determinada forma.

Muito embora essa transparência decorra da exigência ontológica de que a decisão judicial deve guardar uma coerência mínima com o sistema, como forma de realização do Estado Constitucional, a sua inserção em um texto de lei, mormente em um código, pode vir a

acelerar o processo de internalização de um regramento mínimo do exercício da argumentação por parte dos julgadores.

No inciso I, o legislador considera não fundamentada a sentença que se limitar a fazer a reprodução ou paráfrase de ato normativo, sem que haja explicação da relação do texto legal com a causa ou questão decidida. O hábito de realizar a citação isolada de artigos de lei para enfrentar determinadas questões deve ser analisado sob dois aspectos: de um lado, existem questões de baixa complexidade que podem ser enfrentadas com a mera citação de textos legais, principalmente quando estes são específicos e bem desenvolvidos; de outro lado, porém, a prática da mera citação de textos legais, mesmo para questões de baixa complexidade, ignora o fato de que o processo é discursivo, e, sendo assim, a existência de mais de uma interpretação do texto legal é uma constante. Ao se exigir a contextualização do ato normativo que é citado, abre-se a possibilidade de conhecer, com maior grau de certeza, o posicionamento do julgador sobre o assunto.

Há muito tempo se discute a necessidade de estabelecer uma definição mínima do conceito de fundamentação

O uso indiscriminado de conceitos jurídicos indeterminados é objeto de vedação do inciso II. O texto legal, aqui, é um pouco confuso ao aduzir a obrigação do juiz de “explicar o motivo de sua incidência no caso”, sendo que na hipótese de normas de conteúdo aberto e conceitos jurídicos indeterminados, a questão central é sempre a demonstração dos argumentos utilizados para preencher o conteúdo em aberto ou determinar-lhe o sentido dessas espécies normativas, o que abrange, também, a justificação do seu uso no caso concreto. O conceito jurídico é indeterminado até que o intérprete lhe confira sentido e significado, e são esses argumentos que devem estar expostos na decisão, de maneira que a parte possa identificá-los e deles recorrer se quiser.

O inciso III fala da impossibilidade do juiz “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, o que se refere ao apelo a espécies argumentativas execráveis no ambiente judicante, tais como o argumento de autoridade, o apelo ao absurdo, a tautologia, entre outras.

Observa-se, portanto, que as normas contidas nos incisos I, II e III dizem respeito a práticas argumentativas que mantêm na obscuridade os fundamentos reais da decisão, inviabilizando o direito de recurso das partes.

Em relação ao inciso IV, se na disciplina do atual Código de Processo Civil é, em tese, possível ater-se ao princípio do livre convencimento motivado para justificar a fundamentação parcial (ou às vezes até mesmo incorreta, sob o ponto de vista de sua constitucionalidade e legalidade) das decisões judiciais, diante da nova regra é necessário que o julgador, ao fundamentar sua decisão, aprofunde-se um pouco mais na argumentação das partes, tendo em vista que mesmo os argumentos capazes, em teoria, de infirmar sua conclusão devem ser enfrentados.

Os incisos V e VI referem-se à aplicação do direito judicial nas figuras da jurisprudência, enunciado de súmula e precedente, o que requer, inicialmente, a diferenciação dessas três modalidades. A

A reafirmação de princípios constitucionais na lei codificada não é exatamente uma novidade no direito brasileiro

jurisprudência é o conjunto das decisões de um determinado órgão julgador a respeito de determinado assunto. Já o enunciado de súmula é um resumo, geralmente em uma frase, do conteúdo da jurisprudência dominante a respeito de certo assunto, de maneira a facilitar a localização e a aplicação desses entendimentos. O precedente judicial, por sua vez, é uma decisão judicial que resolve determinadas questões de direito, desenvolvendo soluções para além do texto legal codificado, estabelecendo normas que devem ser aplicadas nos casos que se enquadrarem nos moldes do caso paradigma, inclusive no que diz respeito à semelhança entre os fatos².

Nesse contexto, o inciso V veda a aplicação de súmula ou precedente sem que se faça a devida análise prévia da similitude entre os fundamentos determinantes da decisão que gerou o precedente ou súmula e o caso que está sendo julgado. O legislador, aqui, aponta a necessidade do emprego da analogia como modalidade de raciocínio própria para o manejo dos precedentes.

Já o inciso VI traz a necessidade de o julgador justificar sua decisão de não aplicar a norma contida em determinado precedente, súmula ou jurisprudência dominante em caso que se tenha identificado semelhança, em referência explícita ao método utilizado pelos países de *common law* para afastar a aplicação de precedentes, o *distinguish*.

3. Art. 520: uniformização de jurisprudência e precedente judicial na sistemática do novo CPC

Merece especial atenção o *caput* do artigo 520, que traz o seguinte texto:

Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

O destaque do presente artigo está em trazer para o corpo do Código de Processo Civil os termos integridade e coerência, ao lado da já conhecida estabilidade. A inserção desses conceitos representa um incremento na organização e racionalização das decisões judiciais, uma vez que a estabilidade requer, em princípio, a simples repetição do que já foi decidido em casos semelhantes, enquanto a integridade e a coerência exigem do órgão julgador que este conheça seus precedentes e sua jurisprudência e faça o controle dos casos em que a norma estabelecida na jurisprudência (ou precedente) deve permanecer, e daqueles em que ela deve ser revogada, superada ou afastada.

4. Precedente e argumentação jurídica: ferramentas para a efetividade dos princípios constitucionais do artigo 521

Uma das grandes questões relativas à promulgação do Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002) foi a inserção de princípios na disciplina do direito privado brasileiro – tais como o princípio da boa-fé e da função social da propriedade –, cujo principal objetivo era reafirmar a necessidade de utilização desses princípios constitucionalmente estabelecidos como norte das relações privadas.

Observa-se, portanto, que a reafirmação de princípios constitucionais na lei codificada não é exatamente uma novidade no direito brasileiro, e novamente observa-se que o legislador fez uso da técnica na elaboração do texto do novo CPC, conforme se observa do conteúdo do artigo 521:

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;

b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional;

§ 1º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I – por meio do procedimento previsto na Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;

II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput.

§ 2º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.

§ 3º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 4º O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente

formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.

§ 5º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.

§ 6º A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 7º O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

§ 8º Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos:

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

§ 9º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

§ 10. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

§ 11. O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1º, na formação e aplicação do precedente judicial.

O *caput* do artigo traz a necessidade de se dar efetividade aos princípios da legalidade, segurança jurídica, duração razoável do processo, proteção da confiança e isonomia, enumerando em seus incisos e parágrafos uma série de atitudes e posicionamentos a serem tomados pelos juízes e tribunais nessa empreitada.

Nos primeiros dois incisos há certa imprecisão quando o legislador aduz que os juízes e tribunais deverão seguir as “decisões e precedentes” do STF em controle concentrado de constitucionalidade e os “acórdãos e precedentes” nos casos de incidente de assunção de

competência ou julgamento de demandas repetitivas. Isso porque, muito embora todo precedente seja uma decisão judicial, nem toda decisão judicial é um precedente, como ensina MARINONI:

“Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.

De modo que, se todo precedente é uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca da matéria de direito – ou, nos termos do common law, de um point of law –, e não de matéria de fato. A maioria das decisões diz respeito a questões de fato. Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal.”³

Muito embora seja compreensível o intuito do legislador de vincular o juiz ou o tribunal às decisões das cortes superiores, mesmo que estas ainda não tenham sido firmadas como precedente, observa-se uma perigosa brecha neste trecho da lei, uma vez que se abre a possibilidade de que, havendo precedente que traga a interpretação a respeito de determinada questão de direito, o órgão julgador sintasse livre para adotar decisão ou acórdão em sentido contrário ao que foi consolidado no precedente, o que representa séria inconsistência sistêmica.

Caberia, assim, ao próprio STJ fixar interpretação no sentido da preferência do precedente sobre a decisão ou acórdão não identificado como paradigma, de maneira a reduzir a imprecisão do texto legal e evitar interpretações absurdas e prejudiciais ao jurisdicionado.

O inciso III não traz nenhuma novidade, a não ser transformar em artigo expresso de lei a prática de aplicação dos enunciados de súmula da jurisprudência dominante.

Já o inciso IV fala da necessidade de seguir as decisões do plenário do STF em caso de controle difuso de constitucionalidade, o que significa um acréscimo de credibilidade a esse sistema, na medida em que a estabilidade das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, não importa se concentrado ou difuso, é prerrogativa de realização do princípio da força normativa da Constituição.

A parte do artigo compreendida a partir do § 1º diz respeito à instrumentalização da revogação dos precedentes e da distinção entre casos para afastar sua aplicação, os chamados *overruling* e *distinguish*, desenvolvidos no âmbito dos países de *common law*. Diante da complexidade do tema, optou-se por deixar a análise dessa parte do artigo para outro ensaio, a fim de não comprometer a atenção do leitor.

5. Considerações finais

TARUFFO sinaliza que a questão do precedente judicial pode ser tratada em suas dimensões teórica e prática. A dimensão teórica do precedente judicial diz respeito ao seu papel no âmbito da argumentação jurídica, como fator condicionante do raciocínio judicial, na medida em que representa um limite ao processo de interpretação e aplicação do direito, sendo irrelevante para essa forma de abordagem se o precedente é ou não fonte do direito. Já o significado prático do precedente judicial como fenômeno jurídico refere-se ao seu uso, pelo julgador, como “instrumento de trabalho”, ou seja, como elemento de autoridade para fundamentar a decisão judicial⁴.

Tanto na dimensão teórica quanto na dimensão prática, o precedente judicial constitui elemento do raciocínio jurídico, porque é ferramenta utilizada pelos julgadores no processo de tomada de decisão⁵. O que separa as duas formas de abordagem é a questão do fundamento da vinculação do julgador ao que foi decidido anteriormente: se em uma dimensão teórica esta vinculação é embasada no fato de que o direito deve obedecer a critérios mínimos de racionalidade para ter legitimidade, e aqui se fala em legitimidade discursiva⁶, na esteira dos ensinamentos das teorias da argumentação jurídica desenvolvidas em meados do século XX. Já na dimensão prática, a obrigatoriedade em se respeitar o precedente judicial decorre de uma justificativa institucional: a autoridade conferida institucionalmente para que o precedente seja utilizado como elemento de limitação e coordenação da decisão judicial em face do sistema jurídico vigente.

Infere-se das mudanças trazidas pelo projeto do novo Código de Processo Civil o esforço do legislador em tornar mais claras algumas regras de argumentação que já deveriam ser parte do acervo intelectual do julgador, bem como delimitar a forma pela qual devem

ser aplicadas. As críticas à “commonlawlização” do direito brasileiro ignoram terminantemente o fato de que a fidelidade inabalável aos dogmas da tradição civilista, em especial ao dogma da lei como fonte única e suficiente do direito, é incompatível com a complexidade que a realidade forense apresenta, sendo que a implementação de técnicas de manejo do precedente judicial constitui inestimável apoio à inserção de uma pluralidade de fontes propriamente dita. Isso porque também não é desejável que se invista o julgador da atribuição de construir uma norma que irá exasperar o caso concreto sem que lhe seja imposto limites mínimos, inclusive, como se observa na lei comentada, limites argumentativos.

Por uma imprecisão necessária e insuperável do sistema jurídico, o controle do cumprimento dos critérios estabelecidos pela Constituição e reafirmados pela nova lei cabe ao próprio Poder Judiciário na figura de seus membros e órgãos julgadores. Nem poderia ser diferente, sob pena de desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos e violação ao princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea da Constituição republicana. Há que se ponderar, contudo, que o controle do ato por aquele que deve cumpri-lo, como já bem aduziu Kelsen ao tratar do controle de constitucionalidade das leis feito pelo Poder Legislativo⁷, nunca é algo inteiramente seguro, e nesse caso espera-se que o cumprimento dos critérios mínimos de fundamentação e o aperfeiçoamento do processo interpretativo torne-se um imperativo entre os membros dos órgãos judicantes, em especial entre os membros das cortes superiores do país, na roupagem do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Notas

¹ Novo Código de Processo Civil: versão Câmara dos Deputados de 09/10/2013. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 100.

² MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 164-6.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 164-5.

⁴ TARUFFO, Michelle. *Precedente y Jurisprudencia...*, p. 86.

⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent...*, p. 1.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 30.

⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 234.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: versão Câmara dos Deputados de 09/10/2013. Salvador: JusPodivm, 2013.

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO E O DIREITO À SAÚDE

BRUNO HENRIQUE GOLON*

Juiz de Direito

ROSANGELA MARA SARTORI BORGES**

Docente da Universidade Norte do Paraná – Unopar

RESUMO

Busca-se analisar a responsabilidade civil do Estado, sob um prisma objetivo, relativamente às omissões e os danos decorrentes da violação do direito à saúde. Faz-se comparativo breve sobre a evolução da responsabilidade civil do Estado, discorrendo sobre cada período até a atualidade. Ainda, frisam-se os elementos necessários para a caracterização do dever de indenizar do Estado, tanto em se tratando de responsabilidade subjetiva quanto objetiva. Apontam-se os posicionamentos dos tribunais superiores, com breve caráter cronológico, verificando-se uma propensão à aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva para os casos analisados.

ABSTRACT

OBJECTIVE LIABILITY OF THE STATE AND THE RIGHT TO HEALTH

This article aims to analyze the liability of the State, from an objective perspective, in respect to the omissions and damages arising from any breach of the right to health. We intend to make a brief comparison about the evolution of the liability of the State, approaching each period until the present day. We will also stress the elements needed to characterize the obligation of the State to indemnify, be it subjective or objective liability, as well as point out the position of the superior courts from a chronological point of view, which indicated a tendency for the implementation of the objective liability theory to the approached cases.

* Outra qualificação do autor

Pós-Graduando em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

* Outras qualificações da autora

Professora convidada pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Didática do Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná – Unopar. Mestre em Direito do Estado pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – Fundinop.

1. Introdução

A responsabilidade civil do Estado é crucial, notadamente no que tange aos atos omissivos, pois nesta seara é que se desenvolvem duas teses doutrinárias e jurisprudenciais diametralmente diversas, a saber: objetiva e subjetiva.

É evidente a relevância do tema, já que em se tratando de responsabilidade subjetiva, a qual, inclusive, é regra imposta pelo Código Civil, é imprescindível a caracterização do elemento culpa para a configuração do dever de indenizar, ao passo que se prescinde da culpa para fins de responsabilização objetiva.

A culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. Importantes trabalhos vieram, então, à luz na Itália, na Bélgica e, principalmente, na França sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos (CAVALIERI FILHO, 2007. p. 16).

A doutrina sempre buscou diferenciar a responsabilidade do Estado tendo por base sua ação ou omissão, no seguinte sentido: àquela decorrente de ato comissivo seria aplicável a responsabilidade objetiva, ao passo que, em se tratando de ato omissivo, incidiria a responsabilidade subjetiva.

Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço (RE 382054, julgado em 03/08/2004).

Esta celeuma é apresentada em face do direito constitucional à saúde, cuja proteção está no vértice do todo o ordenamento jurídico, qual seja, a Constituição Federal.

2. Responsabilidade civil

Para a conceituação de responsabilidade civil, conforme ensinamentos do professor Sérgio Cavalieri Filho (2006), devem-se considerar os seguintes elementos: a) dever jurídico de certa conduta; b) violação àquele dever jurídico; c) ocorrência de ato ilícito; d) dano. Assim, tem-se que responsabilidade civil é o dever jurídico imputado a alguém de reparar o dano causado em razão de um ato ilícito, desde que haja dano indenizável.

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2006. p. 23).

Ademais, a conceituação do tema decorre da própria leitura do artigo 927 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Outrossim, nos dizeres de Youssef Said Cahali, “entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades” (2007. p. 13).

2.1. Breves comentários sobre as espécies de responsabilidade civil

A teoria da responsabilidade civil é dicotômica, dividindo-se as modalidades de responsabilidade em subjetiva e objetiva.

2.1.1. Responsabilidade civil subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva é aquela fundada na culpa do causador do dano, como pressuposto necessário à sua responsabilização (teoria da culpa): “O Código Civil de 2002, em seu art. 186, manteve a culpa, como fundamento da responsabilidade subjetiva” (CAVALIERI FILHO, 2006. p. 23).

Isto se subsume à regra geral adotada pelo legislador civil, conforme afere-se da leitura do artigo 186 do Código Civil, *in litteris*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

É evidente que a ação ou omissão para os casos de responsabilidade civil subjetiva é aquela decorrente de ato doloso ou culposo, eis que, da análise sistemática dos artigos 186 e 927 do diploma civil, pode-se concluir que a ação ou omissão voluntária, a negligência ou a imprudência é que caracterizam o ato ilícito. Neste diapasão, Carlos Roberto Gonçalves leciona que “todos concordam que o artigo 186 do CC cogita o dolo logo no início: ‘ação ou omissão voluntária’, passando, em seguida, a referir-se à culpa: ‘negligência ou imprudência’” (2006. p. 33).

É de se registrar, pois, que a culpa se exterioriza nas seguintes modalidades: negligência, imprudência e imperícia. Vale conceituar, neste ponto, ainda que de modo breve, cada uma das modalidades acima elencadas.

A imprudência é a falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. A negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. A imperícia, por sua vez, decorre da falta de habilidade no exercício de uma atividade técnica (CAVALIERI FILHO, 2006. p. 36-7).

Portanto, nesta qualidade de responsabilidade civil, a vítima do evento danoso só logrará êxito em tornar-se indene quando comprovar a culpa do causador do ato ilícito, em qualquer de suas modalidades.

2.1.2. Responsabilidade civil objetiva

Giro outro, a responsabilidade civil objetiva é aquela em que o agente causador está obrigado a indenizar independentemente da existência de culpa, bastando, para tanto, a existência de ato ilícito, o dano e o nexo de causa e efeito entre eles. Sobre o tema: “Importantes trabalhos vieram sustentando uma responsabilidade objetiva, sem culpa, baseada na chamada teoria do risco, que acabou sendo também adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, 931” (CAVALIERI FILHO, 2006. p. 16).

Vale ressaltar, ainda, que a desnecessidade de prova da culpa pode ocorrer em duas hipóteses. A primeira em razão da atividade promovida pelo causador do dano, em razão da teoria do risco administrativo.

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil

objetiva do poder público pelos danos a que os agentes públicos, por ação ou por omissão, houverem dado causa (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 232). Tal teoria está substanciada no fato de que o sujeito que obtém proveitos de uma atividade econômica tem o dever de indenizar eventuais danos causados.

A segunda, porque a lei presume a sua culpa (artigo 936 do Código Civil), bastando, assim, a prova do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano. Nesta última hipótese ocorre uma verdadeira inversão do ônus da prova, cabendo ao infrator a prova da inexistência de culpa. Esta modalidade de responsabilidade também é denominada de responsabilidade civil objetiva imprópria, justamente em razão da inversão do ônus da prova acima mencionado.

Confira-se: “Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Trata-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura” (GONÇALVES, 2006. p. 22).

2.2. Pressupostos necessários à caracterização do dever de indenizar

Como já indicado, no artigo 186 do Código Civil percebem-se três elementos necessários para a caracterização do dever de indenizar. São eles: a) ato ilícito; b) dano; c) nexo de causalidade entre o primeiro e segundo elementos.

Vejamos: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (Código Civil, artigo 186).

O ato ilícito pode decorrer de ato próprio, de terceiro (v.g. danos causados pelos filhos, artigo 932, do Código Civil) ou pela guarda de coisas ou animais (art. 936 do Código Civil).

Código Civil, art. 932: “São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou

estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.” Código Civil, art. 936: “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.”

Outrora, conforme já delineado, em casos de responsabilidade civil objetiva, é desnecessária a comprovação do dolo ou da culpa do agente.

Por sua vez, o nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano causado, razão pela qual somente se imputa dever de indenizar se o dano decorrer necessariamente de ato do agente.

O dano é pressuposto corolário de pedidos tais, já que sem a sua existência não há o que se indenizar, em razão da completa falta de objeto, configurando óbice à pretensão ressarcitória (AGOSTINHO Alvim. *In* Gonçalves, 2006. p. 34).

Ainda sobre este tema, tem-se que o dano é elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas; de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independentemente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva. (Stocco, 2004. p. 119).

Portanto, da identificação destes elementos, com a ressalva da desnecessidade de culpa nos casos de responsabilidade civil objetiva, é que nasce o dever do causador do dano de tornar indene sua vítima.

3. Responsabilidade civil do Estado

3.1. Considerações iniciais

Para a conceituação do dever de indenizar do Estado, bem como para a devida compreensão do instituto, é necessário percorrer, ainda que brevemente, as quatro fases históricas de sua responsabilização.

3.1.1. Teoria da irresponsabilidade

Vigente ao tempo do absolutismo, onde a máxima aplicável era a *“the King can do no wrong”*, não se admitia a responsabilidade

civil do Estado justamente em razão de sua soberania e do fato de não se coadunar que o organizador do direito fosse também seu violador.

No Estado despótico e absolutista vigorou o princípio da irresponsabilidade. A ideia de uma responsabilidade pecuniária da administração era considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços. Retratam muito bem essa época as tão conhecidas expressões: “O rei não erra”, “O Estado sou eu” (CAVALIERI FILHO, 2006. p. 23).

Ainda, neste mesmo sentido, não se concebia dentro da ideia política do absolutismo “a reparação dos danos causados pelo poder público, dado que não se admitia a constituição de direitos contra o Estado soberano que gozava de imunidade total” (CAHALI, 2007. p. 21).

Neste palmilhar, como se percebe do excerto acima, responsabilizar o Estado seria atentar contra sua própria existência, pois àquela época dava-se um sentido de soberania absoluta aos atos praticados por seu representante, de modo que qualquer ato que afrontasse essa soberania, no caso a tentativa de responsabilização civil, seria negar a existência do próprio Estado. Também, tal teoria decorria da insubordinação do Estado absolutista a qualquer tipo de controle, o que impossibilitava o questionamento de suas decisões.

3.1.2. Teoria da civilista ou da responsabilidade com culpa

Abarcada pelo fato de que “a teoria da irresponsabilidade era a própria negação do direito” (Cavaliere Filho, 2006), passou-se a admitir a submissão do Estado às leis e, via de consequência, à sua responsabilização civil.

No Estado despótico e absolutista vigorou o princípio da irresponsabilidade. Assim, visando afastar a insegurança decorrente da irresponsabilidade do Estado, passou-se a admitir sua responsabilização civil, esta, contudo, dividida em duas categorias, lastreadas na qualidade do ato praticado pela administração, conforme segue.

Os atos decorrentes do poder do império, quais sejam, aqueles oriundos no exercício de sua soberania, estavam incólumes a qualquer responsabilidade, justamente por se tratarem de exercício de um poder legítimo.

Todavia, em se tratando de atos praticados com fundamento no poder de gestão, ou seja, os facultativamente praticados pelo Estado, equiparava-o ao particular para fins de sua responsabilização, a qual seria reconhecida em caso de culpa de seus agentes.

Sobre o tema: “Tinha-se como certa duas classes de funções desempenhadas pelo Estado: as essenciais ou necessárias (...) e as facultativas (...). O Estado agindo em sua soberania, na qualidade de poder supremo, supra individual, os atos praticados nessa qualidade, atos *jure imperii*, restariam incólumes a qualquer julgamento (...).
A responsabilidade civil subjetiva é aquela fundada na culpa do causador do dano

Todavia, na prática de atos *jus gestionis*, o Estado equiparava-se ao particular, podendo ter sua responsabilidade civil reconhecida” (CAHALI, 2007. p. 22).
Vale lembrar que esta teoria acabou por obsoleta em razão de sua simplicidade e leviandade de conceitos. É que, conforme Washington de Barros Monteiro, só se pode tachar de arbitrária a distinção entre ato praticado *jure imperii* ou *jure gestionis*. Realizando um ou outro, o Estado é sempre o Estado. Mesmo quando pratica simples ato de gestão o poder público age, não como mero particular, mas para a consecução de seus fins. Portanto, não se pode dizer que o Estado é responsável quando pratica atos de gestão, e não o é quando realiza atos de império. Negar indenização neste ato é subtrair-se o poder público à sua função específica, qual seja, a tutela dos direito (in CAHALI, 2007, p. 23).

Visa-se, neste ponto, qualificar o Estado como uma entidade única, até porque, independentemente do ato por si praticado, sempre estará atuando como Estado na consecução de seus fins.

3.1.3. Teoria da responsabilidade sem culpa

Afastada a incidência das demais teorias, resta a teoria da responsabilidade sem culpa, como único viés de responsabilizar o Estado por seus atos, notadamente por sua condição de superioridade quando comparado com o seu povo. Visando resguardar o direito de ressarcimento pelos atos do Estado, surgiram três vertentes dentro desta corrente, que, nos dizeres de

Hely Lopes Meirelles, são: teoria da culpa administrativa, o risco administrativo e do risco integral (2005. p. 644).

A primeira relaciona-se sobre o binômio falta do serviço-culpa da administração. É de se destacar que a culpa perquirida não é a subjetiva, mas sim a que decorre da falta do serviço em si que causa um dano ao cidadão: “Leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da administração (...). Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da administração, a que convencionou-se chamar de culpa administrativa” (MEIRELES, 2005. p. 645).

A segunda corrente, denominada teoria do risco administrativo, autoriza a reparação do dano tão logo verificada a ocorrência de um dano causado por ato lesivo da administração pública. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do poder público (MEIRELES, 2005. p. 645).

Esta teoria baseia-se, como o próprio nome pretende, no risco criado em razão da própria atividade administrativa. Vale ressaltar que esta modalidade de culpa é a albergada pela República Federativa do Brasil (art. 37, § 6º, da CF). Advirta-se, ainda, que embora prescindida da comprovação de culpa, cabe ao Estado a prova da culpa exclusiva da vítima para excluir o seu dever de indenizar.

Este tema será tratado posteriormente.

Por fim, ainda, é de traçar, em linhas gerais, a teoria do risco integral, já que a administração pública estaria obrigada a indenizar em toda e qualquer oportunidade, inclusive em se tratando de culpa ou dolo da própria vítima.

3.2. Responsabilidade civil na Constituição Federal

Feitas estas considerações, cabe tratar da responsabilidade civil do Estado.

Para tanto, dispôs o legislador, no art. 37, § 6º, da CR: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros,

assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Nesta linha de raciocínio, ensina Hely Lopes Meirelles: “O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou-se assim, o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados” (2005. p. 649).

Da simples leitura do comando legal, percebe-se que a responsabilidade do Estado ou de quem o faça as vezes decorre dos atos praticados por seus agentes, independentemente da existência de dolo ou culpa. Aliando-se esta conjuntura com os pensamentos acima alinhavados, tem-se que a responsabilidade do Estado decorre da teoria do risco administrativa (espécie), que, por sua vez, está inserta na modalidade de responsabilidade civil sem culpa.

3.3. Responsabilidade civil por ação e omissão estatal

Embora não haja qualquer distinção da CF relativamente à natureza do ato praticado, a doutrina diverge quanto à aplicação da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, sugerindo uma dicotomia quando se fala em responsabilidade civil decorrente de ato comissivo ou omissivo.

Para alguns, a aplicação daquelas teorias diferencia-se. Veja-se: “Se o ato ilícito decorre de ato omissivo, a responsabilidade será subjetiva, já que fundada na culpa ou no dolo, bem porque se o Estado não agiu, não pode ser penalizado. É que nos casos de omissão, o Estado deixa de atuar, não sendo, portanto, o causador do dano, pelo que só estaria obrigado a indenizar os prejuízos resultantes dos eventos que teria o dever de impedir” (MELLO, 2007. p.871-2).

“É mister acentuar que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço (...) não é, de moldo algum, modalidade de responsabilidade objetiva (...). É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo)” (MELLO, 2007. p. 967).

Todavia, se originária de ato comissivo, a responsabilidade será objetiva, porque decorrente de atividade estatal embasada

na teoria do risco administrativo, encartado no próprio texto constitucional (art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Outrora, para outra parcela da doutrina, valendo citar, por exemplo, Gustavo Tepedino e Odete Medauar, ainda que o ato decorra de omissão do Estado, sua responsabilidade será objetiva. É que não há qualquer razão para aplicação de teoria diversa desta, já que desde a concepção da teoria do risco administrativo, que instituiu a teoria da responsabilidade civil objetiva do poder público, o ente público é responsabilizado pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, por meio de ação ou omissão.

Esta é a exegese do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal (CF), que, aliás, não traz qualquer distinção quanto à qualidade do dano experimentado (se decorrente de ato omissivo ou comissivo).

Vale ressaltar que a doutrina moderna se inclina para este mesmo sentido, ou seja, de responsabilização objetiva do Estado, ainda que se enquadre em hipótese de responsabilidade civil fundada em ato omissivo do poder público.

É o que demonstra Odete Medauar: “Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha na administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexa causal ou nexa de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento de dano, o questionamento do dolo ou culpa do agente, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da administração. Demonstrado o nexa de causalidade, o Estado deve ressarcir” (Medauar, 2005, p. 435).

Ademais, “não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte” (TEPEDINO *In* FREITAS, 2006, p. 49) Neste talante, é importante lembrar a lição do des. Sérgio Cavalieri Filho, que diferencia casos de omissão específica e genérica.

“A omissão específica é aquela em que há participação do Estado, um não agir diante de um dever legal, para a ocorrência do ato ilícito. Giro outro, na omissão genérica não há qualquer participação do Estado. Exemplificando: Haverá omissão

específica quando o Estado, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já há omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 231).

“Nestes termos, ainda, vale frisar que o princípio da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado pelas condutas omissas ou comissivas causadoras de lesão antijurídica apresenta-se como um dos pilares do Estado Democrático, sobretudo pelos riscos inerentes à atuação estatal. Trata-se de proteção que se impõe independentemente de culpa ou dolo do agente causador do dano. Nasce da superação da ideia do Estado como etérea encarnação da vontade geral infalível. A par disso, a consagração, entre nós, da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais é um dos argumentos mais robustos contra a teoria segundo a qual não poderia o Estado ser objetivamente responsabilizado por omissões. Com efeito, os requisitos da responsabilidade estatal objetiva compõem grandes traços, uma tríade: a existência de dano material ou imaterial, juridicamente injusto e desproporcional, o nexo causal direto e, finalmente, a conduta omissiva ou comissiva do agente da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadores de serviço público, nessa qualidade” (Mendonça *In* PINTO, 2008, p. 172).

Parece acertada esta doutrina, já que defender a responsabilização do Estado em todo e qualquer caso de omissão (omissão genérica) seria dar aplicabilidade à teoria do risco integral, repudiado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A ação ou omissão para os casos de responsabilidade civil subjetiva é aquela decorrente de ato doloso ou culposos

3.4. O direito à saúde e a responsabilidade objetiva do Estado

O direito à saúde está encartado no art. 196 da CRFB, que dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Da simples leitura do texto constitucional, percebe-se que a saúde é direito de todos e dever do Estado, assegurado mediante aplicação de políticas públicas.

Não obstante isto, o art. 6º da carta magna inclui no rol dos direitos sociais o direito à saúde, o que importa dizer que o direito à saúde foi incluso no rol dos direitos fundamentais, já que aquela disposição legal está inserida no título II, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, possuindo, portanto, *ex vi* do art. 5º, § 1º, daquele diploma, aplicabilidade imediata e independente de edição de qualquer ato normativo.

Assim, destaque-se a importância dada pelo constituinte ao direito à saúde, a qual o Supremo Tribunal Federal vem corroborando.

É óbvio que, em razão do escopo deste trabalho, não se pretende aqui discutir toda a celeuma gerada em torno do direito à saúde pela doutrina, envolvendo teses quanto ao mínimo existencial, proibição de excesso, proibição de proteção insuficiente e o direito subjetivo à saúde.

Sobre a problemática, vale destacar a decisão do AgR-RE 271.286-8/RS, que reconheceu o direito à saúde como sendo um direito público subjetivo garantido às pessoas – o que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional – cuja essencialidade fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde.

Confira-se:

“Paciente Com HIV/Aids – Pessoa Destituída de Recursos Financeiros – Direito à Vida e à Saúde – Fornecimento Gratuito de Medicamentos – Dever Constitucional do Poder Público (Cf, Arts. 5º, *caput*, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de Agravo Improvido. O Direito à Saúde Representa Consequência Constitucional Indissociável do Direito à VIDA – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria CR (art.

196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o poder público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF” (STF, RE 271286, 12/09/2000).

A responsabilidade civil objetiva é aquela em que o agente causador está obrigado a indenizar independentemente da existência de culpa

Ainda, vale menção ao voto do então presidente Gilmar Mendes, ao motivar o agravo regimental interposto na suspensão

de tutela antecipada de n. 175, o qual destacou que: a) o alto custo do medicamento não é obstáculo ao seu fornecimento; b) a decisão obrigando o fornecimento de medicamentos não implica em efeito multiplicador, já que em questões tais a análise deve se dar de forma concreta ao caso apresentado; c) a grave lesão não é no erário público, mas sim no cidadão que suporta doença grave.

Disto, percebe-se a natureza peculiar e especialmente protegida do direito à saúde.

A responsabilidade civil objetiva do Estado decorre não só da inexistência de qualquer distinção legal sobre a responsabilidade objetiva e subjetiva, mas também da especial proteção do direito à saúde.

Nesta toada, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. – A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o ‘eventus damni’ ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. (STF, RE 495740, 15/04/2008). Para tanto, devem ser considerados como elementos da responsabilidade civil do Estado: (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o ‘eventus damni’ e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.”

3.5. O posicionamento dos tribunais superiores

A finalidade deste item é apresentar, ainda que de modo breve, o posicionamento das cortes superiores, notadamente o STJ e o STF, quanto à responsabilização civil do Estado nos casos omissivos.

3.5.1. O Superior Tribunal de Justiça

Embora a questão, por se tratar de tema constitucional, seja de competência ulterior do STF, não se pode furtar das decisões exaradas pelo STJ sobre este tema.

Este sodalício está dando preferência, atualmente, à aplicação da teoria subjetiva, nos casos de omissão. Em julgado exarado no REsp 721.439, pela Segunda Turma, cuja relatoria pertenceu à ministra Eliana Calmon, optou-se pela incidência da teoria subjetiva, sob a argumentação de que a ausência de serviço, o não agir, a omissão, só pode ser imputada ao Estado se comprovada sua culpa ante a falha na prestação de serviço.

Confira-se a ementa:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATO OMISSIVO? QUEDA DE ENTULHOS EM RESIDÊNCIA LOCALIZADA À MARGEM DE RODOVIA. 1. A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-se o dever de indenizar quando houver dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior, ou decorrer de culpa da vítima. 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, prevalece, na jurisprudência, a teoria subjetiva do ato omissivo, só havendo indenização culpa do preposto. 4. Recurso especial improvido” (em 21.08.2007).

Do voto relativo a este ementário, extrai-se que, “se é verdade a afirmação, a consequência inarredável é de que, na responsabilidade estatal por omissão, a referência é sempre sobre o elemento subjetivo, dolo ou culpa, visto que só a inação estatal ilícita rende ensejo a indenização. Se o Estado não tem o dever de agir, sua inação é inteiramente inócua para efeito de responsabilidade.”

Neste mesmo sentido, é de se destacar os seguintes julgados: REsp 438.831/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, segunda turma, julgado em 27/06/2006, DJ 02/08/2006 p. 237; REsp 738.833 – RJ (2005/0050493-9), Rel. Min. Luiz Fux, DJ 08.08.2006; REsp 418713/SP, unânime, julgado 20/5/2003, DJ 8/9/2003 e REsp 148641/DF, rel. Min. Milton Luiz Pereira, unânime, julgado 21/6/2001, DJ 22/10/2001.

A contrário senso, aquela corte responsabilizou objetivamente o Estado, sob a pecha de que “a partir da CF/46, por força de construção doutrinária e jurisprudencial, rege-se o ordenamento jurídico brasileiro pela responsabilidade objetiva do Poder Público, adotando-se a teoria do risco administrativo (e não a teoria do risco integral), fundada na ideia de solidariedade social, ou seja, na justa repartição dos ônus decorrentes da prestação dos serviços públicos. Nesse campo, não se deve confundir responsabilidade civil objetiva com responsabilidade civil absoluta. Aquela, como se sabe, depende da presença dos seguintes elementos: a) dano; b) conduta administrativa; c) nexos causal, ou seja, relação imediata de causa e efeito” (STJ, REsp 963.353/PR, 20/08/2009).

Neste mesmo talante foi a decisão exarada em recurso especial de relatoria da ministra Eliana Calmon, *in verbis*:

“A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexos causal entre o dano e o comportamento do preposto. 2. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima. 3. Em se tratando de ato omissivo, embora esteja a doutrina dividida entre as correntes dos adeptos da responsabilidade objetiva e aqueles que adotam a responsabilidade subjetiva, prevalece na jurisprudência a teoria subjetiva do ato omissivo, de modo a só ser possível indenização quando houver culpa do preposto. 4. Falta no dever de vigilância em hospital psiquiátrico, com fuga e suicídio posterior do paciente. 5. Incidência de indenização por danos morais. 6. Recurso especial provido” (STJ, REsp 602102/RS, 21.02.2005).

Percebe-se da leitura dos votos acima que o fundamento motivador da responsabilização objetiva do Estado é a perquirição quanto ao dever de agir do Estado, denominada por Sérgio Cavalieri de omissão específica, já mencionada.

3.5.2. O Supremo Tribunal Federal

Em razão da relativamente recente publicação da CRFB, ater-se-á às decisões posteriores à sua edição, já que a grande celeuma quanto à aplicação destas duas teorias surgiu justamente após sua edição.

Tendo por base a pesquisa realizada por Helena Elias Pinto, no ano base de 2008, pode-se afirmar que em apenas 11 casos houve a adoção da responsabilidade subjetiva, quais sejam: RE 115766-6/SP; RE163147-3/SP; RE170014-9/SP; RE179147-1/SP; RE 184118-4/RS; RE 369820-6/RS; RE 372472-0/RN; RE 382054-1/RJ; AgR 489254-2/RS e AgR 512689-4/AC). E 15 em que se adotou a responsabilidade objetiva, que seguem: RE 130764-1/PR; RE 109615-2/RJ; AgR190772-0/RJ; RE 209137-5/RJ; RE 176564-0/SP; RE180602-8/SP; RE 188093-7/RS; RE 220999-7/PE; RE 136247-2/RJ; RE 215981-6/RJ; RE 283989-2/PR; RE 238453-6/SC; AgR 363999-4/RJ; RE 286444-7/RN; RE 313915-1/RN; RE 272839-0/MT.

Ressalte-se que seis dessas decisões foram de relatoria do então ministro Carlos Velloso, que não mais integra aquele Tribunal. Contrapondo-se a isto, tem-se cinco casos em que foi adotada a responsabilidade objetiva do Estado.

Pode-se concluir, por estes fatos, uma propensão à incidência da responsabilidade objetiva do Estado em casos omissivos, além da leve preponderância de sua aplicação (15 casos de responsabilidade objetiva contra 11 de responsabilidade subjetiva), o ministro Carlos Velloso, maior defensor da teoria subjetiva, não mais integra aquele Sodalício.

Não se olvide das decisões acima mencionadas, que decidiram pela responsabilidade objetiva do Estado em casos envolvendo o direito constitucional à saúde.

4. Conclusão

Após a discussão travada ao longo deste trabalho, onde foram apresentadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais da responsabilidade civil do Estado, pode-se concluir que há uma tendência, não só da doutrina, mas principalmente do Supremo Tribunal Federal, em dar preferência à responsabilidade civil objetiva do Estado, notadamente nos casos omissivos da saúde pública.

Não há, no art. 37, § 6º, da CF, qualquer distinção que possa ensejar a diferenciação da responsabilidade do Estado tomando por fundamento a qualidade do ato praticado. Se comissivo, a responsabilidade será objetiva; se omissivo, subjetiva.

Demais disso, a teoria do risco administrativo “consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do poder público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do poder público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público” (RE 109615/RJ 2.08.1996).

Outrossim, a peculiaridade e importância com que a Constituição da República trata o direito à saúde, como destacado pelo RE 495740, do STF, antes mencionado, autoriza a adoção da teoria da responsabilidade objetiva, até para se assegurar o justo ressarcimento de um dano causado a um direito fundamental e necessário à vida da vítima.

Referências

AGOSTINHO Alvim. Da inexecução, cit.,181, n. 143. In Gonçalves, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. 9. ed. 2ª tiragem.

ALONSO JR. Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Cavaliere Filho, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

FILHO, Sérgio Cavaliere. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 2ª tiragem.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, I/105, in CAHALI, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado. 3. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2007.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 430, item n. 17.3, 9. ed. 2005, RT. 24.

Mendonça, Fabiano. 2003, p. 184. In PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por omissão na jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por omissão na jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil. *Temas de Direito Civil*, cit., p.190 (nota de rodapé n. 22, *in fine*). In: FREITAS, Juarez. *A responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LIMITES DO PODER DE POLÍCIA

THIAGO BATISTA HERNANDES*

Advogado

MARÍLIA BEATRIZ CARVALHO LUCAS**

Advogada

RESUMO

A administração pública é fruto da divisão das funções estatais, que teve como objetivo executar os preceitos legais, zelar pelo interesse público, atender aos anseios da sociedade e regulamentar o exercício dos direitos. Para tanto, utilizou-se dos poderes administrativos ou instrumentais. Entre os poderes instrumentais, destaca-se o poder de polícia. Sua importância justifica-se pela interferência direta nos direitos individuais, sendo necessário estabelecer limites quanto ao seu uso. Assim, o presente trabalho tem por escopo a análise do poder de polícia e seu limite frente aos direitos fundamentais, aos princípios norteadores da atividade administrativa e a outros aspectos importantes.

*** Outra qualificação do autor**

Pós-graduando em nível de Especialização em Direito do Estado (Faculdades Integradas de Ourinhos-SP) e em Políticas e Gestão de Segurança Pública (Universidade Estácio de Sá).

**** Outra qualificação da autora**

Pós-graduanda em nível de Especialização em Direito do Estado (Faculdades Integradas de Ourinhos-SP).

1. Introdução

O advento do constitucionalismo rompeu com a ordem jurídica anterior trazendo limites ao poder estatal mediante a separação dos poderes. Organizou-se o Estado com a instituição dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Desta feita, o poder do Estado foi descentralizado de um só para três órgãos distintos, independentes e harmônicos entre si.

O objetivo do fracionamento foi otimizar a funcionalidade do poder de governo, ficando o Poder Legislativo responsável pela elaboração das leis, o Poder Judiciário pela resolução dos conflitos dizendo o direito e assegurando a realização da justiça e, por último, o Poder Executivo, responsável por exercer a atividade administrativa, que tem como fim imediato a execução das leis, visando à satisfação do interesse público e a proteção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

O poder executivo realiza sua missão através da expedição de atos que manifestam sua vontade. Tais atos são conhecidos pela doutrina administrativista como atos administrativos. O que se declara no ato é seu conteúdo. Então, o conteúdo é requisito substancial do ato.

Assim, para administração pública atender de forma eficiente ao interesse público, protegendo e regulamentando os direitos individuais, organizando a estrutura administrativa, fiscalizando e punindo desvios de condutas de seus agentes e as diversidades que possam surgir diariamente, necessário se faz a utilização dos poderes administrativos ou instrumentais, que são fundamentais para o exercício das tarefas e objetivos do Estado.

Os poderes administrativos são as prerrogativas que a ordem jurídica confere aos agentes da administração pública para que o Estado possa alcançar e cumprir seu *mister*. Entre estes poderes, o que mais diretamente interfere na vida dos cidadãos é o poder de polícia.

O poder de polícia, em suma, traz a ideia de que em determinados momentos o direito do indivíduo terá de sofrer restrições com vistas à proteção de um direito maior, mais abrangente, qual seja, o direito da coletividade. Entretanto, deve ser exercido com a obediência de limites para que nenhum direito ou interesse individual seja completamente mitigado em nome de um pretenso interesse público.

Logo, o presente trabalho utilizará o método lógico-dedutivo, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, abordando os limites do poder de polícia diante das garantias e direitos fundamentais, princípios norteadores da atividade administrativa, bem como do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

2. Lições básicas sobre a administração pública

A administração pública surgiu através da clássica teoria da tripartição ou separação dos poderes, que prega a descentralização do poder estatal de uma só pessoa ou instituição, dividindo-a em três órgãos distintos, independentes e harmônicos entre si. Desta maneira, seria assegurada a liberdade e os direitos do cidadão, como também a celeridade do Estado em concretizá-los. Na realidade, ao lermos repartição dos “poderes”, estamos falando na repartição de funções de um Estado.

A concepção de separação do poder estatal surgiu pela primeira vez na Grécia Antiga com a obra *Política* do filósofo grego Aristóteles. Mais tarde, o filósofo inglês John Locke apontou a necessidade da divisão política do Estado. Todavia, foi o filósofo francês Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, que em seu livro *Do Espírito das Leis* trouxe a difusão da importância da reformulação das instituições políticas do Estado e sua divisão em poderes.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, expressamente adotou essa teoria, *in verbis*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Com a divisão, cada poder recebeu uma função específica, ou seja, prerrogativas distintas, quais sejam: a legislação, a jurisdição e a administração.

Ao Poder Legislativo ficou a responsabilidade pela elaboração das leis e fiscalização; o Poder Judiciário ficou incumbido de solucionar os conflitos, pronunciar o direito e assegurar a realização da justiça; e, por fim, ao Poder Executivo restou exercer as atribuições de chefia do Estado, de governo e a atividade administrativa, que tem como fim imediato a execução das leis, visando à satisfação dos interesses públicos.

A função administrativa nada mais é do que um conjunto de poderes jurídicos estáveis e permanentes destinados à administração do Estado, objetivando a satisfação do interesse comum da coletividade e a aplicação da lei, mediante regime infralegal.

O Poder Executivo, a fim de desempenhar a função administrativa, necessita aparelhar de forma preordenada os seus órgãos, agentes e pessoas jurídicas detentoras das atribuições e prerrogativas administrativas. Essa organização denomina-se *administração pública*¹.

A administração pública utiliza-se dos poderes administrativos ou instrumentais, que são fundamentais para o exercício das tarefas e objetivos do Estado para atender de forma eficiente ao interesse público.

Os poderes são exercidos pela administração pública mediante seus agentes, que por sua vez exprimem a vontade administrativa através de atos, que são conhecidos pela doutrina administrativista como atos administrativos. Hely Lopes Meirelles² define ato administrativo como “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”. Em simples palavras, podemos conceituar os atos administrativos como a exteriorização da vontade da administração pública.

O poder de polícia se revela como uma das espécies de ato administrativo e, como tal, deve ser realizado visando ao bem comum de toda a sociedade.

Antes de trazer à colação o instituto do poder de polícia, é necessário conhecermos os atributos e elementos dos atos administrativos para nos proporcionar sustentáculo necessário para melhor compreensão da atividade de polícia administrativa.

Os atos administrativos, diferentemente dos atos praticados pelos particulares, possuem atributos especiais, ou seja, prerrogativas ímpares que permitem diferenciar os atos administrativos dos outros atos jurídicos. São atributos do ato administrativo: presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade.

A *presunção de legitimidade e veracidade* significa que os atos administrativos são considerados válidos até que se demonstre o contrário. Este atributo tem a finalidade de garantir a continuidade

da prestação dos serviços públicos, ou seja, os atos administrativos são tidos como verdadeiros até prova em contrário, possuindo presunção *iuris tantum*. Tal presunção deriva da própria natureza do ato administrativo, eis que é derivado de agente estatal e independe de lei expressa. Assim, a presunção de legitimidade é o atributo que autoriza a imediata execução do ato administrativo uma vez que se presumem verdadeiros os fatos alegados pela administração pública até prova em contrário.

A *imperatividade* é a imposição de maneira coercitiva do ato administrativo aos seus administrados, independentemente de sua concordância, isto é, os administrados devem seguir estritamente o conteúdo do ato, tendo em vista seu caráter coercitivo, queiram eles ou não. Ressalta-se que nem todos os atos administrativos possuem o atributo da imperatividade, pois há atos que dependem do interesse do particular para se concretizarem, como por exemplo, um ato meramente negocial.

Portanto, a imperatividade é o atributo presente em quase todos os atos administrativos, porque decorre da simples existência do ato, fazendo com que tenha validade independentemente da vontade dos administrados, obrigando-os, desta maneira, à sua observância e cumprimento.

Em relação à *exigibilidade*, conceitua-se como sendo a prerrogativa que a administração possui de exigir o cumprimento de seus atos pelos administrados. A exigibilidade nasce desde a edição do ato administrativo, tornando-se obrigatório seu cumprimento. Em outras palavras, a exigibilidade é o predicado que força o cumprimento da situação já imposta, sendo exigível pela administração pública independentemente de determinação judicial. É diferente da imperatividade, pois esta constitui uma obrigação determinada em dada situação concreta.

A *autoexecutoriedade* é o efeito prático da imperatividade, é o atributo que possibilita a imediata execução dos atos administrativos sem a necessidade de ordem judicial, possibilitando, assim, à administração compelir materialmente o administrado a cumprir a determinação expressa do ato. Esse atributo não se encontra em todo e qualquer ato administrativo, mas apenas nos casos previstos em lei ou quando for indispensável à imediata preservação do interesse público, proporcionando maior celeridade e eficiência na execução das políticas públicas, sem a obrigatoriedade do crivo jurisdicional. Sua aplicabilidade torna ágil a prestação de serviços à sociedade.

Ressalta-se que, em casos excepcionais, a administração pública poderá utilizar de força física moderada para coerção e efetivação de seus atos. O efetivo exercício do poder de polícia é o exemplo mais claro da autoexecutoriedade de um ato administrativo.

O diferencial do poder de polícia é que, fora os atributos mencionados, este possui o atributo específico da discricionariedade³, que é a “livre escolha pela Administração da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público”⁴, ou seja, “no uso da liberdade legal de valoração das atividades policiadas e na graduação das sanções aplicáveis aos infratores é que reside a discricionariedade do poder de polícia, mas mesmo assim a sanção deve guardar correspondência e proporcionalidade com a infração”⁵.

Em determinados momentos o direito do indivíduo terá de sofrer restrições com vistas à proteção de um direito maior, mais abrangente, qual seja, o direito da coletividade

Por fim, ressalta-se que o atributo da discricionariedade “não se confunde com arbitrariedade, com arbítrio. O poder de polícia há de ser exercido dentro dos limites impostos pela lei em geral (...) Na arbitrariedade, ao contrário, a autoridade não observa os limites da lei”⁶.

Além dos atributos dos atos administrativos, torna-se imperioso o estudo de seus elementos ou requisitos, visto que sendo o poder de polícia espécie do ato administrativo, também este se compõe de elementos que são pressupostos à sua validade, formando a infraestrutura necessária para que seja válido, limitando a ocorrência de ilegalidade e arbítrio.

Os elementos para a existência do ato administrativo são cinco: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

A *competência* de um ato administrativo é a atribuição legal, intransferível e improrrogável atribuída a determinado sujeito para a realização do ato e desempenho de suas funções, podendo em determinados casos ser delegada e, posteriormente, avocada. Ademais, a competência para desempenhar o poder de polícia é atribuída aos entes públicos de acordo com sua competência legislativa sobre o assunto, conforme previsto na Constituição Federal, ou seja, é atribuída ao ente, segundo a predominância

do interesse, sujeitando à regulamentação pela polícia da União, estados ou municípios, se o assunto for de interesse, respectivamente, nacional, regional ou local.

Tem-se por *finalidade* o objetivo social a ser atingido pelo ato, o resultado almejado que sempre será o interesse social. O ato sem fim público é nulo por desvio de finalidade.

A *forma* é a exteriorização do ato administrativo, o seu revestimento exterior, sua maneira de se apresentar aos administrados e criar validade no mundo jurídico. Em regra, os atos administrativos são na forma escrita, todavia, há atos que são externados por meio de sinais ou de comandos verbais, como nos casos de urgência, transitoriedade ou se a situação assim determinar.

O *motivo* é a situação de fato e de direito que fundamenta a sua prática, podendo ser expressa (vinculação) ou não (discricionariedade) em lei. Imprescindivelmente os atos administrativos devem ser motivados, pois o motivo é pressuposto de validade dos atos administrativos, sua razão de existir. A ausência de motivo acarreta a invalidade do ato.

Por fim, o *objeto* é o conteúdo do ato administrativo, é o que o ato profere, prescreve e dispõe a realizar, ou seja, é o fim a ser atingido pelo administrador, o objeto jurídico tutelado.

Feitas essas considerações indispensáveis e basilares para o melhor entendimento do tema, traremos à baila o instituto do poder de polícia e seus limites.

3. O poder de polícia administrativa

Como visto alhures, todo ato administrativo tem um objetivo do Estado a ser alcançado. Destarte, o poder de polícia, igualmente, possui uma razão de existir. Esta razão nada mais é do que a proteção dos valores e bens jurídicos esculpidos na carta magna. O poder de polícia é necessário para a efetivação e proteção dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Certamente se o Estado se omitisse de desenvolver mecanismos de proteção aos direitos e liberdades públicas, haveria um retrocesso aos tempos em que o Estado democrático não existia, voltaríamos ao estado de natureza. Tal artifício se justifica uma vez que a busca do bem comum “é a missão primordial do Estado democrático de Direito, porque para isto ele foi constituído”; para tanto,

deve “ser desempenhada por meio de uma legislação adequada, instituições capazes de controlar, ajudar e regular as atividades privadas e individuais da vida nacional, fazendo-as convergir para o bem comum”⁷.

Não se pretendendo dissertar sobre teorias de surgimento do Estado, apenas calha a menção de que esta concentração de poder nas mãos de um ente abstrato teve uma finalidade: a de resguardar com supremacia os direitos individuais e públicos. Estes últimos foram eleitos como prioritários por razões óbvias, fazendo com que houvesse supremacia do interesse público sobre o privado, em prol da manutenção da ordem pública e do interesse social.

O conceito legal de poder de polícia está previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional, com a seguinte redação, *verbis*:

“Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

O conceito conferido pelo legislador infelizmente não é suficiente para compreendermos, em sua plenitude, o que é o poder de polícia e suas peculiaridades.

A melhor doutrina define poder de polícia como sendo “a faculdade de que dispõe a administração pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”⁸, ou seja, se revela como a “competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”⁹.

Desta feita, podemos aferir que a administração pública tem o dever de proteger os direitos da coletividade quando um indivíduo extrapole no exercício dos direitos. Assim, o Estado regulamenta, restringe, limita e disciplina os direitos, interesses e liberdades dos indivíduos¹⁰, de forma preventiva ou repressiva.

A administração pública age preventivamente quando fiscaliza, limita ou condiciona a livre utilização e gozo de bens ou atividades privadas que possam atingir direta ou indiretamente

a coletividade, exigindo do particular interessado, de forma prévia, a obtenção de anuência através de alvará, autorização ou licença para o uso ou exercício de determinado bem ou atividade, comprometendo-se, por conseguinte, a uma obrigação de fazer ou não fazer. A administração pública atua repressivamente quando aplica sanções administrativas aos particulares por violarem as normas de polícia administrativa às quais estão submetidos.

É no exercício da atividade repressiva de polícia administrativa que ocorrem com maior frequência arbitrariedades, tais como violação de direitos individuais e abuso de poder, desrespeitando-se os limites do poder de polícia. Caso o Estado se omitisse nestas situações, certamente a segurança jurídica e a ordem pública restariam prejudicadas. Ademais, o exercício de qualquer direito por mais legítimo que seja traz consigo a responsabilidade de se respeitar os direitos públicos.

São indispensáveis à presente dissertação as considerações feitas pelo administrativista Marçal Justen Filho acerca do instituto, ressaltando que não se busca simplesmente evitar o conflito entre os direitos dos indivíduos, mas, também, “impor aos sujeitos o dever de promover condutas ativas que satisfaçam, de modo mais adequado, os direitos fundamentais alheios e os interesses coletivos”, tornando-se “um instrumento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deixando de ser um simples instrumento de defesa da liberdade e da propriedade”¹¹.

Por fim, o poder de polícia encontra respaldo, também, na supremacia que o Estado exerce sobre seu território, abrangendo neste os bens, pessoas e atividades, sendo seu objetivo maior o alcance da justiça social e a defesa do sistema jurídico, notadamente a Constituição Federal.

4. Os limites do poder de polícia administrativa

Levando-se em conta a natureza social do direito, é forçoso não admitir sua evolução. Assim, tem-se que, atualmente, nenhum direito é tido como absoluto, logo “o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo.”¹²

Desta feita, torna-se necessário o exame caso a caso para escolher qual direito deve prevalecer em dado momento, considerando-se

os princípios da relatividade, da proporcionalidade, da ponderação e da harmonização.

Da mesma forma, o poder de polícia não é absoluto, ainda que o ato de polícia administrativa seja dotado de discricionariedade; os direitos e garantias individuais, o ordenamento jurídico, os princípios da administração pública e o próprio ato administrativo impõem limites ao Estado no exercício deste poder, uma vez que “o Poder de Polícia não é ilimitado, não é carta branca para quem exercer atividade de Administração Pública, seja policial encarregado da lei ou não”¹³.

O professor Álvaro Lazzarini cita a abordagem feita pelo autor José Cretella Júnior, que faz considerações importantes sobre os limites da atividade de polícia administrativa:

*“Do mesmo modo que os direitos individuais são relativos, assim também acontece com o poder de polícia que, longe de ser onipotente, incontrolável, é circunscrito, jamais podendo por em perigo a liberdade e a propriedade. Importante, regra geral, o poder de polícia, restrições a direitos individuais, a sua utilização não deve ser excessiva ou desnecessária, para que não se configure o abuso de poder. Não basta que a lei possibilite a ação coercitiva da autoridade para justificação do ato de polícia. É necessário, ainda, que se objetivem condições materiais que solicitem ou recomendem a sua invocação. A coexistência da liberdade individual e o poder público repousam na conciliação entre a necessidade de respeitar essa liberdade e a de assegurar a ordem social. O requisito da conveniência ou do interesse público é, assim, pressuposto necessário à limitação dos direitos individuais.”*¹⁴

Tem-se que o primeiro limite imposto à atividade de polícia administrativa se encontra no parágrafo único do artigo 78 do Código Tributário Nacional, *verbis*: “Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

Nota-se que a lei estabelece que o poder de polícia terá validade quando desempenhado pelo órgão competente, obedecendo aos limites que a lei venha a estabelecer.

Outro limite ou barreira ao poder de polícia são os elementos dos atos administrativos praticados mediante o exercício deste

poder, quais sejam, a competência, a forma, a finalidade, o objeto e o motivo.

O ato administrativo derivado do poder de polícia somente será legítimo e estará dentro do limite legal quando: for observado o requisito da competência para executar o ato; a sua forma for aquela prevista em lei; a sua finalidade for a predominância do interesse público sobre o privado em prol da sociedade; o objeto de referido ato for um direito, uma liberdade, atividade ou bem, a fim de que reste protegido o bem-estar social; e quando o motivo for aquele que a lei determinar de forma vinculada ou deixar livre à escolha do administrador, mediante juízo de oportunidade e conveniência, aplicando-se as sanções necessárias para atingir o fim perseguido.

Na mesma linha de pensamento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵ ensina:

“Como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei. Quanto aos fins, o poder de polícia só deve ser exercido para atender ao interesse público. Se o seu fundamento é precisamente o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, o exercício desse poder perderá a sua justificativa quando utilizado para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; a autoridade que se afastar da finalidade pública incidirá em desvio de poder e acarretará a nulidade do ato com todas as consequências nas esferas civil, penal e administrativa. A competência e o procedimento devem observar também as normas legais pertinentes. Quanto ao objeto, ou seja, quanto ao meio de ação, a autoridade sofre limitações, mesmo quando a lei lhe dê várias alternativas possíveis. Tem aqui aplicação um princípio de direito administrativo, a saber, o da proporcionalidade dos meios aos fins; isto equivale a dizer que o poder de polícia não deve ir além do necessário para a satisfação do interesse público que visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-o ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.”

Vale a pena lembrar, entretanto, que os atos praticados no exercício do poder de polícia são atos administrativos; portanto, estão sujeitos a todas as regras a estes pertinentes, assim como a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

Entre os limites impostos à atividade de polícia administrativa, os direitos fundamentais possuem papel primordial, pois foram eleitos pelo legislador constituinte para serem protegidos com maior atenção que os demais. Estes direitos encontram-se, majoritariamente, no artigo 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado¹⁶:

“Os limites do poder de polícia estão condicionados ao interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo, assegurados na Constituição da República (art. 5º). Cumpre ao administrador, segundo seu prudente critério, nos casos em que a lei não determina o modo e as condições da prática do ato de polícia, agir coerentemente na esteira do interesse geral, distinguindo dentre os meios possíveis, aqueles mais eficientes e menos lesivos aos indivíduos sem distinção.”

Do mesmo modo que o poder de polícia limita os direitos individuais em nome do interesse social, os direitos fundamentais são um vetor à atividade de polícia administrativa, isto é, para que se tenha um equilíbrio no exercício deste poder instrumental, mister se faz conciliar o interesse social com os direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesta linha de pensamento, Hely Lopes Meirelles¹⁷ leciona:

“Os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pelo interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo assegurados na Constituição da República (art. 5º). Vale dizer, esses limites decorrem da Constituição Federal, de seus princípios e da lei. Do absolutismo individual evoluímos para o relativismo social. Os Estados Democráticos como o nosso, inspiram-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Daí o equilíbrio a ser procurado entre a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum.”

Dessa feita, “a atuação da polícia administrativa só será legítima se realizada com base na lei, respeitados os direitos do cidadão, as prerrogativas individuais e as liberdades públicas asseguradas na Constituição”¹⁸, uma vez que “no regime democrático, todas as pessoas devem ter garantidos seus direitos civis, políticos,

econômicos, sociais, culturais e ambientais. Os Estados, pelos seus agentes públicos, não podem violar tais direitos humanos nem a pretexto do exercício do poder de polícia.”¹⁹

A professora Odete Medauar²⁰ salienta que o exercício do poder de polícia encontram limites, sendo que

“o primeiro situa-se nos próprios direitos fundamentais declarados e assegurados pela Constituição Federal. O poder de polícia pode acarretar disciplina e restrições ao exercício de um direito fundamental, em benefício do interesse público. Ao mesmo tempo, o reconhecimento de direitos fundamentais configura limite ao poder de polícia; os direitos fundamentais não podem ser suprimidos. Nem sempre apresentam-se fácil situar o ponto onde começa a violação dos direitos fundamentais pelo exercício do poder de polícia. Outro limite ao poder de polícia encontra-se na legalidade dos meios. Os meios e modos de exercício do poder de polícia devem estar previstos legalmente. Na ausência de norma, a autoridade competente escolhe os meios, observando os princípios e limites já apontados. Aparecem, ainda, como limites ao poder de polícia as regras de competência, forma, motivo (sobretudo, existência dos fatos invocados e base legal) e o fim de interesse público; caso o poder de polícia seja exercido para fins pessoais, subjetivos ou político-partidários, poderá ser caracterizado o desvio de poder ou finalidade.”

Devido aos inúmeros direitos fundamentais elencados na carta magna de forma explícita e implícita, bem como os assegurados em todo o ordenamento jurídico pátrio e internacional, torna-se inviável discorrermos sobre todos os direitos de forma aprofundada.

O direito à vida é o direito fundamental de maior importância no ordenamento jurídico, visto que é dele que decorrem os demais direitos. Sem a vida não existiria sentido para outros direitos. O direito à vida não se restringe ao simples fato de viver. A vida deve ser vivida com dignidade e em pleno gozo das liberdades, sendo inadmissível a atuação da polícia administrativa que vise a mitigá-la.

O direito à igualdade funciona como um limite e ao mesmo tempo como princípio basilar da atuação estatal (princípio da impessoalidade), garantindo atuação neutra do Estado, que deve observar precipuamente o interesse público, pautando sua atividade de acordo com o anseio social sem benefício individual de quem quer que seja.

O devido processo legal aliado à garantia da ampla defesa e do contraditório são direitos que não apenas limitam, mas integram a atividade de polícia administrativa, de forma que a aplicação de uma medida restritiva ou sancionatória de um direito, bem ou atividade obrigatoriamente deve respeitá-los a fim de proporcionar aos indivíduos afetados um processo justo:

“Poder de polícia – Processo administrativo – Defesa. A atuação da Administração Pública, no exercício do poder de polícia, ou seja, pronta e imediata, há de ficar restrita aos atos indispensáveis à eficácia da fiscalização, voltada aos interesses da sociedade. Extravasando a simples correção do quadro que a ensejou, a ponto de alcançar a imposição de pena, indispensável é que seja precedida da instauração de processo administrativo, no qual se assegure ao interessado o contraditório e, portanto, o direito de defesa, nos moldes do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Não subsiste decisão administrativa que, sem observância do rito imposto constitucionalmente, implique a imposição de pena de suspensão, projetada no tempo, obstaculizando o desenvolvimento do trabalho de taxista.”²¹

O poder de polícia se revela como uma das espécies de ato administrativo

O direito à segurança jurídica, consubstanciado na garantia ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, não pode ser violado pela atividade de polícia administrativa, pois a violação da segurança jurídica não apenas fere um direito constitucionalmente assegurado, mas coloca em risco o Estado democrático de direito.

O respeito à propriedade privada foi um dos motivos do surgimento do Estado – as pessoas, dominadas pelo medo de perderem a propriedade para o mais forte, confiaram ao Estado o dever de protegê-las de ações esbulhadoras contra a propriedade. Do mesmo modo, o Estado não pode interferir na propriedade privada a ponto de privar o proprietário da sua fruição e gozo. O Estado interfere na propriedade privada através dos institutos da requisição, da limitação e servidão administrativa, da desapropriação e do confisco. Logo a atividade de polícia administrativa somente atuará na propriedade com base em um dos mencionados institutos.

Ressalta-se que a perda da posse da propriedade, como ocorre na desapropriação, gera ao particular direito à indenização. Por outro lado, “a mera redução do domínio útil e do valor econômico da propriedade, por si só, sem a perda da posse pelo particular, não configura desapropriação indireta, de modo a gerar, a este título, direito a indenização, ressalvado o direito a eventual indenização a título de limitação administrativa ou servidão somente quando existente prejuízo que possa ser regularmente comprovado em ação própria”²².

Finalmente, as liberdades previstas no texto constitucional, tais como as de locomoção, de manifestação do pensamento, de consciência e religião, de expressão, de comunicação e sigilo das correspondências, de associação e reunião, e de trabalho de associação e reunião, somente podem ser restringidas ou limitadas quando, comprovadamente, estiverem desequilibrando a ordem social.

O fato é que da discricionariedade da atividade de polícia administrativa decorre grande parte das violações e mitigações aos direitos individuais. Isto acontece devido ao excesso de poder muitas vezes empregado ou ao despreparo do agente encarregado da aplicação da lei.

A discricionariedade administrativa merece atenção especial por parte do Estado e dos aplicadores da lei²³, com especial atenção à atividade repressiva de polícia administrativa, pois um direito apenas poderá ser reduzido quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida necessária ao alcance dos fins estatais, que deve ser o interesse público.

Vale lembrar, entretanto, que a discricionariedade presente nos atos de polícia administrativa não afasta a sua apreciação pelo Poder Judiciário, porque cabe a ele “apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da administração, o exercício do poder de polícia esta sujeito à censura judiciária”²⁴.

Assim, o ato de polícia, por ser um ato administrativo, fica sempre sujeito à invalidação pelo Poder Judiciário, quando praticado com excesso ou desvio de poder, conforme se destaca do seguinte julgado:

“Estado membro. Poder de polícia administrativa. Transporte coletivo intermunicipal por fretamento. Excesso ou desvio de poder não caracterizado. Sendo discricionário o poder de polícia, a

norma legal que o confere não minudeia o modo e as condições da prática do ato de polícia. Esses aspectos são confiados ao prudente critério do administrador público. Mas se a autoridade ultrapassar o permitido em lei, incidirá em abuso de poder, corrigível por via judicial. O ato de polícia, como ato administrativo que é, fica sempre sujeito à invalidação pelo Poder Judiciário, quando praticado com excesso ou desvio de poder (...).”²⁵

Sobre o assunto, José dos Santos Carvalho Filho, parafraseando José Cretella Júnior e Diógenes Gasparini, afirma:

“A faculdade repressiva não é, entretanto, ilimitada, estando sujeita a limites jurídicos: direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas asseguradas na Constituição e nas leis. A observação é de todo acertada: há uma linha insuscetível de ser ignorada que reflete a junção entre o poder restritivo da Administração e a intangibilidade dos direitos (liberdade e propriedade, entre outros) assegurados aos indivíduos. Atuar aquém dessa linha demarcatória é renunciar ilegítimamente a poderes públicos; agir além dela representa arbítrio e abuso de Poder porque a pretexto do exercício do poder de polícia não se pode aniquilar os mencionados direitos.”²⁶

Para manter a atuação estatal dentro da linha demarcatória citada pelo autor, além dos direitos dos cidadãos, prerrogativas individuais e liberdades públicas, os princípios da legalidade, moralidade, razoabilidade, realidade, proporcionalidade e necessidade possuem papel fundamental.

O *princípio da legalidade*, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, representa uma garantia para os administrados, uma vez que qualquer ato decorrente do poder de polícia apenas será válido se for respaldado em lei. Por conseguinte, as sanções a serem aplicadas devem ter tipificação legal. A legalidade é um dos alicerces do Estado democrático de direito que impõe aos agentes públicos a completa submissão às leis; logo, “o agente público está adstrito ao princípio da legalidade, não podendo dele se afastar por razões de conveniência subjetiva da administração”²⁷.

Deste modo, se a atividade de polícia administrativa ocorrer em desacordo com a lei, atentará contra a Constituição Federal e o Estado democrático de direito. A devida observância à lei é a finalidade da administração pública, dela não se podendo afastar em nenhum pretexto, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal.

O *princípio da moralidade* limita e obriga a atuação estatal a praticar atos que possuam o indispensável elemento moral segundo a ordem ética harmonizada com o interesse público e social, obviamente, com a lei. O ato derivado do exercício do poder de polícia deve observar os preceitos éticos de sua atuação, não apenas averiguando os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas, igualmente, distinguindo o que é honesto do que é desonesto, porque “cumprir a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A Administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.”²⁸

Os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade acompanham a atividade de polícia administrativa, em especial no exercício da atividade repressiva.

A atividade será legítima quando os meios empregados para sua execução são adequados à obtenção dos resultados almejados em uma análise real dos fatos, de maneira que os meios empregados não podem ser excessivamente restritivos, mas realizáveis, razoáveis e necessários (princípios da razoabilidade e necessidade) para a obtenção do resultado prático pretendido. Por conseguinte, “será desarrazoada – portanto ilegal – qualquer atuação em que sejam empregados meios inadequados à obtenção dos resultados almejados, ou em que os meios sejam mais restritivos do que o estritamente necessário à consecução dos fins pretendidos”²⁹.

Ademais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰ menciona a necessidade, proporcionalidade e eficácia como regras a serem seguidas pelo administrador público:

“Alguns autores indicam regras a serem observadas pela polícia administrativa, com o fim de não eliminar os direitos individuais: 1. a da necessidade, em consonância com a qual a medida de polícia só deve ser adotada para evitar ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público; 2. a da proporcionalidade, já referida, que significa a exigência de uma relação necessária entre a limitação ao direito individual e o prejuízo a ser evitado; 3. a da eficácia, no sentido de que a medida deve ser adequada para impedir o dano ao interesse público. Por isso mesmo, os meios diretos de coação só devem ser utilizados quando não haja outro meio eficaz para alcançar-se o mesmo objetivo, não sendo válidos quando desproporcionais ou excessivos em relação ao interesse tutelado pela lei.”

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade impõe ao Estado a estrita observância entre a sanção aplicada e a conduta a ser coibida, proibindo o excesso, de forma a assegurar uma relação de proporcionalidade entre os meios aplicados e os fins perquiridos para que a atividade seja válida, na medida em que “a imposição de uma limitação à esfera dos direitos individuais que não resulte para o grupo social em vantagem suficiente para compensar os efeitos deletérios da mesma limitação invalida o fundamento de interesse público do ato de polícia, por ofensa ao princípio da proporcionalidade”³¹.

Acerca dos limites impostos pela proporcionalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello³² assevera:

“Este limite é o atingimento da finalidade legal em vista da qual foi instituída a medida de polícia. Mormente, nocasoda utilização de meios coativos, que, bem por isso, interferem energicamente com a liberdade individual, é preciso que

a Administração se comporte com extrema cautela, nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida. *A via de coação só é aberta para o Poder Público quando não há outro meio eficaz para obter o cumprimento da pretensão jurídica e só se legitima na medida em que é não só compatível como proporcional ao resultado pretendido e tutelado pela ordem normativa. Toda coação que exceda ao estritamente necessário à obtenção do efeito jurídico licitamente desejado pelo Poder Público é injurídica.”*

Corroborando a ideia, Fábio Medina Osório³³ salienta que a proporcionalidade juntamente com o preceito da proibição ao excesso são postulados que devem ser observados nas tomadas das decisões sancionatórias:

“A proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição ao excesso, é resultante da essência dos direitos fundamentais e do caráter aberto dos sistemas jurídicos, que demandam processos decisórios repletos de ponderações e raciocínios fundamentados. Proíbem-se intervenções desnecessárias e excessivas, apesar do

A administração pública poderá utilizar de força física moderada para coerção e efetivação de seus atos

fato de que o excesso ou a desnecessidade nem sempre resultam claramente definidos em leis ou nas Constituições. *Trata-se de uma metodologia que rompe com os clássicos limites positivistas à interpretação. É no plano dos valores racionalizados e percebidos em seus fragmentos que a ideia de proporcionalidade assume funções progressivas, porém persistentes, na construção de paradigmas civilizatórios, em esferas moral, jurídica e filosófica. Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, i.e., deve poder ser dele exigível.*”

Na verdade a legalidade, moralidade, proporcionalidade, razoabilidade e necessidade se completam, sendo necessário, no caso prático, responder se os meios utilizados são legais, moralmente corretos, proporcionais, razoáveis, necessários e se adéquam à realidade fática para alcançar os fins desejados. Se a resposta for afirmativa, a atividade estará dentro de seus limites, logo será legítima.

Finalizando, deve-se dar uma atenção especial aos encarregados pela aplicação da lei; afinal, por serem a face tangível do Estado, há a necessidade de estabelecer parâmetros divisórios entre a discricionariedade e a arbitrariedade no dia a dia desses agentes para não se excederem em suas atribuições, evitando violações e respeitando, conseqüentemente, os direitos, princípios e demais limitadores da atividade da polícia administrativa.

É indispensável, por conseguinte, treinamento adequado, orientações pertinentes e ensinamentos pontuais acerca dos direitos das pessoas, para que os encarregados de exercer o poder de polícia se atentem aos limites da atividade, e não adotem a arbitrariedade e violência como padrão de atuação, na medida em que “a violência excessiva é conduta desproporcional à regular diligência de preservação da ordem pública, de modo que merece repressão e responsabilização dos agentes causadores da violação”³⁴.

Um instrumento importante de orientação das condutas dos encarregados é o CCEAL – Código de Conduta para os Encarregados da Aplicação da Lei, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979, que já foi adotado por algumas instituições públicas no Brasil.

O artigo 3º do CCEAL disciplina que, “no cumprimento do dever, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem respeitar e proteger a dignidade humana, manter e apoiar os direitos humanos de todas as pessoas”. O comentário constante ao referido artigo explica que o uso da força deve ser excepcional e proporcional, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, ressaltando que o uso de armas de fogo é medida extrema:

“O emprego da força por parte dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei deve ser excepcional. Embora se admita que estes funcionários, de acordo com as circunstâncias, possam empregar uma força razoável, de nenhuma maneira ela poderá ser utilizada de forma desproporcional ao legítimo objetivo a ser atingido. O emprego de armas de fogo é considerado uma medida extrema; devem-se fazer todos os esforços no sentido de restringir seu uso, especialmente contra crianças. Em geral, armas de fogo só deveriam ser utilizadas quando um suspeito oferece resistência armada ou, de algum outro modo, põe em risco vidas alheias e medidas menos drásticas são insuficientes para dominá-lo. Toda vez que uma arma de fogo for disparada, deve-se fazer imediatamente um relatório às autoridades competentes.”

Infere-se, todavia, que o mau uso das atividades e atribuições incumbidas ao Estado pelos seus agentes abala a legitimidade que a sociedade o confiou, gerando um cenário de desrespeito e desconfiança às instituições públicas. Devido a isto, torna-se imprescindível a estrita observância aos limites impostos às atividades do poder de polícia.

5. Considerações finais

Por tudo que foi exposto, entende-se a necessidade de observância dos limites à atuação do poder de polícia, eis que os limites foram criados para auxiliar os administradores na proteção aos direitos públicos e individuais.

Não se pode cair no erro de revestir o poder de polícia de tirania, revertendo sua razão de existir, sob pena de gerar justamente o resultado que se pretendia combater.

O administrador público e seus agentes que aplicam a lei aos casos concretos devem estar atentos para a real intenção da existência do poder de polícia, que é justamente evitar

arbitrariedades por parte dos indivíduos em detrimento dos direitos da coletividade.

Assim, este é o desafio: o de utilizar este mecanismo para combater tanto os excessos por parte dos administrados como por parte da administração pública, tarefa que não é fácil e exige constante aperfeiçoamento tanto das entidades públicas quanto dos indivíduos, que devem criar a consciência de que a razão de existir do Estado democrático de direito, traduzida em sua constituição, princípios e leis, só será justificada quando as entidades públicas e os indivíduos entenderem o real espírito do ordenamento jurídico, qual seja, o de conferir concretude ao bem-estar social.

Notas

¹ José Afonso da Silva define Administração Pública como sendo “o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder político, em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota os seus dois aspectos em conjunto de órgãos a serviço do Poder político e as operações, as atividades administrativas” (*Direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 656.).

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 152.

³ A doutrina administrativista considera atributos específicos e peculiares do poder de polícia, além da discricionariedade, a coercibilidade e a autoexecutoriedade, que possuem a mesma definição mencionada em relação ao ato administrativo. No entanto, como a sua exteriorização se faz mediante a expedição de um ato administrativo, entendemos que quando o Estado exerce o poder de polícia pressupõe que sua atuação é legítima e verídica, bem como dotada de imperatividade, pois o Estado age de maneira a impor aos administrados uma restrição, regulamentação, limitação, independentemente de sua vontade, ressaltando que imperatividade é pressuposto para a existência da autoexecutoriedade (efeito prático da imperatividade).

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 138.

⁵ *Idem, ibidem*.

⁶ LAZZARINI, Álvaro. *Temas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 267.

⁷ LAZZARINI, Álvaro. Op. cit., p. 271.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 133.

⁹ FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte – MG: Fórum, 2012, p. 553.

¹⁰ A atuação estatal no exercício do poder de polícia não se confunde com serviços públicos, na medida em que aquele “acarreta restrições à esfera jurídica individual do administrado, a seus direitos e interesses”, já este “amplia a esfera jurídica individual do particular destinatário, portanto se traduz no oferecimento, pelo poder público, de prestações positivas de comodidades ou utilidades matérias diretamente fruíveis pelo usuário do serviço” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 236).

¹¹ FILHO, Marçal Justen. Op. cit., p. 557.

¹² RIPERT Apud MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 133.

¹³ LAZZARINI, Álvaro. Op. cit., p. 268.

¹⁴ LAZZARINI, Álvaro. Op. cit., p. 270.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 128-9.

¹⁶ TRF4, AC 2000.71.07.004841-5, Terceira Turma, Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJ 27/11/2002.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 137.

¹⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Op. cit., p. 241.

¹⁹ LAZZARINI, Álvaro. Op. cit., p. 269.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 383-4.

²¹ STF – RE: 153540 SP, Relator: Marco Aurélio, Data de Julgamento: 04/06/1995, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 15-09-1995 PP-29519 EMENT VOL-01800-05 PP-00948.

²² REsp 1.204.564/PR, Primeira Turma. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Julg. 29.9.2010. DJ, 5 out. 2010.

²³ De acordo com o comentário ao artigo 1º da Resolução nº 34/169 da ONU, o termo “funcionários responsáveis pela aplicação da lei” inclui todos os agentes da lei, quer nomeados, quer eleitos, que exerçam poderes policiais, especialmente poderes de detenção ou prisão. Nos países onde os poderes policiais são exercidos por autoridades militares, quer em uniforme, quer não, ou por forças de segurança do Estado, será entendido que a definição dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei incluirá os funcionários de tais serviços.

²⁴ RE 17126, Relator(a): Min. Hahnemann Guimarães, Segunda Turma, julgado em 31/08/1951, DJ 12-04-1952 PP- EMENT VOL-00077-01 PP-00209.

²⁵ Ap. Cível/Reex. Necessário 1.0024.06.215987-6/001, Relator(a): Des.(a) Fernando Bráulio , 8ª Câmara Cível, julgamento em 06/11/2008, publicação da súmula em 13/03/2009.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 87.

²⁷ MC 4193/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, julgado em 25/06/2002, DJ 26/08/2002, p. 188.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 90.

²⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Op. cit., p. 242.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. cit., p. 129.

³¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Op. cit., p. 242.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 859.

³³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 183.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 87.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. Polícia e poder de polícia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 162.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LAZZARINI, Álvaro. *Temas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937.

SILVA, José Afonso. *Direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

EM
DESTAQUE

LINGUAGEM FORENSE

ALBINO BRITO FREIRE

Juiz aposentado e membro da Academia Paranaense de Letras

1. AINDA SOBRE ABREVIATURAS

1.1. com o ponto / sem o ponto

A maioria das abreviaturas é escrita com um ponto para indicar a omissão de letras ou sílabas.

Exemplos: *D. (Digno, Dom, Dona); Sr., Srs., Sr.^a; Ex.^a, Ex.^{mo}.*

Vê-se que o ponto pode vir no final da abreviatura ou não. É o caso de *Ex.^a; Sr.^a; Ex.^{mo}*. Essas, aliás, as formas registradas pela A.B.L. As demais: *Exa., Sra., Exmo.* vêm sendo impostas pelo uso.

Observação: Evite a abreviatura *Excia.* Puro anacronismo.

Nem todas as abreviaturas terminam em ponto. São os símbolos internacionais de medida. Exemplos: *km* (quilômetro), *kg* (quilograma), *g* (grama); *h* (hora), *min* (minuto ou minutos), *s* ou *seg* (segundo). Essas abreviaturas só levam ponto quando em final de período.

1.2. Coronel, General e Marechal

Mal. *é abreviatura de Marechal?* Por menos que se queira, é assim que registra a ABL (Cf. *Google*, *Reduções*, Academia Brasileira de Letras).

Gal. *é abreviatura de General?* Gramáticos modernos ridicularizam tal abreviatura, dizendo que Gal é apenas a cantora baiana. De fato, na *internet*, no *Google*, sob o título *Reduções*, a ABL não registra Gal., mas apenas **Gen.** como abreviatura de *General*. Já a abreviatura de *Coronel* é **Cel.**

1.3. folha e folhas, significando página (s)

Às fls., à fl., a fls. Em primeiro lugar, note-se que a palavra *folha* tem várias formas de abreviatura, a saber: *f., fl., fol.*, (plural: *f., fls., fols.*) abonadas pelo Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa.

Observe: Não se pode dizer *à fls.*, porque há aí erro de concordância. Por outro lado, devo dizer *à fl.* se me refiro a uma determinada folha. Ex.: *O assunto é tratado à fl. 67.* Entenda-se: *à folha número 67.* Devo também dizer *às fls.*, se me refiro a mais de uma folha. Ex.: *O assunto é tratado às fls. 67 e 68.*

Notas: a) Temos a expressão *a* (sem acento) *folhas tantas*, que significa *a essas alturas dos acontecimentos; a certa altura.* Tal expressão idiomática parece afiançar o uso de *a fls.*, também abonada por Napoleão Mendes de Almeida.

b) E *na fl.* 25... Está certo ou não? Inexistem argumentos para se afirmar que está errado. É perfeitamente lícito dizer: Você encontrará tal expressão *na fl.* 25. *Aquela forma encontra-se na fl.* 25. Esta última, aliás, parece mais de acordo com a índole da língua, como nos exemplos: *Resido na Rua Guararapes. A encomenda encontra-se na Praça Tal...*

1.4. hora e horas

A festa começa às 8h. Atente para a grafia **8h** (e não 8 hrs).

1.5. Padre

A abreviatura de *Padre* é: **P.** ou **P.^e**. Tanto faz.

1.6. *post scriptum* e puro sangue

P.S. = *post scriptum* (latim) = escrito depois (aquilo que se escreveu em uma carta depois de assinada).

p.s. = puro sangue (cavalo).

1.7. São, Santa e Santo

Abreviatura de *São, Santo* e *Santa*.

S. João (São João).

S. (ou **Sta.**) Maria (Santa Maria).

S. (ou **Sto.**) Antônio (Santo Antônio).

1.8. Senhor, Senhora, Nosso Senhor, Nossa Senhora

Sr. = Senhor; **Sr.^a** = Senhora; **N.S.** = Nosso Senhor; **N.S.^a** = Nossa Senhora.

Observe a grafia correta dessas abreviaturas.

1.9. Vossa Excelência e Sua Excelência

a) V. Ex.^a usa-se em tratamento direto. Ex.: *Remeto a V. Ex.^a os livros solicitados.*

Nota. No tratamento direto da pessoa com quem se fala, ao contrário do que acontece em outras línguas, em português não dizemos, por exemplo: *“Vossa Excelência (ou Vossa Majestade, ou Vossa Santidade etc.), os convidados já chegaram. Podemos iniciar a cerimônia?”* Não. É somente: *“Excelência, Majestade, Santidade etc., os convidados já chegaram. Podemos iniciar a cerimônia?”* Entendeu? Sem o Vossa...

b) S. Ex.^a usa-se para designar a pessoa de quem se fala. Ex.: *Naquele dia, S. Ex.^a, o Secretário da Educação, visitava o colégio.*

JURISPRUDÊNCIA

EMENTÁRIO DO TJPR

ADMINISTRATIVO

Administração pública deve indenizar servidora com síndrome de inadaptação e depressão decorrente de sucessivas transferências e desvios de função

Apelação cível e reexame necessário. Ação reclamatória. Servidora pública municipal. Orientadora educacional. Sucessivas transferências com desvio de função dentro da Administração Municipal, injustificadas e sem anuência do servidor. Síndrome de Inadaptação e depressão. Doenças desenvolvidas em razão dos desvios de função. Assédio moral. Configuração. Dever de indenizar. Danos morais. Valor. Manutenção. Sentença mantida em reexame necessário. 1. Não obstante as mudanças administrativas não padecerem de ilegalidade à luz da legislação, estas necessitam de justificativa e motivação, o que não houve na espécie. 2. Não se pode negar que as sucessivas transferências e alterações da função exercida pela servidora tenham culminado em síndrome da inadaptação e transtornos de ajustamento com sintomas depressivos, máxime porque, quando desviada da função de Orientadora educacional, desempenhava funções muito além de sua capacidade e habilitação. 3. No caso, o assédio moral reside na conduta abusiva do administrador público que expôs a servidora a constrangimentos, submetendo-a

a repetidas transferências em curto espaço de tempo, sem função definida, em desprezo total a sua qualificação profissional. 4. A condenação em danos morais não merece minoração, haja vista que a MM. Sentenciante considerou os critérios doutrinários que orientam a matéria. Cabe apenas ao Tribunal estabelecer os consectários legais aplicáveis sobre o valor da indenização (juros moratórios e correção monetária) e seus termos de incidência.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1076185-4 - Pato Branco - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima** - Fonte: DJ, 25.03.2014).

Aplicação do contraditório e ampla defesa no processo administrativo

Ação anulatória. Executivo municipal. Desaprovação de contas pelo TCE e, posteriormente, pela câmara de vereadores. Processos administrativos eivados de nulidade por ausência de contraditório e ampla defesa. Apelação não provida. Recurso adesivo em parte provido para adequação da sucumbência. Sentença, no mais, confirmada em sede de reexame necessário, conhecido de ofício. (1) "Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade

ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo ('par conditio'), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor" (MORAES, Alexandre de. "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional". 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 363).(2) O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mandado de segurança nº 24.268-0, veio a proclamar que o direito de defesa foi ampliado pela Constituição Federal de 1988 para abranger os processos administrativos (art. 5º, inc. LV), não se resumindo a um simples direito de manifestação no processo, mas o direito à tutela jurídica, assim entendido o que não só contempla o direito de informação e de manifestação, mas o de ter o administrado seus argumentos apreciados pelo Órgão julgador (Pleno, Redator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. em 05.02.2004). (TJ/PR - Ap. Cível n. 1127369-1 - Pitanga - 5a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Adalberto Jorge Xisto Pereira** - Fonte: DJ, 24.03.2014).

Comunicação do estado gravídico ao órgão público a que a servidora pública está vinculada é irrelevante para fins de estabilidade provisória

Mandado de Segurança. Servidora pública grávida exercente de cargo em comissão. Exoneração. Direito à indenização. Preliminar de esgotamento da via administrativa rejeitada. Ordem, pelo mérito, concedida. Jurisprudência pacífica

da suprema corte (1) "O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador" (STF, 2ª Turma, AgR. no RExt. nº 634.093/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 22/11/2011). (2) "Servidora pública no gozo de licença gestante faz jus à estabilidade provisória, mesmo que seja detentora de cargo em comissão" (STF, 1ª Turma, AgR. no RExt. nº 368.460/MT, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27.03.2012). (3) "Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco meses após o parto, caso inocorresse tal dispensa" (STF, 2ª Turma, RExt. nº 639.786/SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 28.02.2012). (TJ/PR - Mand. de Segurança n. 1015302-3 - Curitiba - Órgão Especial - Rel.: Des. **Adalberto Jorge Xisto Pereira** - Fonte: DJ, 28.03.2014).

É indispensável a averbação da servidão administrativa no registro do imóvel

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer. Passagem de rede de esgoto. Utilização de imóvel particular. Indenização. Natureza do ato. Servidão administrativa. Inobservância do rito processual. Irrelevância, no caso. Averbação na matrícula do imóvel.

Decorrência lógica da instituição da servidão. 1. Mais relevante que a nomenclatura atribuída ao ato estatal é a sua essência e, no caso, é evidente que a sentença instituiu servidão administrativa destinada à passagem da rede de esgotos em favor da SANEPAR. 2. Uma vez reconhecida a instituição de servidão, torna-se patente a necessidade de averbação na matrícula do imóvel, para atribuir publicidade a terceiros sobre a restrição existente sobre o imóvel. Reexame necessário não conhecido. Recurso provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1137424-0 - Curitiba - Ac. unânime - Rel.: Des. **Nilson Mizuta** - Fonte: DJ, 14.03.2014).

Edital em PSS que previa equivalência da remuneração mensal de agente penitenciário deve ser respeitado

Apelação cível e reexame necessário. Ação de cobrança de diferenças salariais. Agente Penitenciário. Processo Seletivo Simplificado (PSS). Contrato por prazo determinado. Instrumento editalício que previa a equivalência da remuneração mensal bruta entre servidores temporários e efetivos. Diferenças salariais devidas. Princípio da vinculação do instrumento convocatório. Sentença mantida. Recurso desprovido. Ante a disposição expressa do edital sobre a equivalência de remuneração mensal bruta entre os agentes penitenciários, impera o princípio da vinculação do instrumento convocatório.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1185442-5 - Curitiba - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima** - Fonte: DJ, 31.03.2014).

Em caso de urgência o ente público tem direito à imediata imissão na posse de imóvel urbano não residencial

Agravo de Instrumento. Servidão administrativa. Rede coletora de esgoto sanitário. Imissão provisória na posse mediante depósito do valor ofertado. Possibilidade. Área que, embora urbana, não está sendo utilizada para fins residenciais ou comerciais. Inaplicável, nessas condições, a Súmula 28 deste tribunal. Recurso manifestamente improcedente porque em confronto com a jurisprudência desta corte e do Superior Tribunal de Justiça. Seguimento negado. “O STJ tem sólido entendimento de que o Poder Público, em caso de urgência, tem direito à imediata imissão na posse de imóvel urbano não residencial, desde que realize o depósito nos termos do art. 15, § 1º, do DL 3.365/1941, independentemente de avaliação prévia. Eventual diferença indenizatória em desfavor dos expropriados será aferida no curso do processo” (STJ, 2a. Turma, AgRg. na MC. nº 18.876/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 08.05.2012). (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1184586-8 - Fazenda Rio Grande - 5a. Câ. Cív. - Dec. monocrática - Rel.: Des. **Adalberto Jorge Xisto Pereira** - Fonte: DJ, 20.03.2014).

Estado deve fornecer medicamento ao cidadão, sob pena de ofensa ao direito fundamental à saúde

Agravo Inominado. Decisão monocrática que negou seguimento ao apelo e ao reexame necessário. Jurisprudência pacífica desta

corde. Fornecimento gratuito de medicamento. Ofensa ao direito fundamental à saúde, consagrado no artigo 196 da Constituição Federal. Dever do estado. Prequestionamento da matéria. Recurso desprovido.

(TJ/PR - Ag. Inominado n. 1113430-6/01 - Curitiba - 4a. Câ. Cív. - Rel.: Des:

Abraham Lincoln Merheb Calixto - Fonte: DJ, 25.02.2014).

Invasão de imóvel rural por integrantes do MST gera indenização por danos morais

Apelação cível. Ação de reparação de danos morais e materiais. Invasão de propriedade rural por integrantes do Movimento sem Terra - MST. Formalização de Boletim de Ocorrência. Inércia da autoridade policial constatada. Liminar de reintegração de posse não cumprida. Não fornecimento de força policial. Omissão estatal. Nexa causal configurado. Danos emergentes suficientemente demonstrados nos autos. *Quantum* a ser apurado em liquidação de sentença. Lucros cessantes não comprovados. Dano moral. Indenização devida. Ônus de sucumbência. Inversão e readequação. Recurso parcialmente provido, por maioria. 1. A responsabilidade do Estado resta configurada na medida em que, instado a agir na defesa do patrimônio do autor, omitiu-se no cumprimento de seu dever. 2. O *quantum* referente aos danos morais será apurado em liquidação de sentença por artigos, na forma do art. 475-E, do Código de Processo Civil. 3. É devida a indenização por danos morais em razão da omissão da Administração Pública, em decorrência da invasão de imóvel rural por integrantes do Movimento

dos Sem Terra - MST. 4. Voto vencido que dá provimento parcial ao recurso, tão-somente para reduzir a verba honorária para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cuja declaração de voto resta suprida nos termos do disposto no art.251, § 2º, do Regimento Interno Desta Corte.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1065457-8 - Ortigueira - 3a. Câ. Cív. - Rel.:

Des. **Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima** - Fonte: DJ, 24.02.2014).

Nula a contratação para cargo em comissão que não envolve direção, chefia e assessoramento

Administrativo. Servidor público. Cargo de provimento em comissão. Agente comunitário de saúde. Atividades que não envolvem direção, chefia e assessoramento. Nulidade da contratação. Artigo 37 da Constituição Federal. Direito do servidor ao recebimento de FGTS. Artigo 19-A da Lei 8030/1990 e súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho. Honorários em valor fixo. Redistribuição da sucumbência. Recurso 1 parcialmente provido. Recurso 2 provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1.132.281-5 - Realeza - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Ruy Cunha Sobrinho** - Fonte: DJ, 28.11.2013).

Ocupante de cargo em comissão em estado gravídico deve receber indenização pelo período da estabilidade provisória se exonerada

Agravo de Instrumento. Cargo em comissão. Servidora grávida. Exoneração. Liminar deferida no sentido de reintegrá-la no cargo que

antes ocupava. Inadmissibilidade. Direito à indenização pelo período da estabilidade provisória. Precedentes dos tribunais superiores. Recurso parcialmente provido. 1) “Servidora pública no gozo de licença gestante faz jus à estabilidade provisória, mesmo que seja detentora de cargo em comissão” (STF, 1ª Turma, AgReg. no REExt. nº 368.460/MT, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27.03.2012).(2) “Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso inocorresse tal dispensa” (STF, 2ª Turma, REExt. nº 639.786/SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 28.02.2012).

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1085280-3 - Campina Grande do Sul - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Adalberto Jorge Xisto Pereira** - Fonte: DJ, 24.03.2014).

Poder Judiciário pode intervir em concurso público apenas em caso de manifesta ilegalidade

Mandado de Segurança. Concurso público para provimento de cargos de juiz substituto do Estado do Paraná. Possibilidade de ingerência do poder judiciário em matéria de concursos públicos unicamente nos casos de flagrante ilegalidade, a qual não restou demonstrada na espécie. Questão alusiva à disciplina de direito do consumidor que abordou matéria devidamente identificada no edital de abertura do certame.

Critérios de atribuição de nota que foram observados pela comissão examinadora. Alegados vícios na correção das questões atinentes às disciplinas de direito processual civil, direito constitucional, formação humanística e direito do consumidor. Pretensão reexame de questões da prova discursiva do certame. Impossibilidade de reavaliação do mérito das questões formuladas e inexistência de direito líquido e certo em favor da impetrante. Segurança denegada.

(TJ/PR - Mand. de Segurança n. 1167539-5 - Curitiba - Órgão Especial - Rel.: Des. **Cláudio de Andrade** - Fonte: DJ, 01.04.2014).

Proprietário deve pedir autorização ao ente público para realizar alterações em seu imóvel

Apelação Cível. Ação cominatória. Realização de obra sem alvará. Notificação administrativa de obra irregular. Comprovada. Sentença mantida. 1. O frequente contato da locatária com o locador para discussão dos assuntos relacionados à reforma, além do acervo probatório constante nos autos, evidenciam que o recorrido teve ciência dos procedimentos administrativos relacionados à notificação das obras irregulares. 2. Mesmo que se trate de reformas necessárias ao imóvel, isto não desobriga o proprietário de obter prévia autorização do ente público para início dos trabalhos. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1148127-3 - Curitiba - 5a. Câ. Cív. -Ac. unânime - Rel.: Des. **Nilson Mizuta** - Fonte: DJ, 31.03.2014).

Servidor público nomeado por meio judicial não deve ser indenizado por diferenças remuneratórias compreendidas entre a data da nomeação e aquela em que deveria ter ocorrido

Administrativo. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos materiais e morais. Concurso público. Nomeação tardia efetivada por meio judicial. Pretensão de recebimento das diferenças remuneratórias referentes ao período compreendido entre a data da nomeação e aquela em que deveria ter ocorrido. Impossibilidade. Ausência de dever indenizatório. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Entendimento adotado pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça. Dano moral não caracterizado. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1174231-5 - Curitiba - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Cunha Sobrinho** - Fonte: DJ, 03.04.2014).

Servidora pública que ocupa cargo em comissão não possui direito ao FGTS

1) Direito Administrativo. Servidora pública. Cargo em comissão. Validade. Regime jurídico estatutário. Inexistência de direito ao recebimento de verbas de natureza trabalhista (FGTS). a) O servidor público ocupante de cargo em comissão, ao ser exonerado do cargo, não faz jus ao recebimento de verbas de natureza trabalhista, cujo pagamento é assegurado ao empregado celetista, vez que o vínculo estabelecido entre as partes é estatutário. b) No caso, a Autora, por intermédio da Portaria nº 127/2005, foi nomeada para cargo em comissão

de Atendente de Creche, previsto na Lei nº 999/2005. c) Assim, não houve ilegalidade na contratação da Autora, que exerceu cargo de confiança de Atendente de Creche por período determinado, sendo exonerada pela Portaria nº 193/2008. d) Nessas condições, não pode a Autora, tendo plena ciência de que exercia cargo em comissão durante todo o período que laborou, anular a contratação, visando descaracterizar o vínculo estatutário e obter vantagens previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (FGTS). 2) Apelo da autora a que se nega provimento. Apelo do réu a que se dá parcial provimento. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1128424-1 - Realeza - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Leonel Cunha** - Fonte: DJ, 24.03.2014).

Valor da indenização por desapropriação de imóvel

1) Direito administrativo. Desapropriação. Justa indenização. Credibilidade do laudo pericial adotado. Correção do erro material constante na sentença em relação ao valor fixado. a) A indenização pela desapropriação deve refletir o preço atual de mercado fixado com base no valor do imóvel na data da avaliação ou da perícia (Precedentes do STJ). b) O laudo pericial adotado na sentença para fixação do valor devido a título de indenização pela área expropriada foi elaborado de forma minuciosa, diligente e fundamentada, além do que considerou pertinentes fatores para se fixar a justa indenização, merecendo credibilidade. c) Desse modo, correta a sentença que, apesar do erro material na fixação do valor, adotou o laudo pericial para fixação do valor devido a título de indenização pela área expropriada. Isto porque o

Perito, que é equidistante das partes, realizou a perícia de forma diligente e fundamentada, considerando vários e pertinentes fatores para se fixar a justa indenização, merecendo credibilidade. 2) Direito administrativo. Desapropriação. Ausência de acordo sobre o valor devido a título de indenização. Ao contrário do que afirma o Apelante, não houve acordo, porque somente um dos proprietários aceitou levantar o valor ofertado, não existindo a concordância dos demais Réus, motivo pelo qual foi imprescindível perícia para fixação do valor devido a título de indenização. 3) Direito administrativo. Desapropriação. Correção monetária do valor depositado judicialmente. A remuneração dos depósitos judiciais efetuados em dinheiro se dá pelos índices estabelecidos para as cadernetas de poupança, de modo que já é efetuada a correção monetária dos valores, razão pela qual não há necessidade de determinação judicial nesse sentido. 4) Direito administrativo. Desapropriação. Limitação em 80% (oitenta por cento) do levantamento do valor depositado

judicialmente. Nos termos do Decreto-Lei nº 3365/41, deve ser limitado o levantamento em até 80% (oitenta por cento) do depósito judicial, além do que deve ser provada a quitação de dívidas fiscais para o deferimento do levantamento. 5) Desapropriação. Juros compensatórios. Termo final. observância do parágrafo 12 do artigo 100 da Constituição Federal. Entendimentos sedimentados pelos tribunais superiores. a) Os juros compensatórios, em desapropriação, somente incidem até a data da expedição do precatório original, conforme disposto no parágrafo 12, do artigo 100 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/09 (precedentes do STJ). b) Assim, no caso dos autos, o termo final dos juros compensatórios deve ser “a data da expedição do precatório original”. 6) Apelo do autor a que se dá parcial provimento. Sentença parcialmente reformada em reexame necessário. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1097573-4 - Almirante Tamandaré - 5a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Leonel Cunha** - Fonte: DJ, 12.12.2013).

CIVIL

Aplica-se o CDC aos contratos de pecúlio e renda temporária

I - Apelação Cível. Ação de cobrança contrato de plano de pecúlio e de contrato de plano de renda temporária. Sentença que julga improcedente o pedido inicial. II - Sentença anulada. Mera interpretação literal do contrato, sem análise da congruência com as normas do CDC. Fundamentação insuficiente. Aplicação do art. 458,

II do CPC. Processo maduro para julgamento. III - Mérito. Aplicação do CDC aos contratos de pecúlio e renda temporária. Equiparação aos contratos de seguro de vida e previdência privada. Relação jurídica de consumo configurada. Arts. 2º e 3º do CDC. IV - Alegação de inadimplência contratual. Cláusulas que isentam o fornecedor de notificar os débitos ao consumidor. Cláusulas abusivas. Art. 51, IV do CDC.

Notificação do contratante acerca da mora não demonstrada. V - Carência anual por morte natural. Cláusulas restritivas do direito do consumidor redigidas em desconformidade com os parâmetros legais. Ausência de destaque, letras miúdas e termos de difícil compreensão. Violação do art. 54, § 3º e § 4º do CDC. Abusividade reconhecida. Nulidade das cláusulas contratuais. Carência afastada. VI - Ausência de demonstração de doença preexistente ou qualquer fator de agravamento do risco que justificasse a negativa no pagamento dos benefícios. - VII - Inadimplência não refutada. Valores relativos aos prêmios devidos. Demonstração do montante em sede de liquidação de sentença. VIII - Pedido julgado parcialmente procedente. Modificação do julgado. Redistribuição dos ônus de sucumbência. Sucumbência mínima da autora reconhecida. Recurso parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1080200-5 - Curitiba - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Jorge de Oliveira Vargas - Fonte: DJ, 20.03.2014).

Aquisição do domínio por meio de usucapião quando comprovado lapso temporal e exercício da posse sem oposição

Ação de usucapião. Pedido julgado improcedente. Preliminar de nulidade da sentença. Art. 458 do CPC. Omissão do nome da ré. Ausência de prejuízo. Mérito. Provas testemunhal e documental que revelam o exercício da posse com *animus domini*, de forma ininterrupta e sem oposição, por mais de 20 anos. Lapso temporal comprovado. Recurso provido. 1. É possível superar o defeito da

sentença que omite o nome do réu, quando não afeta a solução do litígio, não causa qualquer prejuízo e não prejudica a interposição de recurso bem como o oferecimento das contrarrazões. 2. Quando as provas produzidas demonstram que houve o exercício da posse sem oposição pelo lapso de tempo previsto na lei, deve ser reconhecida a aquisição do domínio, com o consequente registro na matrícula do imóvel.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1007467-4 - Matinhos - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.:

Des. **Lauri Caetano da Silva** - Fonte: DJ, 05.12.2013).

Bens adquiridos após a separação com recursos oriundos de bem antes pertencente ao casal deve ser partilhado

Apelação Cível (1) - Ação de separação judicial - Casamento realizado pelo regime da comunhão parcial de bens - Partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância da relação conjugal - Insurgência quanto ao valor atribuído a determinado bem - Ausência de prova - Desgaste pelo uso e decurso de tempo - Partilha de automóvel adquirido posteriormente à separação de fato - Utilização de recursos provenientes de outro bem pertencente ao casal. 1. Não se enquadrando nas exceções legais, são sujeitos à partilha todos os bens que sobrevierem ao casal na constância do matrimônio. 2. O valor dos bens será aferido de acordo com a experiência, quando ausente de prova em relação ao montante pago, levando em conta a desvalorização em razão do tempo e utilização. 3. É partilhável todo o acervo patrimonial, no caso concreto,

porque foi adquirido posteriormente à separação de fato com recursos provenientes de outro bem alienado de propriedade do casal. Recurso conhecido e não provido. Apelação cível (2) - Ação de separação judicial - Casamento realizado pelo regime da comunhão parcial de bens - Dívidas contraídas após a separação de fato do casal - Ausência de provas quanto à utilização dos valores para pagamento de dívida da família. As dívidas contraídas após a separação de fato do casal, deve ser arcada por aquele que a contraiu, mormente se não há provas de que o valor tenha sido utilizado para pagamento de débito familiar. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1057924-9 -

Umuarama - 12a. Câ. Cív. - Rel.: Desa.

Rosana Amara Girard Fachin - Fonte: DJ, 12.02.2014).

Cabível a nulidade da assembleia geral de credores quando existem vícios no plano de recuperação judicial

Agravo de Instrumento. Ação de recuperação judicial. Existência de vícios no plano de recuperação. Nulidade da assembleia geral de credores. Cabimento. Determinação de apresentação de outro plano. Recurso parcialmente provido. A Assembleia Geral de Credores só é reputada soberana para a aprovação do plano se este não violar os princípios gerais de direito, os princípios e regras da Constituição Federal e as regras de ordem pública da Lei 11.101/2005.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 984390-7 - Cascavel - 17a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Mário Helton Jorge** - Fonte: DJ, 02.09.2013).

CDC não pode ser aplicado aos contratos de locação

Apelação Cível. Ação de despejo cumulada com cobrança - Pedido de minoração da multa moratória prevista em 10% para 2%, consoante disposto no CDC - Impossibilidade - Ausência de relação consumerista entre as partes - Lei específica que trata dos contratos de locações. Honorários - Pedido de minoração - Fixação adequada - Manutenção. 1. “Não é possível a redução da multa moratória prevista em 10% no contrato de locação para o percentual máximo de 2% da lei consumerista sob o argumento de violação ao art. 52, § 1º, do CDC, uma vez que, conforme jurisprudência do STJ, o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locativos, incidindo a Súmula 83 do STJ” (STJ, Rel.Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, AgRg no AREsp 143946/ SP, Pub. 28/06/12).2. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1043630-3 - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Muggiati** - Fonte: DJ, 10.02.2014).

Consumidor é indenizado por cancelamento indevido de linha telefônica

Apelação Cível. Ação declaratória c/c indenização por danos morais. Cancelamento de linha telefônica. Alegação da ocorrência em razão de pedido do consumidor. Ausência de provas. Documentos que demonstram a não intenção do consumidor em cancelar a linha. Reclamações junto a Anatel. CD com gravação do atendimento junto a central de relacionamento da empresa de telefonia. Art. 14 do CDC. Responsabilidade objetiva da

prestadora de serviços. Ausência das hipóteses de exclusão. Recurso conhecido e não provido. - Apelação adesiva. Demonstração dos dissabores ocorridos em razão do cancelamento injustificado da linha telefônica. Majoração do quantum indenizatório para R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1120800-9 - Curitiba - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Renato Lopes de Paiva** - Fonte: DJ, 01.04.2014).

Contrato bancário é regido pelo CDC

Agravo Interno. Execução de título extrajudicial. Revisional de contrato bancário. Exibição incidental de documentos. Aplicação do artigo 359 do CPC. Possibilidade por ser pedido incidental. Aplicação do CDC e possibilidade de inversão do ônus da prova mesmo em se tratando de pessoa jurídica. 01. Possível a exibição incidental de documentos quando os documentos são comuns às partes e obtidos mais facilmente pelo fornecedor, sendo aplicável o artigo 359, I do CPC, independente da recursa injustificada do banco, mas tão somente quanto aos documentos não apresentados. 02. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos bancários por expressa disposição legal, sendo aplicável a inversão do ônus da prova e, portanto, ensejando na obrigação da Instituição Financeira provar seu direito, visando ilidir a presunção que passou a vigor em favor do consumidor. 03. É possível a aplicação da inversão do ônus da prova desde que preenchidos os requisitos do inciso VII do artigo 6º do CDC, mesmo em se tratando de pessoa jurídica. Agravo Interno desprovido.

(TJ/PR - Ag. Interno n. 1148914-6/01 - Curitiba - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Cezar Bellio** - Fonte: DJ, 17.03.2014).

Desconto do saldo devedor do empréstimo a partir do montante recebido a título de verbas rescisórias de contrato de trabalho

Apelação Cível - Ação de indenização - Danos materiais e morais - Empréstimo consignado - Desconto em folha - Rescisão do contrato de trabalho - Desconto do saldo remanescente da verba rescisória recebida - Possibilidade - Expressa previsão contratual - Analogia - Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1002271-8 - Londrina - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Domingos José Perfetto** - Fonte: DJ, 13.05.2013).

É abusivo o reajuste unilateral da mensalidade do plano de saúde em razão da alteração de faixa etária do consumidor

Apelação Cível. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual. Plano de saúde. Reajuste unilateral da mensalidade em razão de modificação de faixa etária do consumidor. Impossibilidade. Abusividade. Incidência do CDC, art. 51, IV, e do Estatuto do Idoso. Precedentes do STJ. Prazo prescricional para a repetição de indébito dos valores cobrados indevidamente. Dez anos. Aplicação do art. 205 do CC. Precedentes do STJ. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1097467-1 - Curitiba - 8a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Jorge de Oliveira Vargas** - Fonte: DJ, 25.03.2014).

Em ações relativas ao DPVAT o CDC é inaplicável

Agravo de Instrumento - Ação de cobrança securitária - DPVAT - Aplicação do CDC e inversão do ônus da prova - Impossibilidade - Ausência de relação de consumo entre segurado/beneficiário e seguradora - Obrigação decorrente de lei - Recurso provido. Não há relação de consumo entre o segurado ou beneficiário e a seguradora porque a obrigação das seguradoras conveniadas em pagar as indenizações do seguro obrigatório decorre da lei e não de contrato livremente pactuado entre consumidor, segurado, e o fornecedor do serviço, seguradora. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1125558-0 - Jandaia do Sul - 9a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Osório Moraes Panza** - Fonte: DJ, 20.03.2014).

Falsificação de assinatura gera a inexistência do negócio jurídico

Apelação Cível - Ação reivindicatória - Reconvenção - Denúnciação da lide - Laudo pericial que constatou a falsidade de assinatura aposta em escritura pública de compra e venda - Negócio jurídico inexistente - Pedido da ação reivindicatória improcedente - Não comprovada a participação da autora-reconvinda na fraude - Pedido reconvenicional improcedente - Denúnciação da lide julgada procedente para condenar a litisdenunciada a indenizar a autora - Multa e indenização por litigância de má-fé afastadas em relação à autora-apelante recurso conhecido e parcialmente provido 1. Apurada através de laudo emitido por

grafotécnico nomeado pelo Juízo a falsidade de assinatura em escritura pública de compra e venda, o negócio jurídico é juridicamente inexistente, sendo igualmente inexistente o negócio jurídico subsequente, realizado por um dos partícipes da fraude e por terceiro, ainda que este esteja imbuído de boa-fé. 2. Não havendo título de propriedade válido, os pedidos constantes da ação reivindicatória não de ser julgados improcedentes. 3. Não havendo prova suficiente para respaldar a alegação de que a autora-reconvinda teve participação na fraude na escritura pública de compra e venda, há de ser julgado improcedente o pedido reconvenicional. 4. Demonstrada a participação da litisdenunciada na fraude que levou à declaração de invalidade da escritura de compra e venda, deve a mesma ser condenada a indenizar a litisdenunciante pelos prejuízos decorrentes da improcedência na ação reivindicatória. 5. Não demonstrada a participação da autora-apelante na fraude, há de ser afastada a sua condenação ao pagamento de multa e indenização por litigância de má-fé. 6. Não havendo pedido correspondente e nem tampouco elementos que autorizem tal conclusão, há de ser afastada a declaração de que o réu-apelado seria o “legítimo proprietário” do imóvel objeto da lide, contida no dispositivo da sentença. 7. Recurso que se conhece e se dá parcial provimento.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 884362-1 - Cascavel - 18a. Câm. Cív.- Ac. unânime - Rel.: Des. **Renato Lopes de Paiva** - Fonte: DJ, 01.04.2014).

Fornecedor de serviços possui responsabilidade pela reparação de danos causados ao consumidor relativos à sua prestação

Apelação Cível e Recurso Adesivo. Ação declaratória de nulidade de débito e cancelamento de cartão c/c indenização por danos morais obrigação de fazer e pedido de tutela antecipada. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Mesma cadeia de fornecedores. Inteligência do § único do artigo 7 e artigo 14 do CDC. Dano moral configurado (*in re ipsa*). Valor da indenização. Mantido. 01. Art. 14 do CDC: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.” 02. O apontamento indevido do nome do autor no cadastro de inadimplentes importa em dano moral puro, cujo prejuízo decorrente é presumido. 03. O causador do dano deve ser condenado de forma que proporcione ao lesado satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo impacto para dissuadi-lo de igual e novo atentado, mas não servindo para enriquecimento sem causa. O valor a ser arbitrado a título de danos morais deve ser fixado em valor razoável, consoante as circunstâncias do caso. Recurso de apelação desprovido. Recurso adesivo desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1125131-9 - Guarapuava - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Cezar Bellio** - Fonte: DJ, 02.04.2014).

Imóvel adquirido por um dos cônjuges antes do casamento e pago por ambos durante o matrimônio deve ser partilhado

Processual Civil e Civil. Apelação cível e agravo retido. Ação de divórcio direto não consensual c/c partilha de bens. Parcial procedência dos pedidos. 1. Agravo retido. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa. Inocorrência. 2. Apelação. Partilha de bens móveis. Ausência de impugnação. Desacerto da sentença não demonstrado. Desatendimento à determinação contida no art. 514, inc. ii, do CPC. Não conhecimento. Partilha de imóvel adquirido antes do casamento. Impossibilidade. Imóvel, porém, objeto de financiamento, com o pagamento de parcelas na constância do casamento. Aquisição por título oneroso. Presunção de aquisição por força do esforço comum, ainda que parcialmente. Comunicabilidade (CC, art. 1600, inc. I). Possibilidade de partilha do imóvel na proporção das parcelas pagas do financiamento, durante a constância do casamento. Apuração em liquidação de sentença. Agravo retido não provido. Apelação conhecida e parte e parcialmente provida.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1081258-5 - Pinhais - 12a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Mário Helton Jorge** - Fonte: DJ, 04.04.2014).

Indenização decorrente de inscrição em cadastro de restrição ao crédito sem prévia comunicação ao correntista

Apelação Cível. Ação declaratória de inexistência de

débito cumulada com indenização por danos morais. Sentença pela procedência. Recurso de ambas as partes. Relativização do princípio da *pacta sunt servanda* em razão da função social do contrato de adesão e onerosidade excessiva. Inscrição do nome da correntista em cadastros de restrição ao crédito, pela instituição financeira, com base em dívida pendente sem prévia comunicação. Inscrição indevida. Configuração de danos morais. Termo inicial dos juros de mora a partir do evento danoso. Pedido de redução pelo banco e majoração pela autora. Montante arbitrado que se mostra razoável à reparação do dano. 2 Recurso de apelação cível da autora conhecido e parcialmente provido. Recurso de apelação cível do réu conhecido e parcialmente provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1059149-4 - Londrina - 13a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Rosana Andriquetto de Carvalho** - Fonte: DJ, 21.03.2014).

Instituição financeira possui o dever de prestar contas ao correntista

Apelação Cível - Ação de prestação de contas - Primeira fase procedimental - Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial. Apelo do banco - 1. Carência de ação por inadequação do procedimento - Pretensão revisional e pedido genérico - Inocorrência - 2. Inaplicabilidade prescrição trienal - Não sujeição - 3. Carência de ação por falta de interesse de agir - Inocorrência - Dever da instituição financeira de prestar contas - Envio regular de extratos mensais - Irrelevância - 4. Violação da boa-

fé objetiva do banco e *supressio* - Inaplicabilidade - Direito subjetivo do autor de exercer o direito de ação enquanto não prescrita a pretensão - Recurso desprovido. 1. Na ação de prestação de contas não há pretensão revisional, pois o que se busca é verificar a regularidade dos lançamentos efetuados pela instituição financeira na conta corrente. Além disso, diante do reconhecimento do direito do correntista à prestação de contas, não é necessário que na propositura da ação a parte autora impugne de forma objetiva os lançamentos, pois a ação de prestação de contas se funda na ausência de informações que possam levar ao reconhecimento de qualquer obscuridade. 2. Em razão de possuir natureza pessoal, a ação de prestação de contas de lançamentos bancários não se sujeita à 3. Inexiste carência da ação por falta de interesse de agir por ser direito do correntista obter a prestação de contas, conforme Súmula nº 259 do STJ assim enunciada: “A ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular de conta corrente bancária”. O fato de a entidade bancária haver expedido extratos, ou os colocado à disposição do correntista, não ilide o dever de prestar contas, de forma mercantil, se instado a isso pelo correntista ou contratante para obter pronunciamento judicial acerca da exatidão dos lançamentos efetuados. 4. Não há que se falar em boa-fé da instituição financeira, mormente quando, mesmo condenada por várias vezes pelo Judiciário pelos mesmos pedidos, continua a cobrar taxas, tarifas e encargos ilegais. Assim, nesse caso, não se presume a sua boa-fé. Em segundo lugar, não se

aplica a teoria da *supressio* porque o direito material não se esvaziou. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1162446-5 - Cianorte - 13a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luís Carlos Xavier** - Fonte: DJ, 14.03.2014).

Mesmo quando autorizado pelo cliente, o empréstimo não pode ultrapassar 30% de sua remuneração

Apelação Cível. Ação de obrigação de não fazer/cindenização por danos morais e antecipação da tutela. Conta corrente onde são depositados vencimentos da autora. Sentença que limitou os descontos referentes a empréstimos em 30% da remuneração. Sentença de parcial procedência. Apelo de ambas as partes. Apelo do banco. Insurgência quanto a limitação determinada. Possibilidade de débitos em conta corrente. Limite de 30% da renda. Aplicação por analogia do Dec. nº 6.386/2008. Proteção constitucional ao salário. Aplicação do princípio da dignidade humana. Sentença mantida. Apelo da autora. Recurso parcialmente conhecido. Limitação do desconto. Ausência de prejuízo. Indenização por danos morais. Ato ilícito. Ausência de comprovação, ainda que mínima, dos danos morais sofridos. Pedido de redistribuição do ônus sucumbencial. Pretensão afastada. Sentença mantida. Recurso de apelação cível do banco réu conhecido e não provido. Recurso de apelação cível da autora parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 893830-3 - Curitiba - 13a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rosana Andriquetto de Carvalho** - Fonte: DJ, 26.03.2014).

Necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante norteiam a concessão de alimentos

Agravo de Instrumento - Ação cautelar de alimentos - Alimentos provisionais - *Fumus boni juris* e *periculum in mora* - Juízo de cognição sumária acerca do binômio necessidade-possibilidade - Valor fixado que excede a capacidade do alimentante - Redução do pensionamento alimentar devido.

1. Os alimentos cautelares devem ser deferidos sempre que presentes os requisitos gerais das medidas cautelares, quais sejam: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.
2. A quantificação dos alimentos provisionais deve mensurar objetivamente a necessidade de quem pleiteia os alimentos e a possibilidade financeira de quem os fornece, priorizando a necessidade imediata do alimentando. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1131934-7 - Curitiba - 12a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rosana Amara Girardi Fachin** - Fonte: DJ, 13.03.2014).

Nulo o aval prestado sem outorga uxória

Apelação Cível - Anulatória de aval c/c tutela antecipada - Aval prestado sem outorga uxória - Ofensa ao art. 1.647, inc. III, do Código Civil - Nulidade do ato - Honorários de sucumbência - Readequação aos critérios do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC - Sentença parcialmente reformada - Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1027178-8 - Foz do Iguaçu - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Maria Mercis Gomes Aniceto** - Fonte: DJ, 07.03.2014).

Os bens adquiridos por meio de herança após a separação não integram a meação, ainda que o casamento tenha sido em comunhão universal

Processual Civil. Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico. Indeferimento da petição inicial. Ausência de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido uma vez que o imóvel fora herdado por cônjuge após a separação fática do casal. O fim da vida conjugal confessado pelo apelante interrompe a comunicabilidade. Ausentes as condições de ação. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento. A aquisição de bens por sucessão hereditária ocorrida após separação de fato não integra a meação, ainda que adotado o regime da comunhão universal, porquanto o regime de bens finda com a ruptura da vida em comum.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1139152-7 - Teixeira Soares - 12a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Desa. **Ivanise Maria Tratz Martins** - Fonte: DJ, 04.04.2014).

Os requisitos para procedência de ação de reintegração de posse são a posse anterior do imóvel, a perda da posse e a prática do esbulho pela parte contrária

Civil e Processo Civil. Ação de reintegração de posse. Pedido julgado procedente. Esbulho possessório comprovado. Imóveis contíguos. Réus que adquiriram uma área de 4.374,00 m² e ocupam área de 8.069,15 m². Levantamento topográfico. Prova produzida com a anuência das partes. Apelante que, juntamente com

seu procurador, encontravam-se presentes no momento da produção da prova. Inexistência de recurso preclusão. Julgamento *ultra petita*. Inocorrência. Pretensão de direito material que corresponde à área esbulhada. Presença dos requisitos do art. 927 do CPC. Recurso desprovido. Na ação de reintegração de posse, é imprescindível a configuração de todos os requisitos legais, quais sejam: a posse anterior do imóvel, a perda da posse e a prática do esbulho pela parte contrária, nos termos do art. 927, do CPC. Comprovados os referidos requisitos, a proteção possessória é medida que se impõe.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1054857-1 - Bocaiuva do Sul - 17a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lauri Caetano da Silva** - Fonte: DJ, 12.03.2014).

Partilha de bens adquiridos durante a união estável

Apelação Cível - Ação de conversão de separação em divórcio litigioso c/c divisão de bens - Discussão exclusivamente sobre a partilha de bens - Reconhecimento da união estável - Presunção de esforço comum - Bens adquiridos na constância da união estável - Não demonstração da ocorrência das hipóteses previstas no art. 1.659 do Código Civil - Art. 333 do Código de Processo Civil - Bens que ingressam na comunhão e devem ser partilhados - Sentença mantida. 1. Reconhecida a união estável, em decorrência da existência de comunhão plena de vida entre as partes, presume-se o esforço comum na aquisição dos aquestos. 2. Os bens adquiridos na constância da união estável devem

ser partilhados de maneira igualitária, a menos que se demonstre alguma das hipóteses excludentes previstas no art. 1.659 do Código Civil ou, ainda, a disposição das partes no sentido contrário. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1062303-3 - Cascavel - 12a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rosana Amara Girardi Fachin** - Fonte: DJ, 06.02.2014).

Possível usucapir terra de fronteira

Ação de usucapião extraordinário. Sentença que consolidou o domínio da área usucapienda nas mãos dos autores. Insurgência do INCRA. Terra de fronteira. Possibilidade de usucapir. Inexistência de presunção de domínio público. “Esta Corte Superior possui entendimento de que a circunstância do imóvel objeto do litígio estar situado em área de fronteira não tem, por si só, o condão de torná-lo de domínio público. A ausência de transcrição no ofício imobiliário não conduz à presunção de que o imóvel se constitui em terra devoluta, cabendo ao Estado o encargo de provar a titularidade pública do bem. Precedentes” (AgRg no REsp 611.577/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 20/11/2012, DJE 26/11/2012). Recurso não provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1067126-6 - Icaraíma - 18a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Cezar Nicolau** - Fonte: DJ, 19.02.2014).

Presume-se que os créditos recebidos pelo varão durante o casamento foram utilizados pelo casal

Agravo de Instrumento. Autos de sobrepartilha. Valor recebido pelo

agravante a título de juros e correção monetária das poupanças existentes durante a constância da união conjugal. “Plano verão”. Comunhão universal. Comunicabilidade. Presunção de que os créditos recebidos pelo varão na constância do casamento foram revertidos em favor do casal. Decisão correta. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1030684-6 - Maringá - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Fernando Wolff Bodziak** - Fonte: DJ, 25.03.2014).

Responsabilidade civil da instituição financeira que negativa cliente junto a serviço de proteção ao crédito mesmo com pagamento mínimo da fatura do cartão de crédito

Apelação Cível. Ação declaratória c/c indenização por danos morais. Pretensão recursal de imputar unicamente à vítima a culpa pela falha na identificação de pagamentos mínimos oriundos de dívida de cartão de crédito. Afastamento. Risco da atividade que impõe ao fornecedor de serviços bancários a responsabilidade pelos vícios no serviço oferecido. Exclusão dos danos morais. Descabimento. Patamar indenizatório fixado em montante razoável. Observância aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sentença escoreita. Recurso desprovido. I - Responde civilmente a instituição financeira que, ao não identificar adequadamente os pagamentos mínimos feitos em razão de dívida oriunda de cartão de crédito, ignorando os pagamentos

corretamente efetuados pelo cliente no patamar mínimo conforme faculdade contratual, procede à negativação de seu nome em cadastros de restrição ao crédito por dívida inexistente, devendo em razão de sua falha administrativa responder por perdas e danos. II - “A fixação do quantum indenizatório deve considerar a intensidade da falta cometida (grau de culpa), o prejuízo moral sofrido e a capacidade econômica dos litigantes, atentando para que o valor reparador não seja irrisório ou proporcione enriquecimento ilícito à outra parte. Precisa, portanto, cumprir com razoabilidade a sua dupla finalidade, ou seja, a de punir o réu pelo ato ilícito e negligente que praticou e, de outro lado, a de reparar a vítima pelo sofrimento moral experimentado.” (TJPR, AP. Cível 667.161-6, Acórdão

21.184, 14a. Câ. Cív., Des. Edgard Fernando Barbosa, p. 12.01.2011). (TJ/PR - Ap. Cível n. 892474-1 - Pato Branco - 14a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Laertes Ferreira Gomes** - Fonte: DJ, 21.03.2014).

SAC não se presta para o recálculo de financiamento habitacional

Agravo de Instrumento. Ação de revisão contratual. Sistema financeiro de habitação. Liquidação de sentença. Adoção do sistema de amortização constante (SAC). Impossibilidade. Juros que devem ser calculados de forma simples e linear. Reforma em parte da decisão recorrida. Recurso provido. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1161974-0 - Curitiba - 14a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Celso Jair Mainardi** - Fonte: DJ, 21.03.2014).

CRIMINAL

A palavra da vítima possui especial relevância em caso de violência doméstica

Apelação Criminal - Lesão corporal - Lei Maria da Penha - Ex-marido - Aplicação da Lei nº 11.340/06 - Materialidade e autoria comprovadas - Prova suficiente - Palavra da vítima - Relevância - Condenação mantida - Recurso desprovido. 1. Presentes a materialidade e a autoria delitivas, a manutenção da condenação é medida que se impõe. 2. Nos delitos de violência doméstica e familiar, a palavra da vítima é fundamental para a elucidação dos fatos.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1158740-9 - Campo Largo - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antonio Loyola Vieira** - Fonte: DJ, 28.03.2014).

Apenado deve cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o regime ao qual foi condenado

Habeas Corpus - Paciente condenado a cumprir pena em regime semiaberto, mas que se encontra recolhido junto a casa de custódia de Londrina/PR - Constrangimento ilegal configurado - É direito do

condenado cumprir a pena em estabelecimento penal adequado ao regime fixado na sentença - Remoção que deve ser realizada pelo juízo da execução - Prisão domiciliar e cumprimento da pena em regime aberto - Impossibilidade - Não preenchimento das exigências legais - Ordem parcialmente concedida.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1176776-7 - Jacarezinho - 4a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Carvílio da Silveira Filho** - Fonte: DJ, 02.04.2014).

Conduta do acusado, resultado do crime e valor da rês devem ser considerados para aplicação do princípio da insignificância

Apelação Crime - Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo na sua forma tentada (Art. 155, § 4º, inciso I c/c art. 14, inciso II, ambos do CP) - Pleito pela aplicabilidade do princípio da insignificância - Impossibilidade - Réu reincidente - Demanda pela desclassificação - Afastamento de qualificadora - Descabimento - Sentença mantida - Recurso conhecido e desprovido. 1) Na aplicação do princípio da insignificância, além do valor da rês, que deve ser desprezível, há que se levar em conta o desvalor da conduta e do resultado, a repercussão do fato na pessoa da vítima e as condições pessoais do acusado.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1.150.903-4 - Paranaguá - 3a. Câ. Crim. - Rel.: Des. **José Cichocki Neto** - Fonte: DJ, 26.03.2014).

Crime de ameaça consuma-se quando a vítima toma conhecimento

Apelação Criminal - Vias de fato ameaça - Violência doméstica e familiar contra a mulher - Condenação - Pleito de absolvição por falta de dolo na, vias de fato e por atipicidade da conduta na ameaça - Não caracterização - Vias de fato - Um simples empurrão já caracteriza a contravenção - Na ameaça o crime é formal e se consoma no momento em que a vítima tem conhecimento - Irrelevante sua efetiva consumação, bastando o propósito de causar temor, inquietação ou sobressalto, para que se tenha a tipicidade da conduta - Dolo comprovado - Prova suficiente de autoria e materialidade - Palavra da vítima tribunal de justiça corroborada por outras evidências do crime - Condenação mantida - Recurso desprovido. Considera-se vias de fato como a briga ou a luta quando delas não resulta crime, como o caso sub examine, no qual da violência empregada contra a pessoa não decorreu ofensa à sua integridade física.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1156134-3 - Terra Boa - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antonio Loyola Vieira** - Fonte: DJ, 28.03.2014).

Estado de embriaguez durante o crime não exclui a capacidade de entendimento e vontade do agente

Apelação crime. Crime de furto simples. Art. 155, *caput*, do Código Penal. Pedido de absolvição. Princípio do *in dubio pro reo*. Não incidência. Autoria e materialidade comprovadas. Depoimentos firmes

das testemunhas. Imagem do circuito interno de vigilância mostrando o réu na casa da vítima, no horário e data mencionados na denúncia. Condenação mantida. Exclusão da imputabilidade pela embriaguez. Impossibilidade. Ação voluntária do acusado. Não incidência do princípio da insignificância. Desvalor da conduta do réu. Prejuízo de mais de mil reais suportado pelo ofendido. Recurso desprovido. a) Mantém-se a condenação se comprovada a autoria e materialidade do crime. b) A alegada embriaguez não leva à exclusão da capacidade de entendimento e vontade do agente, uma vez que não existem provas de tratar-se de embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, a única capaz de excluir a imputabilidade. - Apelação Criminal nº 1.171.674-8--2c) A quantia de R\$5.040,00 (cinco mil e quarenta reais) era bastante superior ao salário mínimo vigente à época dos fatos (19.11.11), de R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais), consoante a Lei nº 12.382/2011. Por conseguinte, considerando-se os padrões da sociedade brasileira, não é valor ínfimo que justifique a aplicação do princípio da insignificância.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1171674-8 - Pato Branco - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rogério Luis Nielsen Kanayama** - Fonte: DJ, 02.04.2014).

Garantia da ordem pública é fundamento para a decretação e manutenção da prisão preventiva

Habeas Corpus. Processual Penal. Paciente preso pela prática do delito de tráfico de entorpecentes (art. 33, da Lei nº 11.343/06). Prisão em

flagrante convertida em preventiva. Pleito de revogação da cautelar. Inviabilidade. Fundamentação idônea. Índícios suficientes da autoria e prova da materialidade. Garantia da ordem pública. Reiteração criminosa. Registro da prática de outros delitos. Substituição da segregação por medidas cautelares diversas para o coindiciado. Situação processual distinta. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada. a) “A garantia da ordem pública, para fazer cessar a reiteração criminosa, é fundamento suficiente para a decretação e manutenção da prisão preventiva, quando se constata que o paciente é duplamente reincidente em crime grave contra o patrimônio, além de possuir extensa folha de antecedentes criminais, circunstâncias que revelam a sua propensão a atividades ilícitas, demonstrando a sua periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.” (STJ. HC 250.947/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 25/04/2013). b) A substituição da prisão por cautelares diversas para o coindiciado não implica, necessariamente, na adoção da mesma medida em relação ao paciente, já que a situação processual dos dois não é idêntica.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1.184.064-7 - Cornélio Procópio - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rogério Luis Nielsen Kanayama** - Fonte: DJ, 26.03.2014).

Hipóteses de trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus*

Habeas Corpus - Crime fiscal (Art. 1º, incisos I, II e IV, da Lei 8.137/1990) - Pleito pelo trancamento da ação penal. Alegação de falta de

justa causa, bem como de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório - Necessidade de exame de provas. Impossibilidade em sede de *habeas corpus* - Descrição suficiente das condutas na denúncia. Cumpridos os requisitos do artigo 41, do CP. *Habeas corpus* conhecido. Ordem denegada. 1. O trancamento de ação penal é medida excepcional que só deve ser determinado quando da imputação de fato penalmente atípico; da inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo de autoria ou da materialidade do delito ou, ainda, causa excludente de punibilidade. Não ocorrendo nenhuma destas hipóteses deve a ação penal prosseguir. Poder judiciário Tribunal de Justiça.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1189721-7 - 2a. Câ. Crim. - Colombo - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Carlos Dalacqua** - Fonte: DJ, 26.03.2014).

Inexiste excesso de prazo em prisão preventiva quando o acusado encontra-se foragido

Habeas Corpus. Tráfico de entorpecentes e posse irregular de arma de fogo de uso permitido. “Constrangimento ilegal” por “excesso de prazo” para a prestação jurisdicional. Feito que aguarda desde 07.08.13 a juntada do laudo toxicológico e do laudo de prestabilidade de arma de fogo. ‘Constrangimento ilegal’, entretanto, que não resta caracterizado. Paciente que, colocado em liberdade por equívoco, se encontra foragido, até a presente data. Precedentes. “Não há excesso de prazo na prisão preventiva se o Paciente permanece foragido” (HC 242.189/RJ, Rel. Ministra Laurita

Vaz, quinta turma, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013). Ordem denegada.

(TJ/PR - *Habeas Corpus* n. 1173319-0 - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Sônia Regina de Castro** - Fonte: DJ, 28.03.2014).

Justa causa da ação penal depende-se da existência de materialidade do crime e de indícios de autoria

Denúncia crime. Prefeito municipal. Crimes tipificados nos incisos II e V do art. 1º, ambos da Lei nº 8.137/90. Indícios suficientes de autoria e materialidade. Denúncia que preenche os requisitos dos artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal. Prática, todavia, de uma única conduta de supressão ou redução de tributo mediante dois dos cinco modos de execução previstos nos incisos do art. 1º da Lei nº 8.137/90. Denúncia recebida pela prática de um único crime, descrito no art. 1º, incisos II e V, da Lei nº 8.137/90.1. A denúncia que descreve a exposição dos fatos reputados delituosos, com todas as suas circunstâncias, é passível de ser recebida, para que se apure, sob o crivo do contraditório, a verdade material atinente à narrativa acusatória. 2. Há justa causa para o exercício da ação penal, quando exsurge dos autos provas mínimas que demonstram a materialidade e indícios suficientes de autoria, sem necessidade de maior aprofundamento da análise de todo o conjunto fático-probatório.

(TJ/PR - Denúncia Crime n. 1108205-0 - Curitiba - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Maurício Pinto de Almeida** - Fonte: DJ, 14.03.2014).

Não é possível substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito quando não preenchidos os requisitos do art. 44/CP, I

Apelação. Penal. Tráfico de entorpecentes (art.33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Recurso do Ministério Público. Pleito de diminuição da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, para 1/6 (um sexto). Quantidade de entorpecente. Natureza da droga. Acolhimento. Manutenção do regime de cumprimento da pena. Afastamento da substituição da reclusão por restritivas de direito. Improcedência. Recurso provido em parte. a) “A *mens legis* da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e ser em seus possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. (...) Hipótese em que dadas a apreensão de quantidade considerável e a natureza da substância entorpecente, inclusive na residência do condenado, não há como se afastar a conclusão de que se dedique à atividade criminosa do tráfico, razão porque descabe ser beneficiado pela modalidade de tráfico privilegiado.” (STJ. AgRg no AREsp 351.954/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 23/09/2013). - Apelação Criminal nº 1.159.460-0--b) Mantém-se o regime aberto se, com a detração prevista no art. 387, do Código de Processo Penal, a pena é inferior a 4 (quatro) anos e as circunstâncias judiciais, com exceção de uma, são

favoráveis ao réu que é menor de 21 anos.c) Inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito se não preenchido os requisitos do art. 44, I, do Código Penal.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1159460-0 - Foz do Iguaçu - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rogério Luis Nielsen Kanayama** - Fonte: DJ, 02.04.2014).

Palavra da vítima pode embasar decreto condenatório

Apelação. Penal e processo penal. Roubo qualificado (art. 157, § 3º, do Código Penal). Pedido de absolvição. Insubistência. Materialidade e autoria provadas. Palavra da vítima. Validade e importância. Depoimento corroborado pelas demais testemunhas. Condenação mantida. Recurso desprovido. a) Mantém-se a condenação do réu pela prática de roubo qualificado, porquanto provadas a autoria e a materialidade. b) “Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a palavra das vítimas é plenamente admitida para embasar o decreto condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade” (STJ - AgRg no AREsp nº 297871/RN, Quinta Turma, Rel. Desembargador Convocado do TJPR Campos Marques, DJ: 18.4.2013). (TJ/PR - Ap. Criminal n. 1163462-3 - Cornélio Procópio - 3a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rogério Luis Nielsen Kanayama** - Fonte: DJ, 02.04.2014).

Porte ilegal de arma de fogo não exige dolo específico

Apelação Crime. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

(Art. 14 da Lei 10.826/03). Alegação de que não havia a intenção de prejudicar terceiros, mas sim de cometer suicídio. Descabimento. Tipo que não exige dolo específico. Portar ilegalmente arma de fogo, por si só, afeta a incolumidade pública de uma maneira geral, e não individualizada. Paz social. Segurança pública. Conduta típica. Arma desmuniçada. Irrelevância. Fato que não afasta a tipicidade da conduta. Precedentes nos tribunais superiores. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Criminal n. 1.150.207-7 - São Miguel do Iguazu - 2a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Carlos Dalacqua** - Fonte: DJ, 26.03.2014).

Sistema oráculo pode ser utilizado para verificação de informações sobre antecedentes do réu

Revisão Criminal - Receptação, adulteração de sinal identificador de veículo automotor e porte irregular de munição de uso permitido - Pena - Utilização do sistema oráculo para obtenção de informações sobre os antecedentes do réu - Possibilidade - Reincidência configurada - Constitucionalidade da agravante reconhecida pelas e. cortes superiores - Pedido improcedente.

(TJ/PR - Rev. Criminal n. 1025116-0 - Cianorte - 1a. Câ. Crim. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Telmo Cherem** - Fonte: DJ, 28.03.2014).

PROCESSO CIVIL

A intimação para apresentação de contrarrazões é condição de validade da decisão que causa prejuízo ao agravado

Agravo Interno - Agravo de instrumento provido por decisão monocrática - Alegação de violação ao princípio do contraditório - Ausência de intimação para apresentação de contrarrazões - Obrigatoriedade - Observância dos artigos 527, V, e 557 do Código de Processo Civil - Nulidade - Orientação jurisprudencial - Agravo provido - Embargos declaratórios - Omissão quanto à não fixação de honorários advocatícios frente à sucumbência - Prejudicados - Reforma da decisão monocrática - Privimento ao agravo regimental e prejudicados os declaratórios.1. A intimação da

parte agravada para apresentação de resposta é procedimento natural de preservação dos princípios do contraditório e ampla defesa, e o Superior Tribunal de Justiça já assentou entendimento nesse sentido quando da apreciação do REsp 1.148.296/SP, em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos.

(TJ/PR - Ag. Interno n. 956771-1/02 - 14a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **José Hipólito Xavier da Silva** - Fonte: DJ, 23.11.2012).

Aplicação do princípio da dialeticidade em matéria recursal

Apelação Cível - Ação de cobrança - Fundamentos da decisão não atacados - Ofensa ao princípio da dialeticidade - Recurso

não conhecido. 1. “No tocante aos recursos, vige o princípio da dialeticidade, segundo o qual “o recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão” assim como “os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente, e, finalmente, o pedido de nova decisão” (Nelson Nery Júnior, “Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos”, 5ª ed., Revista dos Tribunais, 2000, p. 149). ...” (STJ - AgRg no AREsp 240.079/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/11/2012, DJe 22/11/2012) 2. Recurso não conhecido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1034645-5 - Umuarama - 7a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Guilherme Luiz Gomes** - Fonte: DJ, 29.08.2013).

Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória

Direito Processual Civil - Agravo regimental - Decisão do relator que negou seguimento aos embargos infringentes - Interposição em face de decisão não unânime em agravo de instrumento - Questão liminar (tutela possessória de urgência) - Impossibilidade - Agravo de instrumento que não decidiu o mérito - Excepcionalidade jurisprudencial não aplicável - Incabíveis os embargos infringentes, quando a decisão colegiada majoritária não reforma a decisão singular objeto do recurso à superior

instância - Inteligência ao art. 530 do CPC - Irresignação descabida - Ausência do pressuposto de adequação - Não conhecimento dos embargos infringentes - Recurso não provido.” Se a sentença ou decisão de mérito não resultam reformadas pelo julgamento por maioria, inviável o cabimento dos infringentes, sob pena de ofensa ao critério da dupla conformidade, segundo o qual, se o entendimento do Juiz *a quo* é mantido pelo Tribunal, não se pode interpor mais um recurso no âmbito interno do próprio Tribunal, sendo essa a *ratio legis* da modificação legislativa, que restringiu o âmbito de cabimento dos embargos infringentes.”

(TJ/PR - Ap. Cível n. 776.027-0/03 - Curitiba - 18a. Câ. Cív. - Ac. por maioria - Rel.: Des. **Espedito Reis do Amaral** - Fonte: DJ, 28.02.2013).

Certidão do oficial de serviço notarial e registral atestando a entrega de notificação no endereço do réu é meio de prova da constituição da mora

Ação de busca e apreensão. Extinção do processo por ausência de comprovação da mora do réu. Insurgência do autor. A certidão do Oficial de Serviço Notarial e Registral no sentido de que a notificação foi entregue no endereço do réu se constitui prova apta e eficaz da constituição da mora, motivo pelo qual deve ser cassada a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito e ter o feito regular tramitação. Recurso provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1084559-9 - Cascavel - 18a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Cezar Nicolau** - Fonte: DJ, 01.04.2014).

Cobrança de taxa condominial prescreve em 10 anos

Apelação Cível - Ação de cobrança - Taxas condominiais - Prescrição - Inocorrência - Aplicação do prazo decenal do artigo 205 do CC/2002 - Sentença reformada - Inaplicabilidade do disposto no artigo 515, § 3º, do CPC ao presente caso - Retorno dos autos ao juízo de origem para o regular processamento do feito - Recurso parcialmente provido. O entendimento majoritário desta Câmara é no sentido de que se aplica ao caso o prazo prescricional decenal regido pelo art. 205 do atual Código Civil, com a regra de transição do art. 2028. Isso porque, levando-se em conta os anos a que se referem as despesas condominiais (1996 e 1997), até a data que entrou em vigor o Novo Código Civil (11/01/2003), não transcorreram mais da metade do prazo estipulado no art. 177 do Código Civil de 1916.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1141149-1 - Londrina - 9a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Luiz Osório Moraes Panza - Fonte: DJ, 26.03.2014).

Embargos de declaração para fins de prequestionamento devem limitar-se a matéria disciplinada no art. 535/CPC

Embargos de Declaração. Omissão, contradição e obscuridade. Vícios inexistentes. Sentença extintiva anulada. Possibilidade de julgamento, desde logo, pelo tribunal, sem que isso importe em supressão de instância. Acórdão embargado que se fundamentou na “ausência de interesse de agir pela inadequação

da via eleita” e não na “ausência de prova”. Inteligência do artigo 515, § 3º, do CPC. Mero inconformismo com pretensão de rediscussão do julgado. Prequestionamento. Impossibilidade, na ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Embargos rejeitados. 1. Não prosperam os embargos de declaração quando a pretensão integrativa almeja reapreciar o julgado, a fim de que a prestação jurisdicional seja alterada para atender à expectativa da parte. 2. Ainda que para fins de prequestionamento, os embargos de declaração não de se ater aos limites traçados no art. 535 do Código de Processo Civil, ao menos em um desses incisos.

(TJ/PR - Embs. de Declaração n. 861881-3/02 - Fazenda Rio Grande - 18a. Câmara Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Espedito**

Reis do Amaral - Fonte: DJ, 07.02.2014).

Execução provisória de decisão interlocutória que impõe astreintes pelo não cumprimento de determinação judicial

Agravo de Instrumento - Execução provisória fundada em multa aplicada em razão de descumprimento de decisão liminar - Possibilidade - Revisão da multa diária/astreinte - Preclusão - Não aplicação ao caso do art. 461, § 6º do CPC. Enquanto não confirmada por sentença transitada em julgado, é cabível a execução/cumprimento provisória da decisão interlocutória, da qual não houve recurso, que impôs multa diária/astreintes pelo não cumprimento de determinação judicial. Com sentença transitada em julgado, confirmando as astreintes,

a execução transforma-se em definitiva. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1142241-4 - Cascavel - 14a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Octavio Campos Fischer** - Fonte: DJ, 02.04.2014).

Herdeiro não pode utilizar a ação de usucapião para reconhecer domínio sobre imóvel objeto de partilha

Agravo de Instrumento. Ação de usucapião. Herdeiros. Insurgência em virtude da decisão de 1º grau que determinou a suspensão da ação até a abertura do inventário. Decisão mantida. Usucapião ajuizada com exclusão de um dos herdeiros. Impossibilidade. Precedentes. Recurso desprovido. A ação de usucapião não é o instrumento adequado para o herdeiro postular o reconhecimento do domínio sobre imóvel que deve ser partilhado entre todos os herdeiros.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1057389-0 - Matinhos - 17a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Lauri Caetano da Silva** - Fonte: DJ, 28.03.2014).

Incidindo o CDC ou se tratando de contrato de adesão com foro de eleição, a competência territorial é absoluta

Agravo de Instrumento - Ação de indenização por danos materiais e morais - Ré concessionária de serviço público - Relação de consumo evidenciada - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Remessa dos autos, de ofício, à comarca de domicílio do consumidor - Possibilidade - Regra de

competência absoluta - Inteligência da súmula 40, da seção cível desta corte - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça - Demais matérias suscitadas no agravo que não foram objeto da decisão agravada - Impossibilidade de conhecimento - Recurso parcialmente conhecido e não provido na parte conhecida. “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 40, Seção Cível - TJPR).

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1161114-4 - São José dos Pinhais - 9a. Câm. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Domingos José Perfetto** - Fonte: DJ, 26.03.2014).

Inexiste nulidade de pronunciamento por ausência de relatório em decisão que extingue o processo sem resolução de mérito

Ação de busca e apreensão. Extinção do processo por abandono. Insurgência do autor. Somente a sentença de mérito é que deve conter relatório, fundamentação e dispositivo (art. 458 CPC). Nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito o juiz decidirá de forma concisa (art. 459, segunda parte, CPC). Foi o que ocorreu no presente caso, inexistindo, assim, nulidade no pronunciamento proferido, que deixou clara a razão de decidir. Revelando-se que o autor efetivamente deixou de praticar ato de sua exclusiva responsabilidade, consistente em postular as medidas adequadas ao caso, que possibilita, inclusive, dentre elas, a conversão da ação originária em ação de

depósito, permanecendo inerte embora regular e pessoalmente intimado para se manifestar sobre o interesse no prosseguimento do feito sob pena de extinção, a sentença que extinguiu o processo não merece alteração. No caso em análise não se aplica a Súmula 240 do Superior Tribunal de Justiça porque o réu sequer foi citado. Orientação, nesse sentido, do próprio Superior Tribunal. Recurso não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1107106-8 - Francisco Beltrão - 18a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Cezar Nicolau** - Fonte: DJ, 01.04.2014).

Os herdeiros da vítima de acidente automobilístico não têm legitimidade para pleitear a indenização do seguro DPVAT em casos de invalidez permanente

Apelação Cível - Ação de cobrança - DPVAT - Pedido de indenização decorrente de invalidez permanente - Falecimento do autor antes da produção de prova pericial e da prolação de sentença - Habilitação dos herdeiros - Impossibilidade - Direito personalíssimo - Artigo 4º, *caput* e § 3º, da Lei nº 6.194/74 - Hipótese de ilegitimidade ativa - Precedente desta corte - Matéria de ordem pública, cognoscível em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício - Sentença cassada - Processo extinto sem resolução do mérito (CPC, 267, VI) - Condenação da parte autora ao pagamento dos encargos de sucumbência - Recurso prejudicado.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1152524-1 - Foz do Iguaçu - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Luiz Osório Moraes Panza** - Fonte: DJ, 26.03.2014).

Para medida cautelar é fundamental a probabilidade da ação de mérito

Apelação Cível. Ação cautelar de exibição de documentos. Ação principal - Discussão acerca da ilegalidade da cobrança de encargos acessórios - Faturas de energia elétrica - Instrumento procuratório - Finalidade específica - Ajuizamento de ação declaratória cumulada com repetição de indébito de PIS e COFINS - Entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça Quanto a legitimidade da cobrança. 1. “Mas como a medida cautelar pressupõe um processo principal, exige o Código que aquele que pretende a tutela instrumental preventiva, demonstre a existência ou a probabilidade da ação de mérito.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 528). 2. “É legítimo o repasse às tarifas de energia elétrica do valor correspondente ao pagamento da Contribuição de Integração Social - PIS e da Contribuição para financiamento da Seguridade Social - COFINS devido pela concessionária.” (REsp nº 118507-0, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 27/09/2010). 3. Recurso conhecido e desprovido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1016139-4 - Joaquim Távora - 11a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Ruy Muggiati** - Fonte: DJ, 15.10.2013).

Penhora sobre faturamento da empresa

Agravo Interno. Execução de título extrajudicial. Penhora sobre faturamento da empresa.

Excepcionalidade. Possibilidade. Somente em condições excepcionais pode ser determinada a penhora sobre o faturamento da empresa, ou seja, se por outra maneira não puder ser satisfeito o interesse do credor, e desde que verificados os três requisitos: a) a ausência de bens que possam garantir o juízo, b) nomeação de administrador e c) que o percentual adotado permita a continuidade das atividades da empresa. Agravo interno desprovido.

(TJ/PR - Ag. Interno n. 1145693-0/01 - Curitiba - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Paulo Cezar Bellio** - Fonte: DJ, 02.04.2014).

Pequena propriedade rural é absolutamente impenhorável

Apelação Cível. Embargos de terceiro. Execução de hipoteca sobre imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou entidade familiar. Exceção que não alcança a pequena propriedade rural. Impenhorabilidade absoluta, prevista no artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal. Fundamento na exceção prevista no artigo 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90. Garantia de juízo pela penhora do imóvel rural. Agricultor que retira o seu sustento do plantio da terra. Embargos que tem como fundamento a impenhorabilidade absoluta do imóvel em litígio, fundado em dispositivo constitucional. Procedência. Sentença reformada. Recurso de apelação conhecido e provido. A pequena propriedade rural, explorada em regime de economia familiar, é absolutamente impenhorável, ainda que objeto

de garantia real a financiamento agropecuário.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1055095-5 - Realeza - 16a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes** - Fonte: DJ, 21.02.2014).

Possível afastamento justificado da ordem de penhora prevista no art. 655/CPC

Agravo de Instrumento. Ação de reparação de danos materiais e morais. Fase de cumprimento de sentença. Executado que apresenta impugnação. Decisão de primeiro grau que deferiu a penhora de bem imóvel localizado em outro estado da federação. Impossibilidade. Obediência à ordem estipulada em lei. Recurso conhecido e provido. 1. A regra prevista no art. 655 do CPC, que dispõe sobre a ordem de bens penhoráveis, não é absoluta; todavia, para seu afastamento, devem existir razões justificadas para tanto, não presentes *in casu*.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1137812-0 - Cascavel - 9a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **D'Artagnan Serpa Sá** - Fonte: DJ, 20.03.2014).

Questões de direito não suscitadas antes da sentença não caracterizam inovação recursal

Apelação Cível. Ação declaratória de nulidade de auto de infração. Multa aplicada em valor diverso daquele previsto em lei. Posterior decreto municipal atualizando seu valor. Alegação deduzida em sede de apelação. Sustentada inovação recursal. Inocorrência. Ausência de nulidade.

Demanda improcedente. Recurso conhecido e provido. Questões de direito, ainda que não deduzidas pelas partes antes da sentença, não constituem inovação recursal porque, cabendo ao Tribunal aplicar no caso concreto, inclusive de ofício, a legislação municipal de regência, vigora o princípio “iura novit curia”.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1078507-8 - Curitiba - 5a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des.

Adalberto Jorge Xisto Pereira - Fonte: DJ, 31.03.2014).

Realização de inventário extrajudicial é impossível sem o consenso dos herdeiros

Apelação Cível - Pedido de suprimimento judicial - Partilha extrajudicial - Discordância de um dos herdeiros - Impossibilidade de inventário extrajudicial - Carência de ação - Falta de interesse processual - Inadequação da via eleita - Reconhecimento de ofício - Permissibilidade do artigo 267, § 3º da lei processual - Inteligência do artigo 982 do Código de Processo Civil - Necessidade de propositura de inventário judicial - Sentença de extinção do processo mantida por outros fundamentos. 1. Consoante dispõe o artigo 267, inciso VI, e parágrafo 3º do Código de Processo Civil, o julgador conhecerá de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição, de todas as matérias relativas aos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo; da preempção, litispendência ou coisa julgada; e de quaisquer condições da ação, desde que anteriores à sentença de mérito. 2. Observa-se

da redação do artigo 982 do Código de Processo Civil que, um dos requisitos para que seja possível a realização do inventário extrajudicial é, justamente, que todos os herdeiros estejam concordes. Não havendo consenso, impossível se torna a realização do inventário extrajudicial. Recurso conhecido e não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1066385-1 - Maringá - 12a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Desa.

Rosana Amara Girardi Fachin - Fonte: DJ, 31.01.2014).

Sujeição da atividade jurisdicional ao princípio da economia processual

Apelação Cível - Acidente de trânsito - Invalidez - Seguro obrigatório (DPVAT) - Cautelar de exibição de documentos - Ausência de interesse de agir - Inexistência de utilidade jurídica - Pretensão que poderia ter sido obtida por outro meio - Prova que não corre risco de perecer, além de poder ser substituída por outra com mesma eficácia - Matéria de ordem pública. Para que haja interesse de agir, além da utilidade prática, há que estar presente a utilidade jurídica, a qual não se limita ao âmbito do autor, mas deve ser analisada também sob a ótica da atividade jurisdicional. Portanto, se a atividade jurisdicional se sujeita ao princípio da economia processual, foge completamente 2 a razoabilidade ajuizar duas demandas diversas quando se pudesse, sem qualquer prejuízo, ajuizar uma só, atingindo exatamente o mesmo efeito que se alcançará com duas. Como o pleito do autor poderia ter sido alcançado

por outro meio tão eficaz quanto esta ação, sem nenhum prejuízo e, ainda, respeitando o princípio da economia processual, há que se reconhecer a ausência de interesse de agir, ante a falta de utilidade jurídica da demanda proposta, com a consequente extinção do

feito sem julgamento de mérito. Recurso de apelação (1) - Autor - prejudicado. Recurso de apelação ré (2) - Ré - Provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1136868-8 - Medianeira - 10a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Arquelau Araujo Ribas** - Fonte: DJ, 20.03.2014).

TRIBUTÁRIO

Base de cálculo do ISS nos planos de saúde

Apelação Cível - Ação declaratória - ISS - Planos de saúde - Base de cálculo - Exclusão dos valores repassados a terceiros - Precedentes - Recurso não provido e sentença mantida em reexame. - De acordo com o STJ: “No que se refere à base de cálculo, mostra-se ilegítima a incidência do ISS sobre o total das mensalidades pagas pelo titular do plano de saúde à empresa gestora, pois, em relação aos serviços prestados pelos profissionais credenciados, há a incidência do tributo, de modo que a nova incidência sobre o valor destinado a remunerar tais serviços caracteriza-se como dupla incidência de um mesmo tributo sobre uma mesma base impositiva. Por tal razão, o valor repassado aos profissionais credenciados deve ser excluído da base de cálculo do tributo devido pela empresa gestora” (REsp 783.022/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 16/03/2009). No mesmo sentido: REsp 1.237.312/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin,

Segunda Turma, DJe 24/10/2011; REsp 1.137.234/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/09/2011; AgRg no Ag 1.288.850/ES, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 06/12/2010” (AgRg no AREsp 218.161/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013).

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1138875-1 - Curitiba - 2a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antonio Renato Strapasson** - Fonte: DJ, 21.03.2014).

Contribuição sindical é devida pelos servidores públicos, quer celetistas ou estatutários

Apelação Cível e Reexame Necessário. Ação de cobrança. Contribuição sindical. Associação do trabalhador. Desnecessidade. Diferença em relação à contribuição confederativa. Servidor público estatutário. Exigibilidade. Interesse de agir configurado. Condenação decorrente de inadimplemento de tributo e não de obrigação de fazer. Liquidação de sentença. Adoção de determinado critério. Supressão de

grau. Competência do juízo originário. Sentença mantida em reexame necessário. Apelo não provido.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1185114-6 - Jandaia do Sul - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Vicente Del Prete Misurelli** - Fonte: DJ, 07.03.2014).

Dissolução irregular da empresa autoriza o redirecionamento da execução fiscal aos sócios

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Encerramento de atividades sem comunicação aos órgãos competentes. Dissolução irregular presumida. Súmula 435/STJ. Redirecionamento ao sócio gerente. Possibilidade. Art. 135, III do CTN. Precedentes. Recurso provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1156947-0 - Toledo - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Vicente Del Prete Misurelli** - Fonte: DJ, 19.03.2014).

Documentos a serem juntados na ação de repetição da taxa de iluminação pública

Apelação Cível. Ação de repetição de indébito. Taxa de iluminação pública - TIP. Falta de interesse processual pela ausência de juntada de documento indispensável à propositura da demanda. Não ocorrência. Inteligência do Enunciado n. 1, das Câmaras de Direito Tributário desta Corte. Redução pela metade das custas e diligências. Art. 23 da Lei n. 6.149/70. Possibilidade. Precedentes. Recurso parcialmente provido. Sentença mantida. 1. Por se tratar de valores pagos juntamente com a fatura mensal de energia elétrica, para o ajuizamento da ação de repetição da taxa de iluminação pública - TIP basta a juntada de

uma fatura do período da repetição (anterior a EC 39, de 19.12.2002) ou o histórico de pagamentos fornecido pela COPEL, ficando para posterior liquidação (475-B do CPC) a apuração do montante a ser restituído. 2. Considerando o valor reduzido e a multiplicidade de demandas similares visando a devolução dos valores pagos indevidamente a título de taxa de iluminação pública, deve ser reduzido pela metade o valor das custas e das diligências.

(TJ/PR - Ap. Cível n. 1187428-3 - Cambé - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima** - Fonte: DJ, 25.03.2014).

Em tarifas interbancárias não incide ISS

Apelação cível 1. Embargos à execução fiscal. Repercussão geral. Supremo Tribunal Federal. Sobrestamento somente com relação aos Recursos Extraordinários. Serviços bancários. ISS. Hipóteses de incidência. Fatos geradores ocorridos sob a égide da Lei Complementar 116/2003. Rubrica "Tarifas Interbancárias". Não incidência. Serviços denominados "Operações ativas", "Emissão de cartão magnético e fornecimento de cheques". Serviços expressamente previstos na lista anexa à legislação pertinente. Imposto devido. Multa por sonegação. 100% (cem por cento) do valor do tributo. Caráter confiscatório desse percentual já afastado pelo Órgão Especial desta Corte. Recurso parcialmente provido. 1) Havendo reconhecimento de repercussão geral em torno de determinada matéria constitucional apenas os Recursos Extraordinários devem ser sobrestados. Precedentes. 2) Pacífico o entendimento segundo o

qual, apesar de taxativa, a Lista Anexa à Lei Complementar n. 116/2003, admite interpretação extensiva para enquadrar serviços idênticos, ou seja, de mesma natureza, mas com nomenclaturas distintas, nos termos da Súmula 424, do Superior Tribunal de Justiça. 3) Não incide ISS não sobre as tarifas interbancárias, tendo em vista que as receitas derivam de operações de crédito entre os bancos integrantes do sistema de compensação, e não de cobranças efetuadas dos clientes. 4) Os serviços denominados “operações ativas”, “emissão de cartão magnético e fornecimento de cheques” estão expressamente previstos na lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003 e, portanto, sobre tais operações, incide o ISS. 5) “O Órgão Especial deste Tribunal de Justiça tem entendido, em casos como o presente, que o parâmetro para se aferir a ocorrência, ou não, de confisco é o valor da obrigação principal, isto é, inexistirá confisco se a multa, diante das circunstâncias fáticas do caso concreto, não ultrapassar ‘o limite de 100% do principal’” (Incidente de Inconstitucionalidade n. 812.403- 8/01 Órgão Especial - Rel. Des. Espedito Reis do Amaral DJ 11/10/2012). Apelação Cível 2. Operação de “Adiantamento a depositantes”. Ausência de correspondência na lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003. Não incidência de ISS. Tributação pelo IOF. Recurso não provido. O serviço de adiantamento a depositante é uma operação financeira passível de incidência do IOF e não do ISS. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1131598-1 - Toledo - 3a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima** - Fonte: DJ, 25.03.2014).

Fato gerador da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária do bem

Apelação Cível e Recurso Adesivo - Ação declaratória de inexigibilidade de débito fiscal - Contribuição de melhoria - Fato gerador - Valorização imobiliária, decorrente de obra pública - Lançamento que considerou, tão somente, o custo total da obra e a metragem quadrada do imóvel - Nulidade - Violação aos arts. 81 e 82, § 1º, CTN - Não conhecimento do adesivo - Deserção - Benefício da assistência judiciária gratuita que não se estende ao advogado - Recurso adesivo não conhecido e apelo a que se nega provimento. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1074451-5 - Londrina - 2a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Antonio Renato Strapasson** - Fonte: DJ, 21.03.2014).

Incidência de ISSQN em tarifas interbancárias

Apelação Cível. Embargos à execução fiscal. ISS. Agravo retido. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Prova pericial. Desnecessidade. Agravo não provido. Apelo. Sobrestamento do feito. Impossibilidade. Mérito. Lista de serviços. Interpretação extensiva. Admissibilidade. Tarifas interbancárias. Item 15.10 do anexo. Serviços. Incidência ISSQN. Possibilidade. Tarifa carta circular. Item 15.05 do anexo. Incidência ISSQN. Operações ativas. Emissão de cartão e cheque. Atividades de meio. Incidência ISSQN. Impossibilidade. Sucumbência. Redistribuição. Honorários. Fixação. Sentença parcialmente reformada. Agravo. Não provido. Apelo parcialmente provido. (TJ/PR - Ap. Cível n. 1193964-1 - Curitiba - 3a. Câmara. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Vicente Del Prete Misurelli** - Fonte: DJ, 25.03.2014).

ITBI não é exigível sobre transferência de bem imóvel ao patrimônio de entidade educacional sem fins lucrativos

Ação declaratória de imunidade tributária cumulada com repetição de indébito e obrigação de fazer - Imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI). 1. Antecipação de tutela em face da Fazenda Pública - Possibilidade - Pedido não enquadrado nas restrições estabelecidas pelas Leis nºs 8.437/1992, 9.494/1997 e 12.016/2009 - Irreversibilidade da medida, ademais, não configurada. 2. Tutela antecipatória - Inexigibilidade de ITBI sobre transferência de bem imóvel ao patrimônio de entidade educacional sem fins lucrativos - Possibilidade - Preenchimento dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela - CPC, art. 273 - Transferência de propriedade imobiliária que, em tese, se enquadra em hipótese de imunidade tributária - CF, art. 150, inc. VI, alínea “c” - CTN, arts. 9º, inc. IV, alínea “c”, e 14. 3. Recurso provido.

(TJ/PR - Ag. de Instrumento n. 1023289-0 - 3a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Francisco Pinto Rabello Filho** - Fonte: DJ, 20.05.2013).

Nula a cobrança de taxa de roçada quando o proprietário do imóvel não recebe notificação prévia sobre a realização do serviço

Tributário. Embargos à Execução. Taxa de roçada. Falta de comprovação da notificação prévia dos proprietários para a

realização do serviço, nos termos do artigo 6º, da Lei Complementar Municipal nº 508/2003. Nulidade da cobrança. Honorários advocatícios fixados na execução de sentença e nos embargos à execução, independentes e cumulativos. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Verba honorária fixada em valor adequado e em conformidade com a previsão do art. 20 do CPC. Sentença omissa quanto aos juros e correção monetária incidentes sobre a verba honorária. Fixação de ofício. Matéria de ordem pública. Conhecível de ofício e em qualquer grau de jurisdição. Não incidência de juros moratórios no período de graça constitucional. Recurso parcialmente provido, e juros e correção monetária sobre a verba honorária fixadas de ofício.

(TJ/PR - Embs. à Execução n. 1134828-6 - Maringá - 2a. Câ. Civ. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Silvio Vericundo Fernandes Dias** - Fonte: DJ, 13.12.2013).

Possível a cobrança da multa moratória de natureza tributária da massa falida após a vigência da Lei 11.101/05

Apelação Cível - Ação de cobrança - Contribuição devida ao SENAI - Natureza tributária - Massa falida - Multa - Possibilidade de cobrança - Decretação da falência quando já em vigor a Lei 11101/2005 - Art. 83, VII da referida Lei - Alteração parcial da sentença - Modificação dos ônus de sucumbência - Recurso conhecido e parcialmente provido. “Com a vigência da Lei 11.101/2005, tornou-se possível a cobrança da multa moratória de natureza

tributária da massa falida, tendo em vista que o art. 83, VII, da lei referida impõe que Apelante: Senai - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. Apelado: Massa falida de Möller Indústria Metalúrgica Ltda. Relator: Des. Rubens Oliveira Fontoura. Revisor: Juiz subst. 2º G. Fernando César Zeni. 2 Poder Judiciário tribunal De Justiça. Cód. 1.07.030 “as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, inclusive as multas tributárias” sejam incluídas na classificação dos créditos na falência” (REsp 1223792/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19/02/2013, DJe 26/02/2013). (TJ/PR - Ap. Cível n. 1104592-2 - Curitiba - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rubens Oliveira Fontoura** - Fonte: DJ, 14.03.2014).

Possuidor de servidão de passagem não é contribuinte de IPTU

Apelação Cível - Execução fiscal - IPTU - Servidão administrativa - Implantação de torres e linhas de transmissão de energia elétrica - Empresa concessionária - Ilegitimidade passiva - Exceção de pré-executividade acolhida - Sentença extintiva correta - Honorários cabíveis - Valor adequado - Recurso improvido. I - “O possuidor da servidão de passagem, embora detenha o direito de usar e gozar da propriedade, dela não pode dispor, razão pela qual não se insere no rol de contribuintes de IPTU previsto no art. 34 do CTN.” (REsp 2 Poder

Judiciário Tribunal de Justiça Cód. 1.07.030 1.115.599/SP, Rel.: Min.ª Eliana Calmon, DJ de 13.05.2010). (TJ/PR - Ap. Cível n. 1186484-7 - Cambé - 1a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Rubens Oliveira Fontoura** - Fonte: DJ, 27.03.2014).

Proprietário e possuidor do bem possuem legitimidade passiva para a cobrança de IPTU

Embargos de Declaração. COHAPAR. Ilegitimidade passiva. Alegação nesta via integrativa do julgado. Matéria de ordem pública que comporta análise a qualquer tempo. IPTU. Legitimidade passiva tanto do proprietário quanto do possuidor para figurar no polo passivo da demanda executiva. Inteligência dos artigos 34 e 123, do Código Tributário Nacional. Prequestionamento de dispositivo legal sequer anteriormente invocado. Inviabilidade. Embargos acolhidos, sem efeito modificativo. Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação. (REsp 475.078/SP). (TJ/PR - Embs. de Declaração n. 1157342-9/01 - Foz do Iguaçu - 3a. Câ. Cív. - Ac. unânime - Rel.: Des. **Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima** - Fonte: DJ, 31.03.2014).

SÚMULAS DO TJPR*

Súmula nº 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 nº 46

É cabível a interposição de recurso adesivo pela parte vencedora questionando os honorários advocatícios fixados na sentença de procedência da pretensão do recorrente.

Súmula nº 45

Tratando-se de direitos individuais homogêneos afetados em âmbito nacional, não incide a restrição territorial prevista no art. 16 da Lei nº 7.347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494/97.

Súmula nº 44

A cobrança de tarifas e taxas pela prestação de serviços por instituição financeira deve ser prevista no contrato ou expressa e previamente autorizada ou solicitada pelo correntista, ainda que de forma genérica.

Súmula nº 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 nº 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 nº 41

É inexigível, da parte autora, a antecipação dos honorários do curador especial.

Súmula nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 25.10.1996. Após esse período, é necessária a anuência da instituição financeira mutuante, nos termos do artigo 20 da Lei nº 10.150/2000.

Súmula nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 32

As leis estaduais nºs 7.637/1982 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 nº 31

Os juros moratórios na nota promissória rural limitam-se ao patamar máximo de 1% ao ano.

Súmula nº 30

Nas hipóteses de invalidez permanente anteriores à Lei nº 11.945/2009, 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 nº 29

Aos pedidos de complementação de indenização de seguro DPVAT, ainda que relacionados a eventos ocorridos anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 8.441/92, não se aplica a limitação do § 1º do art. 7º da Lei 6.194/74.

Súmula nº 28

Nas desapropriações por utilidade pública, não obstante o contido no artigo 15, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41, exige-se a avaliação judicial prévia ao deferimento na imissão provisória da posse do imóvel.

Súmula nº 27

O recurso interposto em demanda que visa a declaração de 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 21

As ações judiciais contra atos disciplinares militares, nos termos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, devem ser processadas e julgadas perante a vara da auditoria da justiça militar.

Súmula nº 20

Em face do regime especial de pagamento introduzido pela Emenda Constitucional nº 62/2009 (art. 97, ADCT), adotado pelo Decreto Estadual nº 6335/2010-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 nº 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 nº 1.770/2003.

Súmula nº 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 nº 17

O pagamento da complementação no seguro DPVAT pode ser exigido de qualquer seguradora integrante do convênio.

Súmula nº 16

Os juros moratórios, em repetição de indébito de contribuições previdenciárias, são devidos a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva.

Súmula nº 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 nº 14

Os processos em que se discute o desconto previdenciário sobrestado pela ADIN nº 2.189-3, de servidores inativos e pensionistas, assim como a repetição do indébito no período compreendido entre a vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998 e da EC nº 41/2003, devem tramitar normalmente até o julgamento de mérito, sem aguardar o julgamento da referida ADIN pelo Supremo Tribunal Federal.

Súmula nº 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 nº 77/1996, 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 nº 41/2003, que modificou a disciplina.

Súmula nº 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 nº 11

A Lei nº 10.444 de 07/05/2002, 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 nº 10

Se o funcionário público não reclamou contra a supressão da gratificação da percentagem fazendária, em decorrência da Lei Estadual nº 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 nº 20.910, de 06 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 7

Nos processos regidos pela Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7661/45) não se aplicam as disposições da Lei nº 6899/81.

Súmula nº 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 percipiendas.

Súmula nº 5

A absorção da vantagem determinada pelo artigo 57 da Lei Estadual nº 5.978, de 01/08/1969, 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 nº 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 nº 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 nº 2

Nas desapropriações, aplica-se o artigo 30 da Lei nº 3.365, de 21/06/1941 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 nº 1

Na indenização por desapropriação incluem-se os honorários do advogado do expropriado.

* Editadas conforme a nova ortografia. Para consultar o original, com suas fontes, acesse www.tjpr.jus.br.